

aplicar los principios que exponemos en el título *De las Hipotecas Convencionales* acerca de las hipotecas de deudas futuras.

379. En nuestra opinión la ley belga reproduce el sistema del Código Civil acerca del lugar de la hipoteca, distinguiendo los derechos que nacen cuando el matrimonio de aquellos que nacen durante el mismo. Pero nuestra ley mejora el Código Napoleónico ordenando la especificación y la publicidad de la hipoteca legal. Si la mujer tiene cuidado de mandar especificar su hipoteca é inscribirla antes del matrimonio para su dote, sus convenciones matrimoniales y sus devoluciones y durante el matrimonio, tan presto como adquiere un crédito contra su marido, el sistema de la nueva ley será idéntico al de la ley antigua, salvo esta única diferencia: que la hipoteca, por razón de los derechos que nacen durante el matrimonio, sólo tendrá lugar posteriormente á la adquisición de estos derechos; mientras que bajo el imperio del Código la hipoteca existía desde el instante mismo en que el derecho se adquiría. La Ley Hipotecaria mantiene, pues, el principio del Código Civil en cuanto al lugar de la hipoteca legal, sólo lo modifica en un punto: es que para tener este lugar la mujer debe especificar su hipoteca é inscribirla. Esto es una gran mejora bajo el punto de vista de los intereses del marido y de los terceros. Ordinariamente la hipoteca no será especificada ni inscrita porque la garantía será inútil; y en este caso el marido gozará de todo el crédito que su fortuna le asegura. Si llega á ser necesario tomar inscripción en sus bienes los intereses de la mujer quedarán resguardados, puesto que de un momento á otro puede ésta especificar é inscribir su hipoteca con la autorización del juez.

380. Estando sometida á la publicidad la hipoteca legal de la mujer resulta que todos sus efectos dependen de la inscripción. Se debe, pues, aplicar á la hipoteca de la mujer

el principio establecido por el art. 81 (Código Civil, artículo 2134) que dice: «Entre los acreedores la hipoteca sólo tiene lugar desde el día de la inscripción tomada en los registros del conservador, en la forma y manera descriptas por la ley.» Esto está sin dificultad para los derechos que se especifican durante el matrimonio; la mujer sólo puede requerir la inscripción á partir del momento en que adquirió un derecho contra su marido y después que el presidente del tribunal haya especificado la hipoteca. En cuanto á los derechos anteriores al matrimonio el art. 64 dice que la especificación se hará por el contrato de matrimonio y que la hipoteca será inscrita por el marido antes de la celebración del casamiento; la ley agrega que la hipoteca tendrá su efecto desde la fecha de la inscripción. Esto es la aplicación de los principios generales; por una parte la hipoteca tiene lugar desde que está inscrita (art. 81; Código Civil, art. 2134) y por la otra las convenciones matrimoniales están consentidas bajo la condición de que el matrimonio será celebrado, y la condición cumplida tiene un efecto retroactivo (art. 1179); de ahí la consecuencia de que las convenciones matrimoniales producen su efecto á partir del día en que el contrato pasó ante notario. Esto es muy jurídico, pero no deja de ser extraño el resultado: es que la hipoteca tendrá lugar en un momento en que no hay aún matrimonio, ni mujer casada, ni derechos contra el marido. El Código Civil evitaba esta anomalía disponiendo que la hipoteca para la dote y las convenciones matrimoniales tendrían rango á partir del casamiento celebrado ante el oficial del estado civil y no á partir del contrato recibido por el notario (art. 2135)

381. En nuestra opinión la hipoteca de que habla el artículo 64 es legal. Generalmente se interpreta la ley en el sentido de que la hipoteca de la mujer en los derechos que nacen cuando el matrimonio es convencional más bien que

legal. M. de Anethán lo dice con todas sus letras en su informe al Senado: «La hipoteca que la mujer puede *adquirir* en virtud del art. 64 es una *verdadera hipoteca convencional*; estará *estipulada* en el contrato de matrimonio; será, pues, dada por *consentimiento del marido*.» (1) La mayoría de los autores reproducen esta explicación. Martou dice que la hipoteca de la mujer establecida en principio por la voluntad del legislador no existe de hecho más que por la voluntad de las partes. Desde este punto de vista la hipoteca de la mujer reproducía los caracteres de la hipoteca convencional más que recordar la antigua hipoteca legal que se ejercía en todos los inmuebles del marido, presentes y futuros, por el único efecto de la ley. Más adelante Martou repite las palabras del relator de la comisión del Senado: «La hipoteca legal que es el objeto del art. 64 se ha convertido en una *verdadera hipoteca convencional*.» (2)

