

derechos por lo que la ley los cuida. ¿Y se concibe que el incapaz repudie una garantía que la ley le da por razón de su incapacidad? Todo el sistema de la ley protesta contra semejante anomalía. ¿Se dirá que la mujer puede guardar silencio, no obrar, con el objeto de no hacer valer el derecho que la ley le da? Esto sería abdicar tácitamente la hipoteca legal haciéndola ineficaz. La ley no admite esta renuncia de hecho. Encarga á los parientes de la mujer obren por ella, y si los parientes no lo hacen encarga á magistrados venir en auxilio suyo, resguardando sus derechos apesar de ella, pues la mujer no debe intervenir en la especificación y no puede oponerse á ella.

El espíritu de la ley está, pues, en armonía con el rigor de los principios. Sin embargo, hay controversia. Según el art. 67 la mujer puede siempre tomar inscripción para los derechos que nacen durante el matrimonio, *no obstante convención contraria*. Esta es la aplicación de los verdaderos principios. La hipoteca legal es de orden público porque fué concedida por la ley á incapaces por razón de su incapacidad, y no está permitido á las partes derogar leyes relativas al orden público (art. 6). Pero la disposición del art. 67 es especial: sólo es relativa á los derechos que nacen durante el matrimonio, ó, como se dice en la interpretación generalmente admitida, el art. 67 es el complemento del § 2 del art. 64. La ley parece, pues, distinguir entre las diversas causas que dan lugar á la hipoteca de la mujer; si se trata de las causas de recursos que nacen durante el matrimonio no permite que la mujer renuncie su derecho á la hipoteca; si se trata de su dote y de sus convenciones matrimoniales se lo permite implícitamente. (1) El argumento se funda, en definitiva, en el silencio de la ley; mal raciocinio que conduce á poner la ley en oposición con los principios. Las devoluciones del art. 64, § 2,

1 Martou, t. III, p. 27, núm. 911. Beckers, p. 152.

son también convenciones matrimoniales como las del § 1; ¿por qué en uno de los casos podría la mujer renunciar á su hipoteca mientras que no lo podría en otro? Se dice que los derechos del § 1 son seguros y que la mujer sabe lo que renuncia, y que siendo inseguros los derechos del § 2 la mujer no puede apreciar el efecto de su renuncia. En nuestra opinión las devoluciones de que se trata en el § 2 son seguras en cuanto al monto, y aunque no lo fueran deberían ser valuadas, puesto que la hipoteca debe ser especificada en cuanto á la suma tanto como cuanto á los inmuebles. La mujer sabe, pues, siempre cuál podrá ser el monto de su recurso contra el marido y, por consiguiente, sabe lo que renuncia. Por otra parte, esto es sólo una consideración de hecho, no responde á la objeción de derecho: la mujer no puede nunca renunciar á un derecho que es de orden público. (1)

Otra es la cuestión de saber si la mujer puede renunciar el beneficio de la inscripción en interés de los terceros que contratan con el marido como adquirentes ó acreedores hipotecarios. El art. 71 se lo permite implícitamente. Volveremos á este punto al tratar de la cesión de la hipoteca.

Núm. 2. Cómo se hace la especificación.

387. Hay que distinguir la especificación que se hace por contrato de matrimonio y la que se hace durante el matrimonio. La diferencia no sólo es relativa á las personas que intervienen en el acta, se refiere también á las condiciones y á los efectos.

I. De la especificación que se hace por contrato de matrimonio.

388. La especificación es, en principio, la misma en toda

1 Cloos, Comentario, t. II, p. 123, núm. 1110.

hipoteca legal ó convencional. Cuando es una convención la que crea la hipoteca el acta que la establece la especifica determinando la suma para la que se consiente y los inmuebles que quedan gravados (arts. 80 y 78). Para la hipoteca legal no hay acta que la establezca, puesto que resulta de la ley. Es, pues, necesaria una especificación que permita hacerla pública, dando á conocer el monto del crédito y los inmuebles que están gravados para su pago. La ley quiere, ante todo, que la suma por la que la inscripción será tomada esté fijada, pues la determinación de los inmuebles depende del monto de los créditos que deben ser garantizados por la hipoteca. Ya hemos dicho qué grandes son las dificultades cuando se trata de especificar la hipoteca legal del menor. Por lo que toca á la hipoteca de la mujer la ley no se ocupa de la especificación de la suma, se conforma con decir que la hipoteca debe ser *especial*; esto es muy natural. Son las mismas partes quienes especifican la hipoteca mediante una cláusula de su contrato de matrimonio; á ellas, pues, tocará fijar la suma por la que se tomará inscripción. No hay dificultad en lo que se refiere á la dote que aporta la mujer al casarse; la cifra está necesariamente fijada por el contrato de matrimonio. ¿Pero qué debe decirse de las sumas dotales que procederán de las sucesiones á que pueda ser llamada la mujer ó de las donaciones que se le harán durante el matrimonio? Según el Código Civil la hipoteca de la mujer no tenía lugar, por este punto, más que desde la apertura de las sucesiones ó desde que tenían efecto las donaciones. Bajo el imperio de la nueva ley se admite que estas sucesiones y donaciones son una devolución eventual para la que la mujer, según el artículo 64, puede estipular una hipoteca. Los esposos podrían, pues, convenir que una inscripción se tomará en los bienes del marido para garantía de los valores dotales que la mujer podrá recoger hasta concurrencia de determinada su-

