

reproduce la fórmula, reproduce la cosa; en efecto, según el art. 1421 el marido puede vender los bienes de la comunidad, puede hipotecarlos sin el concurso de la mujer. Esto es seguramente la señoría que nuestras costumbres reconocían al marido, jefe de la comunidad. Si puede enajenar é hipotecar es propietario, los bienes están en su dominio; luego son, como suena, los bienes del marido, y, como tal, deben estar gravados por la hipoteca legal. No se puede contestarlo sin llegar á una extraña anomalía: los bienes que pueden ser hipotecados por convención pueden también ser hipotecados por la ley; ¿por qué singular excepción tendría el marido el derecho de hipotecar las gananciales sin que la ley tuviera el derecho de gravarlas con hipoteca?

369. Pero si el principio es incontestable la aplicación del principio no deja de tener dificultades. Debe desde luego distinguirse si las gananciales en las que la mujer tomó inscripción han sido ó no enajenadas ó hipotecadas. Suponemos, primero, que los bienes se hallan libres y se encuentran aún en la masa común cuando la disolución de la comunidad. La mujer puede aceptar ó renunciar. Si acepta los inmuebles están comprendidos en la partición. Si se ponen en su lote la hipoteca cae, no pudiendo la mujer tener hipoteca en su propia cosa; además, por efecto de la partición (art. 883) el marido está considerado como no haber tenido nunca ningún derecho en los bienes puestos en el lote de su mujer; estos bienes no fueron nunca suyos; luego nunca pudieron ser gravados con hipoteca legal de la mujer. Si, por el contrario, los bienes caen en el lote del marido siempre fué propietario de ellos; los bienes en los que la mujer tomó inscripción son los bienes del marido, en virtud del texto terminante del art. 883; luego están gravados con la hipoteca de la mujer. En este punto no podría haber duda seria. La mujer puede también renunciar: aquí comienza la duda. ¿Cuál es el efecto de la renuncia? Es

que la mujer renunciante deja de ser mujer común y, en realidad, no lo fué nunca. Si el principio es verdadero decide la cuestión. El marido siempre fué propietario de los bienes de la comunidad, estos bienes siempre fueron suyos; la consecuencia es evidente; no hay ya diferencia entre los propios y las gananciales: se confunden en un solo y mismo patrimonio y, por consiguiente, las gananciales, como los propios, están gravados por la hipoteca legal de la mujer. Se hacen objeciones que vamos á encontrar en la hipótesis en que la mujer está en concurso con un tercer adquirente ó con un acreedor hipotecario. En la hipótesis que examinamos por ahora la mujer sólo está en conflicto con los acreedores quirografarios del marido; y la mujer puede oponerles su hipoteca legal como los acreedores hipotecarios del marido pueden oponerles su hipoteca convencional. En este punto reina el acuerdo. (1)

370. La cuestión que discutimos sólo se hace dudosa cuando el marido enajena ó hipoteca los bienes en los que la mujer tomó inscripción. Hay que distinguir de nuevo si la mujer acepta ó renuncia. Se admite generalmente que si la mujer acepta la hipoteca cae, mientras que subsiste si la mujer renuncia. La solución depende del punto de saber cuál es el efecto de la aceptación y de la renuncia; los mismos principios están controvertidos.

Cuando la mujer acepta es definitivamente asociada y lo fué siempre. Como socio se la considera como haber concurrido en los actos que el marido ha hecho durante la comunidad. ¿Cuál es el efecto de este concurso en lo relativo á la hipoteca legal? Se supone que el marido enajenó el inmueble en el cual la mujer tomó inscripción. Si realmente la mujer había concurrido á la venta como parte en el contra-