En esta opinión la hipoteca de la mujer no es legal más que cuando es inscrita durante el matrimonio. «Los artículos 66 y 67, dice M. d'Anethán, permiten á la mujer requerir una inscripción hipotecaria después de la celebración del matrimonio para todas las causas legítimas de recurso cualquiera. Esta facultad constituye verdaderamente el derecho de la hipoteca legal, puesto que el consentimiento del propietario del inmueble no está exigido para constituirlo.» (3) M. Arntz sistematizó esta interpretación diciendo que la hipoteca de la mujer es convencional ó legal: es convencional en el caso previsto por el art 64, es legal en el caso previsto por los arts. 66 y 67. (4)

M. Delebecque es el único intérprete que desecha esta

1 D'Anethán, informe de la comisión (Parent, p. 417). El Ministro de Justicia ha dicho, en la sesión de 5 de Febrero de 1851, que la hipoteca, según el proyecto, era á la vez legal y convencional (Parent, p. 294).

2 Martou, t. III, p. 18, núms. 894 y 895.

3 D'Anethán, informe (Parent, p. 418).

4 Arntz, Curso de derecho francés, t. II, ps. 718 y 719.

distinción; (1) creemos, como él, que la hipoteca de la mujer siempre es legal; sólo la especificación es convencional cuando se hace antes del matrimonio; mientras que durante el matrimonio se hace sin concurso de consentimientos. Los textos y los principios no dejan duda acerca de este punto. Este es el art. 45 que define las varias clases de hipotecas; distingue la hipoteca legal de la convencional: la primera resulta de la ley, la segunda depende de las convenciones. Es decir, que la hipoteca legal existe independiente de cualquiera convención, únicamente por la fuerza de la ley. Después sigue una sección titulada: *De las hipotecas legales*. El art. 47 las enumera y en primer lugar coloca la hipoteca de la mujer. «Los derechos y créditos á los que la hipoteca legal se atribuye son los de las mujeres casadas en los bienes de su marido.» La hipoteca de la mujer es, pues, legal, por lo que no podría ser convencional porque lo que caracteriza á la hipoteca legal es que sólo la ley la crea, y la crea porque los incapaces á quienes la concede no pueden, en razón de su incapacidad, vigilar ellos mismos sus intereses. Es, pues, contradictorio hablar de una hipoteca *convencional* cuando se trata de incapaces; si su hipoteca fuera convencional habría sido inútil que el legislador interviniere, como lo dice el art. 47, para ligar esta garantía á sus derechos y créditos; podía trasladarse á la libre estipulación de las partes interesadas.

382. Queda por saber si los arts. 64, 66 y 67 justifican la distinción que hacen los intérpretes de la hipoteca convencional de la mujer y su hipoteca legal. Decimos que esto es imposible, porque el legislador, después de haber dicho en el art. 47 que la hipoteca de la mujer es legal, no puede decir en el art. 64 que es convencional por regla general y legal por excepción, en el caso en que las partes no la hubieran especificado por contrato de matrimonio.

1 Delebecque, Comentario legislativo, p. 256, núm. 344.

En realidad la ley no dice esto. ¿Cuál es el objeto de los arts. 64, 66 y 67? ¿Definir la naturaleza de la hipoteca de que goza la mujer? Nó, los arts. 45 y 47 habían decidido que la mujer tiene una hipoteca legal por sus derechos y créditos. Pero como esta hipoteca está sometida á los principios de especialidad y de publicidad se debió arreglar el modo de especializarla y determinar quién la inscribiría. No se trata, pues, en los arts. 64, 66 y 67 más que de la especificación de la hipoteca de la mujer. Antes del matrimonio se hace por convención; por tanto, es convencional; durante el matrimonio se hace sin concurso de consentimientos. ¿Es decir que la hipoteca se hace convencional cuando está especificada por contrato de matrimonio? La hipoteca convencional es la que sólo existe por concurso de voluntades de las partes interesadas, y una vez que han consentido las partes no pueden pedir ni la reducción ni la extensión de la inscripción. Y la hipoteca de la mujer existe en virtud de la ley (art. 47) antes de ser especificada, y aunque lo estuviera por contrato de matrimonio la mujer podría aún, durante el matrimonio, requerir nuevas inscripciones en virtud del art. 66. La mujer acreedora no está ligada por la especificación convencional; lo que es muy lógico, como lo diremos más adelante. Hay más: muy frecuentemente no hay especificación convencional porque no hay contrato de matrimonio; es la comunidad legal el régimen de derecho común y también el ordinario. Aunque no haya contrato de matrimonio la mujer tiene una hipoteca y es necesariamente legal. Aunque los esposos hicieran contrato ante notario sucedería lo más amenudo que la hipoteca no estaría especificada; lo que no impide á la mujer tener una hipoteca legal que podrá hacer especificarla durante el matrimonio; hé aquí todavía un caso en el que la hipoteca de la mujer no tendrá nada de convencional, ni aun la especificación. Queda el caso en que la hipoteca

se especifica por contrato de matrimonio: ¿resultará convencional la hipoteca? Nó, porque la especificación no liga á la mujer acreedora, aunque haya consentido. Si la garantía, tal como fué especificada, es insuficiente la mujer puede requerir nuevas inscripciones después del matrimonio. ¿En virtud de qué derecho? Seguramente no es en virtud del contrato de matrimonio, puesto que la mujer modifica este contrato; es en virtud del derecho que la ley le confiere; luego su hipoteca es legal y no convencional.