ma. (1) En nuestra opinión la mujer no puede tomar inscripción por punto á las sucesiones y donaciones sino en virtud del art. 67; es decir, con autorización del presidente del tribunal (núm. 378).

389. Las convenciones matrimoniales, en tanto que dan á la mujer una mejora para la que tiene acción contra su marido, se especifican por su mismo objeto. Poco importa que la mejora sea eventual ó condicional, esto no impide que su objeto esté determinado, lo que basta para el principio de la especificación. Transladamos á lo dicho más atrás de las convenciones matrimoniales (núms. 343 y 344).

Es también en virtud de las convenciones matrimoniales por lo que la mujer tiene hipoteca para los créditos que tendrá contra su marido administrador de sus bienes. Aquí se presenta la dificultad cuando se trata de especificar este crédito. Creemos que debe aplicarse la distinción que hemos hecho para la dote. Si se trata de propios que la mujer poseía cuando el matrimonio el derecho de ésta á una indemnización dependerá de las eventualidades de la gerencia; este es el término de que se vale la ley cuando organiza la especificación de la hipoteca legal del menor: hay una base segura: la fortuna de la mujer; luego la determinación de una suma para indemnización es posible; desde luego hay que atenerse al texto que permite tomar inscripción para derechos eventuales.

En rigor se podría también determinar una suma para los créditos alimentarios en caso de separación de bienes ó de cuerpos. El derecho es seguro y la cuotidad puede determinarse según la condición de los esposos y la fortuna del marido. Este es, pues, también un crédito eventual en el sentido del art. 64, § 2. °

Más difícil es determinar una suma para gastos. Sin embargo, el derecho de la mujer es seguro, la especificación po-

1 Beckers, De las hipotecas legales, p. 132, núm. 107.

dria hacerse en caso necesario. Hay que convenir en que estas cuestiones son, cuando menos, ociosas. ¿La mujer puede prever el abuso del poder marital y los desórdenes de su futuro marido? ¿Si lo pudiera podría decentemente estipular garantías en vista de esta eventualidad? ¿Y se sometería á ellas el marido?

390. ¿Deben comprenderse entre los derechos eventuales por los que la mujer puede estipular una hipoteca aquellos de que habla el art. 67? En la opinión que generalmente se sigue el art. 67 es la continuación y complemento del artículo 64, § 2.º Si se admite esta interpretación debe decirse que los esposos pueden convenir, por su contrato de matrimonio, que la mujer tomará inscripción para el recurso que tendrá contra su marido por punto á las obligaciones que suscribirá en favor de éste. (1) El derecho de la mujer es seguro si contrae obligación en provecho de su marido; pero para fijar el monto del recurso hay que determinar el de las obligaciones que la mujer estará en el caso de suscribir, y esta cifra se escapa de la especificación, puesto que depende de la fortuna de la mujer. Bien puede uno fundarse en un cálculo de probabilidades acerca de los bienes presentes de la mujer, pero es imposible calcular sus bienes futuros, puesto que dependen de simples esperanzas. Debe, pues, aplicarse á la especificación de estos recursos lo que hemos dicho de las sumas dotales procedentes de sucesiones ó de donaciones (núm. 378).

391. Diremos otro tanto de los recursos de la mujer respecto de la enajenación de sus propios. La especificación es posible para los propios que la mujer posee al casarse, es imposible para los propios que la mujer podrá adquirir. Esto es decir que la mujer no puede tener, por este punto, una hipoteca anterior al matrimonio.

