

vender los inmuebles del ausente ó hipotecarlos: esto puede ser ventajoso para sus intereses; no teniendo los enviados provisorios más que un poder de administración no pueden hipotecar, y el Código Civil no indicaba ningún medio de suplir su incapacidad. Este vacío ha sido llenado por la Ley Hipotecaria que dice (art. 75): «La hipoteca de los bienes de los ausentes, mientras que la posesión sólo está dada provisionalmente, está sometida á las formalidades prescriptas para los menores y los interdictos.» Transladamos, para los pormenores, á lo dicho en el título *De la Ausencia y De la Tutela*.

Si en caso de ausencia hay un esposo comunero en bienes la ley le permite impedir el envío provisorio optando por la continuación de la comunidad. ¿Cuáles son, en este caso, los derechos del esposo, ya sea en la comunidad, ya en los bienes propios del cónyuge ausente? ¿Puede hipotecar? Ya hemos examinado estas cuestiones en el título que es el sitio de esta materia.

Cuando los legatarios piden el envío á posesión definitiva se dividen los bienes del ausente y la ley los considera como propietarios para con los terceros; aunque el ausente viviera todavía tiene que respetar las actas de disposición hechas por los enviados, tales como las hipotecas concedidas por ellos.

486. El tutor es un mandatario legal por excelencia, puesto que la ley dispone que representa al menor en todos los actos civiles (art. 450). Sin embargo, no pueden hipotecar los inmuebles de su pupilo sino con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal (artículos 457 y 458). Además, la ley limita las causas por las que la autorización podrá ser concedida; es necesario que haya necesidad absoluta ó ventaja evidente. Transladamos para los pormenores al título *De la Tutela*.

El interdicto está asimilado al menor en lo que se refie-

re á la administración de sus bienes. Es para quitar al enajenado una gerencia de que es incapaz por lo que la familia tiene el derecho de provocar la interdicción; se aplica, por consiguiente, al tutor del interdicto lo que hemos dicho del tutor de los menores (art. 509). Si los enajenados están colocados en un hospicio ó una casa de salud la ley confía la administración de sus bienes á un administrador; ya hemos explicado la ley de 1850 en un apéndice al título *De la Tutela*.

Hay todavía un administrador legal que la doctrina y la jurisprudencia asimilan al tutor: es el padre que durante el matrimonio está encargado de administrar los bienes de los hijos menores. Ya hemos explicado en otro lugar las dificultades que presenta la administración del padre y, por consiguiente, la cuestión de saber si puede hipotecar.

487. El marido administra los bienes de la comunidad y es administrador de los bienes de la mujer. Hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio* que el marido puede enajenar é hipotecar los bienes de la comunidad, de los que se le considera señor y dueño (art. 1421), mientras que no puede enajenar los inmuebles personales de la mujer sin su consentimiento (art. 1428); de donde se sigue que no puede hipotecarlos, puesto que el derecho de hipotecar está subordinado á la capacidad de enajenar (art. 2124; Ley Hipotecaria, art. 73). Se deroga el rigor de este principio en la cláusula de movilización (núm. 464). Bajo el régimen dotal los bienes de la mujer no pueden ser enajenados ni hipotecados; sin embargo, el marido puede volverse propietario de los inmuebles dotales (arts. 1552-1553); se entiende que en este caso puede disponer de ellos y, por tanto, hipotecarlos.

Núm. 2. Se necesita tener la capacidad de enajenar.

488. Según el art. 73 (Código Civil, art. 2124) «las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas más que por aquellos que tienen capacidad para enajenar los inmuebles que gravan.» Esto es una aplicación del principio de que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad y, por consiguiente, una enajenación parcial; y para enajenar no basta ser propietario, es necesario también tener capacidad de disponer de sus bienes. Hay propietarios que por razón de su incapacidad no pueden enajenar: esta incapacidad arrastra la de hipotecar. Así sucedería aunque los incapaces tuvieran el poder de obligarse, pues la ley les exige más que esta capacidad para poder hipotecar: quiere que el que hipoteca pueda vender. A primera vista se podría creer que la capacidad para obligarse debiera bastar para poder hipotecar; hay uno de nuestros buenos autores que lo dice. (1) Esto es un error que el texto de la ley condena, puesto que el Código exige formalmente la capacidad de enajenar. Es verdad que aquel que se obliga obliga sus bienes (artículos 2092 y 2093; Ley Hipotecaria, arts. 7 y 8) y, por consiguiente, los enajena indirectamente en el sentido de que da á sus acreedores el derecho de perseguir la expropiación; si puede enajenar indirectamente al obligarse ¿por qué no puede enajenarlos parcialmente hipotecándolos? El acreedor hipotecario no tiene un derecho más extenso en los bienes hipotecados que el acreedor quirografario en virtud de su derecho de prenda que le da la ley. Luego, se dice, el derecho de obligarse implica el de hipotecar. Contestamos que tal no es la teoría de la ley, y tuvo buenas razones para no consagrarla. Una cosa es la prenda general de los artículos 2092 y 2093 (Ley Hipotecaria, arts. 7 y 8) y otra cosa es la hipoteca. El que da un inmueble en hipoteca desmembra