383. Se pueden objetar las palabras *estipular* y *estipulación* de que se sirve la ley en los arts. 64 y 66. Estas palabras implican una convención: el acreedor *estipula* y el deudor *promete*. Decir que la mujer puede estipular una hipoteca ¿no es decir que esta hipoteca es convencional? Contestaremos que la expresión *estipular* es inexacta en tanto que se aplique á la hipoteca; sólo es exacta cuando se refiere á la especificación; el texto mismo de la ley lo prueba.

El § I del art. 64 dice que «la mujer tendrá una hipoteca especial en los bienes que están afectados por el contrato de matrimonio en seguridad de su dote y de sus convenciones matrimoniales.» No se trata de *estipulación* en el texto, no se trata más que de *especificar* la hipoteca que tiene la mujer, y la tiene en virtud de la ley (art. 47). Sin embargo, el art. 66, que se transporta al § I del art. 64, dice: «A falta de *estipulación de hipoteca* ó en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato.» La ley llama, pues, *estipulación de hipoteca* la *especificación* que se ha hecho en el contrato de matrimonio de los bienes en que la mujer puede inscribir. La expresión es mala, porque no se *estipula* por una hipoteca que la ley concede. (1) Tal vez el legislador quiso servirse de la palabra *especifica-*

1 El lenguaje usual, en materia de hipoteca legal, es muy incorrecto. Así, en la discusión de la ley, siempre se decía *tomar hipoteca* para indicar la especialización y la inscripción. No se toma por una hipoteca que la ley concede y que el acreedor tiene en el momento en que ha hecho especializar ó inscribir.

ción porque no es francesa, al menos no se encuentra en el diccionario de la Academia. En el § I del art. 64 la ley no emplea la palabra *estipular*; la mujer no estipula, específica. Luego cuando en el § II dice que la mujer puede *igualmente estipular una hipoteca especial* por sus ganancias esto quiere decir que la mujer puede especificar esta hipoteca por contrato de matrimonio y que lo debe hacer si quiere que su hipoteca tenga lugar antes del matrimonio. La palabra *igualmente* de que se sirve la ley prueba que el derecho que reglamenta el § 2 es de igual naturaleza que el de que trata el § 1 y que en ambas hipótesis sólo se trata de especificar la hipoteca legal de la mujer por los créditos que nacen del contrato de matrimonio.

La tradición confirma esta interpretación. Dijimos (número 335) que bajo el imperio del Código Civil hubo una controversia acerca del punto de saber si la mujer tenía una hipoteca legal por sus ganancias matrimoniales en el caso en que el derecho que resultara fuera eventual. La nueva ley zanjó la controversia en favor de la mujer. Así la mujer tiene una hipoteca por sus devoluciones eventuales, al mismo título que para todas sus convenciones matrimoniales; es decir, una hipoteca legal independiente de toda convención; sólo que dicha hipoteca debe ser especificada. No había ninguna razón para establecer una diferencia entre la hipoteca del punto de devoluciones y la de las demás convenciones matrimoniales; si la hipoteca de la mujer existe sin que sea necesario estipularla por las convenciones matrimoniales en general debe también existir sin estipulación para las devoluciones.

384. Decimos que la especificación es convencional cuando se hace por contrato de matrimonio, pero que la hipoteca queda legal. Esto explica el sistema de la ley en lo relativo al derecho de la mujer de volver sobre las estipulaciones del contrato de matrimonio. Si la hipoteca fuera con-

