

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).

376. Los arts. 66 y 67 confirman nuestra interpretación. El art. 66 prevee el caso en que la hipoteca no ha sido estipulada, es decir, especificada por el *contrato*, y el caso en que las garantías determinadas por el *contrato* son insuficientes. Esta disposición se refiere al art. 64, como lo dice terminantemente el final del art. 66. Se supone desde luego que el contrato de matrimonio guarda silencio sobre la hipoteca legal de la mujer; lo que no impide que dicha hipoteca exista, puesto que existe en virtud de la ley; la ley debía, pues, dar un medio á la mujer de hacerla eficaz especificándola é inscribiéndola durante el matrimonio; lo cual se hace, como lo diremos en lo de adelante, con la autoridad del presidente del tribunal.

La hipoteca estipulada por el contrato puede también ser insuficiente. En este caso la ley permite á la mujer, siempre autorizada por el presidente, hacer una inscripción suplementaria.

En fin, puede no haber contrato de matrimonio ante notario; las convenciones matrimoniales de los esposos se arreglan en este caso por la ley. Es imposible en esta hipótesis especificar la hipoteca de la mujer antes del matrimonio, puesto que la especificación sólo se puede hacer por acta notariada. Se hará durante el curso del matrimonio con autorización del presidente. El art. 66 al final dice que en todo caso la mujer podrá requerir una inscripción *en seguridad de los derechos enumerados en el § 1 del art. 64*. ¿Lo que quiere decir que la mujer no puede inscribir durante el matrimonio para seguridad de sus devoluciones de que se habla en el § 2 del art 64? La ley, interpretada así, no tendría sentido. En efecto, las devoluciones del § 2 son derechos de igual naturaleza que las *convenciones matrimoniales* del § 1<sup>o</sup>; están comprendidas entre los derechos y créditos en seguridad de los que el art. 47 concede una hipoteca á la mujer; esta hipoteca es, pues, legal, como lo diremos

más lejos, y no convencional. Luego si la hipoteca legal para las devoluciones no está especificada por el contrato la mujer debe tener el derecho de hacerla especificar é inscribir durante el matrimonio. No sólo hay identidad de motivos, hay un argumento *a fortiori*. Cuando los derechos de la mujer son ciertos no hay ninguna razón para no especificar la hipoteca por el acta misma que le da nacimiento; mientras que pudiendo no realizarse los derechos condicionales ó eventuales el interés de la mujer es menor, puede hacerse más probable durante el matrimonio; la ley sería soberanamente ilógica é incomprensible si negara á la mujer el derecho de inscribir, durante el matrimonio, por las devoluciones condicionales ó eventuales cuando le permite hacerlo por derechos ciertos que resultan de las convenciones matrimoniales, en el caso en que por una causa cualquiera la mujer no hizo especificar su hipoteca por su contrato de matrimonio. Se preguntará por qué la ley en lugar de decir: para la seguridad de los derechos enumerados en el ar. 64, lo que habría comprendido terminantemente á las *devoluciones*, dijo: para seguridad de los derechos enumerados en el § 1<sup>o</sup> del art. 64, lo que parece excluir las devoluciones convencionales ó eventuales. Esta aparente restricción no se encontraba en el proyecto; forma parte de las reformas que el Ministro de Justicia ha propuesto y no ha desarrollado los motivos; y la Comisión de la Cámara, al adoptarla, ha declarado que eran simples cambios de redacción; (1) luego cambios que no tocan el fondo. Esto es cuanto nos enseñan los trabajos preparatorios. En definitiva, no sabemos por qué el proyecto ha sido modificado, lo seguro es que no lo fué en cuanto al fondo. Luego la cuestión debe ser decidida según los principios y el espíritu de la ley.

377. Queda el art. 67 que habla de *toda causa de recur-*

1 Parent, ps. 172 y 194.

sos que la mujer puede tener contra el marido. Estos términos son demasiado generales, pues comprenden aun los derechos nacidos cuando el matrimonio, puesto que también dan lugar á un recurso contra el marido; y estos derechos están resguardados por el art. 66; luego el 67 no puede preveer estos mismos recursos. La expresión *toda causa de recursos* debe ser limitada; los ejemplos que la ley da prueban que se trata de derechos que nacen durante el matrimonio: «tales como, dice el art. 67, las causas de recursos que resultan de obligaciones subscriptas por la mujer, de enajenación de sus propios, de donaciones ó de sucesiones á que hubiera sido llamada.» Todos estos créditos toman nacimiento durante el matrimonio, luego las causas de recursos de que habla el art. 67 son las que existen entre esposos; no pudieron ser especificadas por el contrato de matrimonio porque la especificación es imposible en aquella época; por tanto, el legislador tuvo que permitir á la mujer especificarlas é inscribirlas á medida que nacen si, se entiende, encuentra en ello un interés. Decir que la hipoteca puede ser especificada durante el matrimonio no es decir que la mujer tomará siempre inscripción; no debe perderse de vista que la hipoteca es una garantía en caso de insolvencia del marido; es, pues, sólo cuando hay temor de insolvencia cuando la mujer hará especificar é inscribir su hipoteca; lo que siempre será una excepción rara.