1 Durantón, t. XIX, p. 507, núm. 343, p. 513, núm. 347.

su derecho de propiedad; ya no puede gozar en administrar como un propietario, enajenar una fracción de su derecho; mientras que aquel que se obliga puede, apesar de la prenda que la ley confiere á los acreedores, disponer libremente de sus bienes, de los que conserva la plena y entera propiedad. Así obligarse no es enajenar actualmente; hipotecar, al contrario, es enajenar. De esto se sigue que el poder de obligarse no implica el de hipotecar. Esta diferencia entre el derecho de obligarse y el derecho de hipotecar está también fundado en la razón. El derecho de hipotecar es mucho más peligroso que el de obligarse; en efecto, facilita á aquel que se quiere obligar los medios de contraer deudas; y como se trata de incapaces es necesario, en lugar de facilitarles los medios de obligarse y, por consiguiente, de arruinarse, estorbar una libertad que les sería funesta. El legislador hizo, pues, bien en prohibirles hipotecar á la vez que les permitía obligarse para las necesidades de su administración. Esto no les impide que hipotequen si hay ventaja para ellos en caso de necesidad. Pero sólo podrán hacerlo observando las condiciones y las formas que la ley establece para protegerlos contra su incapacidad.

489. En nuestro derecho los menores y los interdictos que les son asimilados no obran por sí, tienen un representante legal que obra por ellos. No puede, pues, decirse que los menores no tienen capacidad para hipotecar, puesto que no tienen el ejercicio de sus derechos. Debe preguntarse cuáles son los derechos del tutor que los representa en todos los actos civiles (núm. 450). Ya hemos contestado á la pregunta (núm. 486) trasladando al libro 1.^o del Código Civil, donde se halla el sitio de la materia (t. V, núm. 93). Si el menor hipotecara el acta sería nula en la forma (artículo 1311) y, por consiguiente, el menor podría pedir la nulidad probando que las formalidades prescriptas no han sido observadas. Los principios acerca de la acción de nu-

lidad que tiene el menor han sido expuestos en el título *De las Obligaciones*. Hay, sin embargo, un caso en el que los bienes de un menor no pueden ser gravados de hipoteca general sin formalidad alguna: es cuando el menor se casa; esto puede también suceder en el caso en que por excepción un menor gira la tutela, lo que la ley admite sólo para el supérstite de los padres; la hipoteca legal no exige el consentimiento del deudor; la ley es la que la establece, y la establece sin la voluntad del deudor y, en caso necesario, apesar suyo.

490. El menor emancipado tiene el poder de obligarse para las necesidades de su administración. ¿Debe concluirse que tiene el derecho de consentir hipotecas para la garantía de las obligaciones que contrae? Acabamos de contestar á la pregunta en términos generales (núm. 488) y lo hemos contestado más especialmente en lo que se refiere al menor (t. V, núm. 233). Creemos inútil insistir. Si los intérpretes tuvieran más respeto para la ley la cuestión no hubiera sido suscitada, pues hay dos textos que la deciden: el art. 2124 (Ley Hipotecaria, art. 73) y el art. 484; sólo falta dar los motivos que justifican la ley; esto es lo que acabamos de hacer (núm. 488). (1)

490 bis. El Código de Comercio consagra una excepción á estos principios en favor de los menores comerciantes; pueden, en virtud de la autorización general que se les da, para practicar el comercio, hipotecar sus inmuebles; pero permanecen incapaces para enajenarlos, salvo que cumplan las formalidades y condiciones exigidas por la ley civil (artículo 6). Se concibe la razón de esta excepción; los menores comerciantes tienen una capacidad más grande que los menores emancipados en general; pueden obligarse no sólo para la administración de sus bienes, lo pueden para las necesidades de su comercio; lejos de estorbar este derecho la

1 Compárese Martou, t. III, p. 79, núm. 974. Pont, t. II, p. 50, núm. 34.

ley quiso favorecerlo, ya que está reconocido que el menor tiene capacidad suficiente; y la hipoteca puede dar al menor un crédito que no tendría si no tuviera el derecho de ministrar garantías reales á los acreedores; la ley hubo de permitirle hipotecar, aunque mantiene su incapacidad para enajenar los inmuebles. Esta distinción entre la hipoteca y la enajenación de inmuebles no es muy lógica, puesto que el menor tiene el poder de disponer de valores mobiliarios más considerables; el legislador considera siempre los inmuebles como la porción más preciosa de la fortuna de los ciudadanos.