392. Se ve que se da en vano, en la opinión general, una

1 Beckers, De las hipotecas legales, p. 132, núm. 107.

hipoteca á la mujer para todos los derechos que nacerán durante el matrimonio con este efecto: que la especificación de estos derechos podría hacerse por contrato matrimonial y que la hipoteca tendría lugar á partir de la inscripción tomada antes de la celebración del casamiento. Si tal fué la intención del legislador quiso lo imposible, puesto que hubiera dado una hipoteca en el caso en que no hay derechos ni eventuales. Se está, pues, obligado á volver á la distinción que hace el Código entre los derechos que nacen cuando el matrimonio y los que toman nacimiento después de su celebración. Esta distinción es lógica. Ordinariamente la hipoteca no puede existir antes que el crédito que está destinado á garantizar. Si la ley ha hecho una excepción á estos principios en favor del menor es que habia necesidad de asegurarle una garantía desde la entrada en función del tutor porque desde aquel momento el menor puede estar perjudicado por la gerencia tutelar y era imposible subordinar la inscripción de la hipoteca del menor á hechos de gerencia que pueden producirse diariamente. Se puede admitir la misma excepción en favor de la mujer; el legislador lo hizo permitiéndole tomar inscripción para créditos eventuales, lo que comprende el crédito de la mujer por razón de la gerencia de sus bienes cuando se trata de bienes actuales. Pero no se puede extender esta excepción á pretendidos derechos que ni siquiera tienen existencia eventual. Tal es la enajenación de los propios futuros de que acabamos de hablar (núm. 390). Se admite que la mujer separada de bienes y la mujer dotal tienen una hipoteca para la garantía del recurso que tienen contra el marido por punto de la inmixción de éste en la administración de los bienes, en la que, conforme á la ley y á las convenciones, debe quedar completamente extraño. ¿Cómo especificar, por contrato de matrimonio, un derecho subordinado á un hecho ilegal ó á

una tolerancia que es puramente facultativa por parte de la mujer? Al casarse bajo un régimen que deja á la mujer la administración de sus bienes los esposos no pueden preveer que la mujer no administrará; esto implica contradicción; y un derecho que nace de un hecho puramente potestativo de la mujer y de una inmixción igualmente potestativa del marido ¿es un derecho? ¿Se concibe que el marido consienta en gravar sus bienes con una hipoteca para el caso en que se inmiscuyera sin derecho en una administración que él mismo consiente en abandonar á la mujer? Hay en esto contradicciones jurídicas y morales que nos confirman en nuestra opinión. El legislador no pensó en conceder á la mujer un derecho cuyo ejercicio es imposible.

393. Nos falta decir cómo se hace la especificación en cuanto á los bienes. Acerca de este punto no hay ninguna dificultad de derecho. Se aplica el art. 78, que explicaremos en el capítulo *De las Hipotecas Convencionales*. No porque la hipoteca legal de la mujer sea nunca convencional (números 381-382) sino porque sólo hay un modo de especificar los bienes: el que establece la ley al tratar de las hipotecas convencionales y que por esto mismo es aplicable á las legales y testamentarias; el legislador no lo dijo, sin duda porque creyó que era por demás.

II. De la especificación que se hace durante el matrimonio.

394. La especificación se hace durante el matrimonio en el caso previsto por los arts. 66 y 67. El art. 66 supone que el contrato de matrimonio no especificó la hipoteca que la ley da á la mujer para garantía de su dote y de las convenciones matrimoniales ó que las garantías determinadas por el contrato son insuficientes. La mujer puede, en este caso, requerir una inscripción primera ó una suplementaria, en virtud de la autorización del juez. Se dijo, y no sin razón,

cuando la discusión del proyecto de ley, que raramente los futuros esposos harían convenciones relativas á la hipoteca legal, porque, por una parte, las garantías hipotecarias son una medida de desconfianza para con el marido deudor, y que, por otra parte, perjudican su crédito. (1) Esto no prueba que la mujer no deba tener garantía, sólo prueba que la ley no pudo conformarse con las estipulaciones que hiciera por su contrato de matrimonio. No puede haberlas, y ordinariamente no las hay, bajo el régimen de la comunidad legal, las garantías pueden ser ó pueden volverse insuficientes. En todas estas hipótesis la ley tuvo que establecer un sistema de especificación que permite á la mujer asegurarse una hipoteca durante el matrimonio, y tuvo que organizar la especificación de modo que la ejecución de la ley fuera facil. Es con este objeto con el que la ley confía la especificación al presidente del tribunal á pedimento de la mujer. En cuanto á los derechos que nacen durante el matrimonio la especificación por contrato de matrimonio es imposible. En nuestra opinión la hipoteca para seguridad de estos derechos no puede ser especificada más que cuando nacen los derechos, luego durante el matrimonio. La especificación se hace por el presidente del tribunal, como todas las especificaciones posteriores á la celebración de la unión conyugal.