1 Denegada, Sala Civil, 1.º de Agosto de 1848 [Daloz, 1848, 1, 189]. Valette, p. 252, 1.º Pont, t. I, p. 559, núm. 521.

to este concurso habría tenido por efecto la renuncia de la mujer á su hipoteca, mejor dicho, á su inscripción hipotecaria con relación al adquirente, lo que es la aplicación del art. 71 de que tratamos. Este primer punto no fué contestado; arrastra, en nuestro concepto, la decisión del asunto. En efecto, la aceptación de la mujer equivale á su concurso; aceptando la comunidad acepta todos los actos del marido como asociada, se la considera como haber figurado en todos esos actos como parte, luego en el que el marido enajenó el ganancial en lo que había inscripto; por tanto, no puede oponer su hipoteca al adquirente. ¿Se dirá que esta argumentación es una ficción y que no hay ficción sin ley? Es verdad que no hay texto que diga que á la mujer aceptante se la considera como haber concurrido á los actos de su marido, pero no era necesario el texto porque no se trataba de una ficción sino, al contrario, de la realidad. La mujer aceptante es asociada, siempre lo ha sido, y en la sociedad que se llama comunidad la mujer está representada por el marido; mejor dicho, la absorbe; todo lo que hace está hecho por la sociedad que se concentra en el marido; basta, pues, que el marido enajene un ganancial para que la mujer aceptante se considere vendedora con su marido; esto es tan cierto que la mujer es garante, al menos por mitad; según otros, por todo. De cualquier modo que sea no invocamos la garantía, invocamos el concurso de la mujer al acta, que no se podría contestar, y desde que forma parte en ella renuncia tácitamente á prevalecerse de su hipoteca contra el tercero adquirente. Lo que decimos de la enajenación se aplica á la hipoteca; la mujer que concurre al acta por la que el marido hipoteca el ganancial renuncia al beneficio de su inscripción en favor del acreedor hipotecario, y cuando acepta es parte en el acta, ha concurrido. Lo que decide la cuestión. (1)

1 Aubry y Rau, t. III, p. 226, nota 21, pfo. 264 *ter*, y en sentido diverso

371. Contrariamente la mujer que renuncia se la considera como nunca haber estado en común de bienes; jamás ha estado asociada, no se puede decir que haya concurrido á los actos del marido; éste ha dispuesto de los bienes de los que, á consecuencia de la renuncia, era propietario exclusivo, como habría dispuesto de uno propio; no hay ninguna diferencia entre los propios y los adquiridos; luego la mujer conserva su hipoteca en los adquiridos como la conserva en los propios. (1)

Se contesta el principio; la ley no dice de la mujer que renuncia lo que ha dicho del heredero que renuncia; éste se considera como no haber sido heredero, pero esta ficción es extraña á la mujer, ha estado realmente asociada, su marido ha obrado como dueño y señor en nombre de su mujer, á la que representa; como tal tuvo el poder de enajenar é hipotecar: ¿puede la mujer por, su renuncia, hacer decaer los actos que su marido tenía el derecho de hacer en su nombre? ¿En qué se convierte entonces el poder absoluto; la señoría que la ley concede al marido? ¿Se puede decir que el marido tiene el derecho de enajenar y de hipotecar cuando la mujer, al renunciar, hiciera decaer las enajenaciones y las hipotecas?

Hay una respuesta á estas objeciones, y la creemos perentoria. Nó, la ley no dice, en términos formales, que la mujer renunciante nunca haya sido asociada, pero sí lo dicen la tradición y los principios. Dumoulin, en su estilo enérgico, decía que la mujer, en el curso de su matrimonio, no estaba asociada, que sólo tenía esperanza de llegar á estarlo. ¿Cuándo? Cuando acepta. Si renuncia jamás lo ha sido. Hé aquí lo que dice la tradición. ¿Es verdad que el Código dice

las autoras que citan. Debe agregarse Burdeos, 28 de Junio de 1870 (Dalloz, 1871. 2, 99).

1 Bruselas, 26 de Julio de 1817 (Pasicrisia, 1817, p. 473). Denegada, Sala Civil, Febrero 4 de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161). Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 225, nota 30, pfo. 264 *ter*, y las autoridades en sentido diverso que citan.

lo contrario? Se cita el art. 1492, en cuyos términos la mujer que renuncia *pierde* toda clase de derecho en los bienes de la comunidad; decir que *pierde* todo derecho es decir que ha tenido uno; ha estado, pues, asociada y deja de estarlo por su renuncia. Sin duda la mujer, de hecho, ha estado asociada: ¿es decir que ha concurrido á los actos del marido cuando renuncia? Tal es la verdad y la única dificultad: y la ley y los principios contestan que la mujer renunciante no ha formado parte en los actos hechos por el marido, porque no estaba obligada con las obligaciones que resultaban; y decir que no es deudora es decir que no ha hablado en el contrato, que no ha comunicado, que ha sido extraña; lo que es decisivo.

Lo que se agrega no es serio. Que la hipoteca de la mujer estorbe el derecho de disposición del marido ¿quién duda? ¿Pero qué prueba esto? La hipoteca que la mujer tiene sobre los propios del marido estorba también el ejercicio de su derecho de propiedad; lo que no impide el derecho de la mujer; y esto no nulifica el derecho de propiedad del marido, solamente es un derecho limitado, desmembrado por la hipoteca. Lo cual sucede con toda hipoteca. El derecho del marido como señor y dueño no se haya estorbado más que como propietario de sus propios. La objeción es, pues, de las que prueban mucho y que no prueban nada.