491. Los pródigos y los débiles de espíritu no pueden hipotecar sus bienes (arts. 499 y 513). Aquí la ley permanece fiel á los principios; las personas colocadas bajo consejo judicial no pueden enajenar y, por consiguiente, son incapaces para hipotecar (t. V, núm. 364).

492. Las mujeres casadas están marcadas de incapacidad general á consecuencia de la potestad marital á que las somete la ley; ésta las declara especialmente incapaces para enajenar é hipotecar (art. 217). Su incapacidad, aunque general, no es absoluta; les basta la autorización marital para enajenar é hipotecar todos sus bienes. Cuando hipotecan es ordinariamente en interés del marido, de modo que éste está interesado en concederle la autorización. Siguese de esto que la autorización no es una garantía para la mujer como lo es la intervención del consejo de familia para el menor. La única garantía que la mujer pueda tener es la de estipular el régimen dotal bajo el que sus bienes dotales son inalienables y, por consiguiente, no pueden ser hipotecados.

Hay un régimen que da una gran libertad á la mujer: es la separación de bienes; la mujer administra libremente su patrimonio y es capaz para obligarse para sus necesidades de administración. ¿Tiene, en este caso, el derecho de hi-

potecar sus inmuebles para las garantías de las obligaciones que contrata? No, pues es incapaz de enajenar sus inmuebles sin autorización (arts. 1449 y 1538); hay, pues, que aplicarle el principio que rige esta materia; incapaz para enajenar lo está, por esto mismo, para hipotecar. Está, á este respecto, en la misma situación que el menor emancipado; puede obligarse en los límites de su poder de administración, y al obligarse compromete sus bienes; pero no le está permitido comprometerlos por vía de hipoteca; ya hemos dicho el porqué (núm. 488).

Las mujeres comerciantes tienen una capacidad más grande que la de los menores emancipados; el Código de Comercio les permite enajenar é hipotecar sus inmuebles (art. 7) á no ser que estén casadas bajo el régimen dotal, que hace los inmuebles dotales inenajenables. Hay una razón de la diferencia que la ley establece entre las mujeres y los menores. Estos son incapaces por razón de la inexperiencia de su edad; la ley tuvo que limitar la capacidad relativa que les da. Las mujeres, al contrario, son capaces; si la ley les marca la incapacidad es únicamente por causa de la potestad marital; esta incapacidad está cubierta con la autorización y las mujeres no pueden comerciar sino con autorización de su marido, sólo que esta autorización es general, mientras que, según el derecho común, tiene que ser especial. La autorización debiera, pues, bastar para hacer á la mujer comerciante capaz para enajenar é hipotecar.

493. Cuando un incapaz consiente una hipoteca el acta es nula en la forma, lo que da al incapaz una acción de nulidad fundada en la no observancia de las formas prescriptas por la ley. Las actas nulas pueden ser confirmadas. Esto es el derecho común. ¿Cuál es el efecto de la confirmación que un menor consiente después de su mayor edad en cuanto á las actas que había hecho antes de confirmar

la hipoteca? La cuestión está controvertida; la hemos examinado en el título *De las Obligaciones*. (1)

494. Hay incapacidades especiales relativas al deudor insolvente. La insolvencia sola no engendra la incapacidad para hipotecar; aunque tenga deudas más que haber el deudor conserva la libre disposición de sus bienes, su derecho de propiedad no está restringido más que en los casos previstos por la ley. Hay que distinguir entre el deudor civil y el deudor comerciante.

El deudor en quiebra civil no tiene ninguna incapacidad; puede hipotecar sus bienes y mejorar con esto á uno de sus acreedores á expensas de los demás; éstos sólo tienen el derecho de promover la nulidad por vía de acción pauliana. Llega, sin embargo, un momento en que el deudor insolvente no puede ya disponer de sus bienes. La ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación forzada contiene á este respecto la siguiente disposición (art. 27): «El deudor no puede, á contar del día de la transcripción del embargo, enajenar ni hipotecar los inmuebles embargados, bajo pena de nulidad y sin que sea necesario pronunciarla.» El deudor embargado permanece propietario de los bienes cuya expropiación persigue el acreedor, pero, por su parte, los acreedores ejercen su derecho y no puede depender del deudor suspender las promociones y esterbarlas enajenando el inmueble embargado. Este es otro caso en el que el propietario no puede hipotecar. La ley declara la hipoteca nula de plano; esto es una excepción al derecho común y una excepción única. ¿Cuál es la razón? ¿En qué sentido debe entenderse? ¿Cuáles son los efectos de la nulidad? Estas cuestiones son extrañas á nuestro trabajo; trasladamos lector al excelente comentario que nuestro sentido colega Waelbroeck ha publicado acerca de la ley de 1854. (2)

1 Compárese Martou, t. III, p. 80, núm. 979; Pont, t. II, p. 52, núm. 616.

2 Waelbroeck, t. II, p. 270, núms. 13 á 16. Deben agregarse dos sentencias