Se sigue el mismo modo de especificación cuando se trata de derechos eventuales en el sentido del art. 64, § 2. El contrato de matrimonio puede especificar la hipoteca que la mujer tiene para la seguridad de estos créditos. Pero sucederá raramente que el contrato dé á la mujer garantías para sus devoluciones. Son ordinariamente derechos de supervivencia, luego mejoras que el marido hace á su mujer; ésta, que recibe un beneficio, ¿estipulará garantías con-

¹ Sesión de la Cámara de Representantes, 4 de Febrero de 1851 (Parent, ps. 287, 292, 298 y 299).

tra aquel que le hace el beneficio? Pero durante el matrimonio el desorden en los negocios del marido puede hacer necesaria una garantía en favor de la mujer y de sus hijos. La mujer estará más dispuesta durante el matrimonio que antes para hacer especificar su hipoteca porque sentirá la necesidad de ello; lo hará en interés de sus hijos como pide la separación de bienes en interés de éstos.

395. ¿Cuándo puede la mujer mandar especificar su hipoteca durante el matrimonio? Los intérpretes contestan que sólo puede cuando ha nacido su crédito: por ejemplo, cuando la sucesión venció, el propio fué enajenado, la obligación contraída. (1) Se fundan en el texto del art. 67 comparado con el art. 64; en el primero la ley dice que la mujer puede, con autorización del presidente, requerir la inscripción para las causas de recursos que *puede* tener contra su marido, tales como las que resultan de obligaciones inscriptas por ella, lo que supone que la causa que le da un recurso existe; mientras que el art. 64 dice que la mujer puede estipular en su contrato de matrimonio una hipoteca especial para las devoluciones que *podrá* tener que ejercer contra su marido; es, además, evidente que las inscripciones tomadas antes del matrimonio preceden necesariamente al nacimiento del derecho garantizado por la hipoteca. Resulta de esta interpretación una singular anomalía: es la de que para garantizar un solo y mismo derecho la mujer puede tomar inscripción, ya antes que el derecho exista y aun antes del matrimonio, y ya debe esperar que el crédito haya nacido. Esto es una nueva contradicción y una nueva objeción contra la opinión generalmente seguida. En la interpretación que hemos propuesto se evita esta anomalía y se permanece bajo el imperio del principio general de que la hipoteca no puede preceder al crédito. Si, como se enseña, la ley permitiera á la mujer especificar por contrato de

1 Martou, t. III, p. 30, núm. 291. Beckers, p. 155, núm. 124.

matrimonio su hipoteca por las causas de recursos del artículo 67 debiera, para ser consecuente, permitirle también inscribirla durante el matrimonio, antes que naciera el crédito. La autorización del presidente hubiera reemplazado la garantía que ofrece el concurso del marido en el acta.

Cuando se trata de la dote aportada por la mujer y de las convenciones matrimoniales esta dificultad no se presenta. El derecho nació en virtud del contrato matrimonial y, por consiguiente, la mujer puede mandar especificar su hipoteca por el presidente, después del matrimonio, en el momento que quiera.

396. Los arts. 66 y 67 dicen que la mujer puede *requerir* inscripciones en virtud de la *autorización* del presidente; la ley no prescribe ninguna forma para pedir la autorización. Debe concluirse de esto que la mujer puede dirigirse directamente al presidente, sin el concurso de un abogado. Se objeta que, según la ley de 27 Ventoso, año VIII (art. 94), los abogados tienen el derecho exclusivo de *postular* y *concluir*. (1) ¿Pero se trata, en el caso, de postular y concluir? Estas palabras indican un negocio contencioso, y la especificación nada tiene de contenciosa; es un acto de jurisdicción voluntaria, como la deliberación del consejo de familia. El espíritu de la ley nos parece decirlo; el legislador quiere proteger á la mujer permitiéndole tomar una inscripción sin poner al marido en causa ni pedirle una autorización; si se viera precisada á dirigirse á un abogado se detendría ante un acto que parecería ser un proceso. (2)

Decimos que la mujer no tiene que poner á su marido en causa; la ley no lo exige. Se había pensado en imitar las formas judiciales prescribiendo la intervención del tribunal y la puesta en causa del marido, pero la comisión del Se-

1 Martou, t. III, p. 28, núm. 915. Cloes, t. II, p. 257, núm. 1332.

2 Delebecque, Comentario, p. 263, núm. 359.