372. Queda una dificultad en la que hay igualmente controversia. Se abre una orden durante el matrimonio en un ganancial gravado con una inscripción en favor de la mujer. ¿La mujer puede producir y será colocada? Es imposible que sea colocada definitivamente, puesto que la existencia de su hipoteca está subordinada á la parte que tomará cuando la disolución de la comunidad, y no puede tratarse de aceptar ni de renunciar en tanto que la comunidad no esté disuelta. Pero se admite una colocación provisoria cuando el derecho del acreedor es eventual; se ha juzgado

que la mujer puede invocar este principio y hacerse colocar provisoriamente. La decisión es una consecuencia lógica del principio, si se admite la opinión general que acabamos de enseñar. Si la mujer tiene una hipoteca en caso de renuncia debe tener el derecho de conservarla haciendo actos conservatorios. No se le puede objetar que no tiene hipoteca porque en el curso de la comunidad los gananciales sobre los que ha inscripto son de la propiedad del marido; su derecho actual de presentarse en la orden no se podría contestar; solamente la colocación no puede ser definitiva, puesto que la hipoteca se puede desvanecer. Se concilian todos los derechos colocándola provisoriamente. (1)

§ III.—ESPECIFICACION DE LA HIPOTECA DE LA MUJER.

Núm. 1. Objeto de la especificación.

373. La hipoteca legal de la mujer, lo mismo que la de los menores é interdictos, estaba dispensada de la inscripción bajo el imperio del Código Civil en el sentido de que producía efecto aunque no había sido inscripta. También era general. De esta manera todos los bienes del marido, presentes y futuros, aun aquellos que adquiriera después de la disolución del matrimonio, estaban gravados con hipoteca en favor de la mujer. Los terceros que trataban con el marido podían saber, en verdad, que sus bienes estaban sometidos á la hipoteca legal, puesto que la ley se los decía, pero les era imposible conocer la extensión de estos cargos; y cuando los bienes se enajenaran se haría difícil, después de muchas mutaciones, asegurar que habían sido poseídos por un hombre casado, y más difícil todavía informarse del monto de los créditos garantizados por esa hipoteca oculta. Una gran parte del suelo estaba gravada

1 Bastia, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1868, 2, 147). En sentido contrario, Metz, 31 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1868, 2, 145).

con cargos que los terceros no podían conocer, resultando que las transacciones inmobiliarias serían estorbadas en gran perjuicio de los propietarios, que no encontrarían el crédito al que su fortuna les daba derecho ó lo obtendrían en condiciones ruinosas. La clandestinidad y la generalidad de la hipoteca legal de la mujer eran incompatibles con el principio de la ley nueva; el legislador belga la sometió á la regla general de la publicidad y de la especialidad. Para que la hipoteca legal pueda ser inscripta debe previamente estar especificada; es decir, que el monto de los créditos debe estar fijado y que una acta determine en los inmuebles que se debe inscribir.

374. El principio de la especificación es común á las hipotecas de la mujer y de los menores, pero su organización difiere. Cuando se trata de menores la ley quiere que las garantías hipotecarias les sean aseguradas desde la apertura de la tutela y antes de la toma de la gerencia del tutor. De aquí la necesidad de especificar y de inscribir la hipoteca en el momento en que el menor aun no tiene derechos contra su tutor y en que es imposible precisar el monto de los créditos que pudiera tener. Lo que no deja de tener inconvenientes. En principio la hipoteca no puede existir en tanto que no haya obligación principal, puesto que no podría haber garantía accesoria en tanto que no hubiera derecho que deba y pueda garantizar. Además hay peligro de que la inscripción que se toma antes de la entrada á la gerencia del tutor sea excesiva ó insuficiente; de aquí la necesidad de reducirla ó de aumentarla, lo que demanda nuevas deliberaciones del consejo de familia cuando ya es difícil obtener una sola.

¿La especificación de la hipoteca legal de la mujer de qué manera se hace? En teoría hay una diferencia entre los derechos de la mujer y los de los menores. Estos tienen acción contra el tutor por el punto de su gerencia; la garan-