vencional no se concebiría que se pudiera modificar por el hecho de una de las partes contratantes. Hay más: la modificación sería hasta imposible por el concurso de voluntades del marido y de la mujer. En efecto, las convenciones matrimoniales son inmutables, no pueden cambiar después de la celebración del matrimonio (art. 1395). Los esposos no podrían, pues, modificar la hipoteca tal como fué determinada por el contrato de matrimonio, si la hipoteca resultaba de las convenciones que se hallaban consignadas allí. Sin embargo, la ley permite á la mujer hacer nuevas inscripciones en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato de matrimonio. La razón es que la especificación no puede ser inmutable; varía indispensablemente con el estado de la fortuna de la mujer y de las garantías que le son necesarias. La ley quiere que la garantía hipotecaria esté siempre en relación con los intereses de los incapaces de manera á asegurar sus derechos sin gravar al deudor con inscripciones excesivas. Por esto la mujer puede requerir una inscripción suplementaria cuando las garantías determinadas por el contrato son insuficientes. Lógicamente debiera dar al marido el derecho de reducción cuando son excesivas. Pero la ley no permite al marido volver á la especificación hecha por contratos de matrimonio; más adelante diremos que solo le da una acción en reducción cuando la mujer ha escrito sobre sus bienes en virtud de la autorización del presidente (art. 72). ¿Por qué niega al marido un derecho que concede á la mujer? Uno y otro consienten en el acto de especificación; pero el consentimiento de la mujer no es libre: ella ó sus parientes temen herir la susceptibilidad del futuro marido exigiéndole garantías que por su extensión hicieran patente su desconfianza; la mujer se conformará fácilmente con la que le ofrezca su futuro marido; éste, al contrario, conserva su libertad com-

pleta de acción. Sin embargo, esta explicación no justifica lo bastante la ley. Puede suceder que la inscripción no haya sido excesiva cuando el contrato, pero que llegue á serlo durante el matrimonio; en este caso no hay ningún motivo para negar al marido el derecho de pedir la reducción y, sin embargo, es difícil reconocerle este derecho, puesto que la ley no se lo da más que para las inscripciones hechas en virtud de una orden del presidente.

Hay todavía una observación que hacer en el sistema de la Ley Hipotecaria en lo que se refiere al marido. La ley no le permite pedir la reducción de las inscripciones tomadas en virtud del contrato de matrimonio. Esto se concibe en rigor si se admite, como lo hemos enseñado, que el contrato de matrimonio no puede especificar más que los derechos que nacen de las convenciones matrimoniales. Pero esto se concibe en la opinión que admite que el contrato de matrimonio puede especificar la hipoteca para los derechos que nacen durante el matrimonio. En efecto, estos derechos son necesariamente inseguros en cuanto al monto del crédito. Suponemos que los esposos quieran especificar la hipoteca por sumas dotales que obtendrá la mujer durante el matrimonio por sucesión ó donación: ¿qué cifra fijarán para esperanzas ó liberalidades que ni siquiera son esperanzas? Si el legislador hubiera admitido este sistema debiera haber permitido al marido pedir la reducción de las inscripciones cuando la realidad llega á desmentir las esperanzas. La mujer contaba con una sucesión mobiliar de 10,000 francos que realizó; esta sucesión se reduce á la nada. Y, no obstante, la inscripción subsistirá en los bienes del marido. Esto no tendría sentido.

385. En nuestra opinión el único objeto de los artículos 64, 66 y 67 es determinar el lugar de la hipoteca legal de la mujer. Cuando la hipoteca está especificada por el contrato el marido debe mandarla inscribir antes de la cele-

bración del matrimonio y la mujer también puede requerir la inscripción. En este caso la hipoteca de la mujer tendrá lugar á partir de la inscripción; luego antes del matrimonio. Pero si la hipoteca no está especificada por el contrato notariado la inscripción no podrá tomarse. Síguese de esto que bajo el régimen de comunidad legal la hipoteca de la mujer no tuvo nunca lugar antes del matrimonio; no tendrá efecto más que en virtud de la inscripción que se tomará durante el matrimonio. Lo mismo pasa si el contrato de matrimonio no especifica la hipoteca de la mujer ó si las garantías determinadas por el contrato son insuficientes como lo supone el art. 66. Es necesario en este caso que la hipoteca esté especificada por el presidente y que esté inscrita; lo que le da lugar sólo á partir de la inscripción.

La diferencia es, pues, grande en lo que se refiere al lugar de la hipoteca entre la especificación que se hace por contrato de matrimonio y la que se hace durante el matrimonio por el presidente. Esta puede no asegurar los derechos de la mujer si ya otros acreedores habían tomado inscripciones de los bienes del marido. Esta es la consecuencia inevitable del sistema de publicidad consagrado por la nueva ley. Este sistema exige necesariamente la especificación, y para que ésta sea eficaz debe hacerse antes del matrimonio; y en aquel momento las consideraciones que impiden que obre la mujer detendrán también á su pariente.

386. Esto puede conducir á la ineficacia de la hipoteca que la ley concede á la mujer. Diremos más adelante cuáles son las garantías que la ley estableció en su favor. Ante todo debemos ver si la mujer puede renunciar su hipoteca legal. En nuestra opinión no lo puede (núm. 308). Si se atiende uno al rigor de los principios esta solución ni siquiera es dudosa. La hipoteca de la mujer y la de los menores tienen por fundamento la incapacidad de aquellos en favor de quienes la ley las establece; es porque no pueden cuidar sus