Así interpretado, el sistema de la ley belga es irreprochable. No grava inútilmente los bienes del marido en vista de una insolvencia que ordinariamente no se presentará: este era el vicio del Código. Todos los bienes del marido, presentes y futuros, estaban de plano cargados de hipotecas para las garantías de los derechos de la mujer, derechos que amenudo no corrían ningún riesgo, puesto que ordinariamente el marido es solvente; la quiebra civil ó mercantil son siempre unas excepciones. Según la ley bel-

ga la hipoteca legal tiene que ser especificada é inscrita; lo será pocas veces por el contrato de matrimonio, pues en aquel momento los futuros esposos, ó sus familias, no pueden seguramente preveer la insolvencia del marido. La especificación será rara también durante el matrimonio: ¿para qué había de realizar la mujer su garantía hipotecaria mientras sus derechos no corren ningún riesgo? Y este es seguramente el caso general. Sólo cuando los negocios del marido se descompongan y que los derechos de la mujer estén amenazados será cuando la mujer y su familia pensarán en asegurar sus derechos por una inscripción hipotecaria. Y si la inscripción está tomada antes que la insolvencia del marido esté consumada los derechos de la mujer estarán garantizados. La ley belga le procura, pues, una seguridad bastante sin grávar inútilmente todo el patrimonio inmobiliario del marido.

378. Hay otra interpretación de los arts. 64, 66 y 67 que está generalmente admitida. Se enseña que la mujer puede, en virtud del art. 64, tomar la inscripción antes del matrimonio para todos los derechos actuales y futuros que tiene ó podrá tener contra su marido, ya sea por su contrato de matrimonio, ya durante este último, haciendo especificar la hipoteca conforme á dicho artículo. De modo que la mujer podría hacer especificar en su contrato de matrimonio las causas previstas por el art. 67 tanto como los derechos enumerados en el art. 64; no sólo la hipoteca para la garantía de su dote, de sus convenciones matrimoniales y de sus devoluciones sino también la hipoteca para la seguridad de toda clase de recursos que nacieran durante el matrimonio, tales como los que resultaran de las obligaciones subscriptas por ella, de enajenación de sus propias donaciones que recibiera ó sucesión á que pudiera ser llamada. Esto sería, en este sistema, la relación entre el art. 64 y los 66 y 67. Por su contrato de matrimonio la mujer puede hacer espe-

cializar todos los créditos que tiene ó podrá tener contra su marido. Si no lo ha hecho puede todavía requerir inscripción durante el matrimonio para su dote y convenciones matrimoniales, en virtud del art. 66, y para todas las demás causas de recursos, en virtud del art. 67. (1)

Creemos que esta interpretación está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley y no tiene ningún apoyo en la tradición ni en los trabajos preparatorios. El art. 47 concede una hipoteca á la mujer para sus *derechos y créditos*. Esta hipoteca debe ser especificada; los arts. 64, 66 y 67 fijan la especificación. El primer elemento de la especificación consiste en determinar el monto del crédito. La ley hace á este respecto una distinción muy natural, tomada del Código Civil. Hay derechos que nacen cuando el matrimonio; resultan de las convenciones matrimoniales; el contrato que los estipula especifica al mismo tiempo la hipoteca que tiene la mujer para la seguridad de sus derechos; este es el objeto del art. 64, que se refiere á la dote y convenciones matrimoniales, así como á las *devoluciones*. ¿Qué se entiende por devoluciones? La palabra supone que la mujer *recoge* todo ó parte de los bienes que apartó al marido para ayudarle á subvenir á los cargos del matrimonio. Si los recoge es en virtud de una convención matrimonial; luego las devoluciones mencionadas en el § 2 entran en las convenciones matrimoniales de que habla el § 1.º; si la ley agregó una disposición particular acerca de las devoluciones es porque bajo el imperio del Código Civil la cuestión de saber si la mujer tenía una hipoteca legal para sus devoluciones condicionales y eventuales estaba controvertida. El artículo 64 zanja la controversia en favor de la mujer (número 375).

En la opinión contraria se comprende bajo la palabra *devolución* todas las causas de recursos de que habla el ar-

1 Martou, t. III, p. 80, núm. 919. Beckers, t. II, p. 130, núms. 105 á 107.

tículo 67; es decir, los derechos que nacen durante el matrimonio. Observaremos desde luego que el art. 67 no habla de devoluciones, dice que la mujer puede tomar inscripción por *toda causa de recursos*, y los ejemplos que da prueban que se trata de recursos que nacen durante el matrimonio. Cuando la mujer suscribe una obligación en favor de su marido tiene un *recurso* contra él, no tiene una *devolución*; cuando sus propios están enajenados no los puede *recoger*; tiene una recompensa que ejerce por vía de prelación ó de acción contra su marido; es esta acción la que está garantizada por una hipoteca. Sin embargo, el art. 1470 da el nombre de *devolución* al ejercicio de los derechos de la mujer en los bienes de su marido. Lo mismo pasa con las sujeciones y donaciones que la mujer recoge durante el matrimonio; hay lugar á un recurso por este punto cuando son sumas dotales de las que la mujer tiene *devolución* en virtud de las convenciones matrimoniales. La cuestión está en saber si los *recursos* ó las *devoluciones* previstas por el artículo 67 entran en la expresión general de *devoluciones eventuales* de que se sirve el art. 64.