tía del menor debe, pues, existir desde que comienza la gerencia. De aquí la necesidad de especificar la hipoteca legal de los menores antes de la entrada á funcionar del tutor, y dar lugar á la hipoteca antes que exista el crédito. Pasa lo mismo con la mujer. Los derechos que la hipoteca legal está destinada á garantizar nacen en épocas distintas; unos antes del matrimonio, que resultan de las convenciones matrimoniales de los futuros esposos; los otros durante el curso del matrimonio. En cuanto á los derechos que nacen cuando el matrimonio es fácil especificarlos é inscribir la hipoteca antes de la celebración del matrimonio, puesto que los esposos que tienen bienes hacen regularmente un contrato ante un notario; siendo de este contrato del que proceden los derechos que la mujer tiene contra el marido era natural especificar la garantía hipotecaria por la misma acta que da nacimiento á los derechos que tiene por objeto asegurar. Pero es imposible especificar antes del matrimonio los derechos que nacen durante el curso de la unión conyugal; son esperanzas, tales como las sucesiones y las donaciones que la mujer recogerá, pero esperanzas no son derechos; ó si son obligaciones que la ley contrae con el marido ¿cómo preveer antes del matrimonio las necesidades que comprometen á la mujer á obligarse? Sucede lo mismo con las recompensas debidas á la mujer en caso de enajenación de propios: dependen de eventualidades que es imposible preveer. Se debió, pues, organizar, para los derechos de la mujer que nacen durante el matrimonio, un modo de especificación distinto del que se sigue para especificar la hipoteca de la mujer en el momento en que se redactan las convenciones matrimoniales. En el último caso la especificación se hace cuando los derechos nacen, aunque no se hagan ciertos más que por la celebración del matrimonio. En el primer caso la especificación no se puede hacer más que á medida que los créditos de la mujer nazcan: cuando

nace una sucesión, cuando contraen una obligación en interés de su marido ó cuando la comunidad saca provecho de los propios de la mujer.

375. ¿Es esta teoría la de la Ley Hipotecaria? Era la del Código Civil (art. 2135). En cuanto al menor el Código no hacía ninguna distinción: le daba una hipoteca el día de la aceptación de la tutela por todos los derechos que tenía contra el tutor por el punto de la gerencia de éste. Pero en cuanto á la mujer el art. 2135 distinguía; para la dote y convenciones matrimoniales, es decir, para los derechos que nacen cuando el matrimonio, la mujer tenía hipoteca á contar desde el día en que se celebró el casamiento. Sin embargo, en lo relativo á la dote la mujer no tenía hipoteca por las cantidades dotales que provenían de sucesiones vendidas ó de donaciones hechas durante el matrimonio más que á contar desde la apertura de las sucesiones ó del día en que habían tenido efecto las donaciones. Luego el rango de la hipoteca legal dependía de la fecha en la que el crédito dotal daba nacimiento. Sucedió lo mismo con la hipoteca por indemnización de las deudas que la mujer contraía con su marido y para el reemplazo de sus propios enajenados; tenía rango á partir del día de la obligación ó de la venta.

¿Ha derogado la ley belga el Código Napoleón? Lo ha derogado en un punto muy importante: en que la hipoteca de la mujer no existe de pleno derecho, debe ser especificada é inscrita, y su lugar depende de la fecha de la inscripción. Hé aquí por qué la ley belga no se ocupa ya del rango de la hipoteca legal; ésta se halla sometida al derecho común, no tiene lugar ó rango sino á partir de su inscripción. Queda por saber cuándo puede inscribirse. La ley contiene tres disposiciones á este respecto. Primero, la del art. 64, que permite á la mujer especificar su hipoteca por su dote y sus convenciones matrimoniales por el contrato de matrimonio; la hipoteca especificada debe ser

inmediatamente inscrita antes de la celebración del matrimonio y tiene efecto á partir de su inscripción. Este es el sistema del Código Civil, salvo que la hipoteca de la mujer tenía lugar sin inscripción á partir del día del matrimonio (art. 2135-2.º)

El art. 64, § 2, agrega que la mujer puede igualmente estipular en su contrato de matrimonio una hipoteca especial para garantía de sus devoluciones, de cualquiera naturaleza, aun *condicionales ó eventuales*, que podría ejercer contra su marido. Esta disposición da lugar á una primera dificultad: la hipoteca por devoluciones debe ser *estipulada*; es decir, es *convencional ó es legal*; y ¿solamente se hace por convención la especificación? Esta última opinión es la nuestra; volveremos á ella. Hay otra dificultad. ¿Qué se entiende por devoluciones *de cualquiera naturaleza, condicionales ó eventuales*? En nuestro concepto son las estipuladas por contrato de matrimonio, luego derechos contractuales; poco importa que sean *condicionales ó eventuales*, porque un derecho condicional ó eventual puede ser garantizado por una hipoteca. Si las devoluciones son derechos contractuales se confunden con las convenciones matrimoniales mencionadas en el § 1.º ¿Por qué la ley, después de haber hablado de las convenciones matrimoniales en general, habla de las devoluciones que, en nuestra opinión, también resultan de las convenciones matrimoniales? Los trabajos preparatorios no nos dicen nada del objeto del § 2 del artículo 64; debemos, pues, recurrir á la tradición. Y bajo el imperio del Código Civil la cuestión de saber si la mujer tenía una hipoteca legal por las devoluciones condicionales y eventuales estipuladas por el contrato de matrimonio fué discutida; los autores de la nueva ley han zanjado la controversia, como generalmente lo hacen con las dificultades que se presentaren en la aplicación del Código Napoleón (núms. 351-355).