En nuestro concepto el art. 67 no tiene ninguna relación con el art. 64. Este artículo supone que la mujer tiene derecho á devoluciones en virtud del contrato de matrimonio, devoluciones cuyo monto está determinado aunque el derecho pueda ser condicional ó eventual; por ejemplo, el derecho de recobrar, en caso de renuncia, los muebles que trajo al matrimonio: se sabe cuál es el monto de la devolución, pero el derecho de la mujer es condicional y eventual, puesto que depende de la supervivencia y de la renuncia. Nada impide, pues, que la mujer especifique la hipoteca por contrato de matrimonio. El caso previsto por el art. 67 es enteramente diferente; se trata de un derecho nacido durante el matrimonio y que no pudo especificar el contrato de matrimonio: tales son las sumas dotales que la mujer reco-

ge á título de donaciones ó de sucesión. El contrato de matrimonio bien puede decir que la mujer recogerá el mobiliario dotal que le vencerá durante el matrimonio, pero no puede determinar, ni aproximativamente, el monto de estas sumas. Hay más: la ley no concede hipoteca por este punto cuando el matrimonio; luego no puede tratarse de especificarla. En efecto, la ley concede una hipoteca á la mujer para sus *derechos* y *créditos*, y las donaciones y sucesiones que la mujer podrá recoger y, por por consiguiente, recobrar, no son un *derecho* ni un *crédito*; las sucesiones sólo son una esperanza y las donaciones son menos aún. Es porque los créditos que nacen durante el matrimonio no pueden ser especificados por contrato de matrimonio por lo que la ley hubo de permitir á la mujer el hacerlos especificar é inscribir durante el matrimonio. Esto es lo que hace el artículo 67, sin citar el 64, como lo hace el art. 66. Si, como se pretende, el art. 67 tuviera el mismo objeto que el 66 la ley hubiera repetido en el art. 67 lo que dice en el 66: "A falta de estipulación de hipoteca ó en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato," etc. Para decir mejor, un sólo artículo hubiera bastado para decir que la mujer puede especificar su hipoteca durante el matrimonio como lo puede en su contrato. En la opinión que combatimos el art. 67 no tiene razón de ser.

Si los textos dejan una duda la quita el espíritu de la ley. El Código Civil concedía una hipoteca general oculta á la mujer; esto era un favor excesivo. Sin embargo, fijaba el rango ó lugar de esta hipoteca en interés de los terceros y del marido. Así para la dote la hipoteca tenía lugar desde el día del matrimonio en lo relativo á los bienes traídos cuando el contrato, pero en cuanto á las sumas dotales procedentes de sucesiones ó donaciones vencidas á la mujer durante el matrimonio la hipoteca sólo tenía lugar desde la apertura de las sucesiones ó desde el día en que las donacio-

nes tuvieron su efecto; asimismo la mujer no tenía hipoteca por las deudas que contraía con su marido y para el reemplazo de sus propios enajenados sino á partir del día de la obligación ó de la venta. En este sistema los bienes del marido quedaban libres y, por consiguiente, conservaba éste algún crédito, en cuanto á los derechos que toman nacimiento durante el matrimonio, hasta que estos derechos nacieran. El legislador belga sometió la hipoteca legal de la mujer casada á la ley común de la especificación y de la publicidad. Lo hizo por interés del crédito del marido y de los derechos de los terceros; ¡y se quiere que la ley haya agravado los vicios del Código Civil concediendo á la mujer una hipoteca con lugar antes del matrimonio para los derechos que sólo nacen durante éste y que amenudo no existían! Esto no tendría sentido.

Se dirá que debiendo ser especificada la hipoteca todo dependerá de las partes contratantes. Sin duda; por esto es ociosa la cuestión que discutimos, pues dudamos que se encuentren esposos que estipulen una hipoteca especial en su contrato de matrimonio para derechos que pudieran nacer durante el curso de éste. Esto es un debate de teoría. Lo seguro es que la ley, tal cual se la interpreta, sería absurda, pues conduciría á esto: ¡es que el legislador belga, que quería disminuir los inconvenientes de la hipoteca legal, los hubiera agravado dando á la mujer una hipoteca para unos derechos que, amenudo, la mujer no tendrá! Hay que decir más: es que, bajo el punto de vista práctico, la aplicación de la ley sería imposible. Para especificar es necesario una base: ¡y dónde está la base de la especificación cuando se trata de donaciones futuras ó de obligaciones por venir? ¡Sin embargo, si los esposos estipulasen una hipoteca semejante sería válida? No sería una hipoteca legal, sería una hipoteca condicional; habría por consiguiente, que

P. de D. TOMO XXX—48