

acreedores, luego está subrogado á sus derechos. Lo mismo pasa cuando no abandona; se le expropia indirectamente y el precio de su cosa, sirviendo para pagar á otros acreedores, les está subrogado.

¿Cuál es el efecto de la subrogación? Acerca de este punto trasladamos al título *De las Obligaciones*, que es el sitio de la materia. (1)

1 Durantón, t. XX, p. 480, núms. 283-286. Mourlón, Repeticiones, t. III, página 677, núms. 1661-1663. Compárese el tomo XVIII de estos Principios, números 109-229.

CAPITULO VII.

DE LA TRANSMISION DE LOS PRIVILEGIOS E HIPOTECAS.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

322. Los privilegios y las hipotecas son accesorios del crédito á cuyo pago están afectados. Se transmiten con el crédito de todos aquellos que tienen derecho de ejercer el crédito, ya sea como sucesores universales, ya sea como sucesores á título particular: esta es la aplicación del principio elemental de que el accesorio sigue á lo principal. El art. 1692 dice que la venta ó la caución de un crédito comprende á los accesorios, tales como caución, *privilegio é hipoteca*. Y según el art. 1250 la subrogación convencional tiene por efecto subrogar al tercero que paga á los derechos, acciones, *privilegios ó hipotecas* del acreedor contra el deudor. La subrogación legal tiene el mismo efecto.

323. Se presentan serias dificultades acerca del lugar de los cesionarios cuando el acreedor no cede más que una parte de su crédito ó cuando la cede en distintas actas á varios cesionarios. Un primer punto nos parece seguro: es que el art. 1252, relativo á la subrogación, no es aplicable á la cesión; trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 132). Si, pues, el acreedor cede

una parte de su crédito y si el precio del inmueble hipotecado no basta para el pago íntegro del cedente y del cesionario vendrán á contribución. Esto supone que el cesionario, por su parte, no tiene preferencia para con el cedente. La razón es que no hay preferencia entre acreedores; es necesario una causa legal, y en el caso no la hay. El acreedor cede una parte de su crédito; ambas fracciones son de naturaleza idéntica; su condición debe, pues, ser la misma. Troplong invoca la buena fe; es decir, la equidad en favor del cesionario. Supongamos que la equidad está en su favor. ¿Es la equidad una causa de preferencia entre acreedores? La cuestión es una herejía jurídica. Ni siquiera es exacto decir que la equidad está en favor del cesionario; el cedente le transmite una fracción del crédito con la garantía hipotecaria que le está ligada, no renuncia al lugar que le da su hipoteca; no debe, pues, nada al cesionario. (1)

El principio recibe excepción cuando el cedente ha expresadamente transmitido al cesionario la propiedad; esta convención, como cualquiera otra, es la ley de las partes. Se pregunta si la cesión puede ser tácita. Hé aquí el caso. El cedente se compromete á pagar á falta del deudor cedido ó garantiza la solvencia actual y futura del deudor. Se admite que esta cláusula implica cesión virtual de la prioridad. Entre las partes, el cedente y el cesionario, esto puede sostenerse. La cláusula equivale á decir que el cedente garantiza al cesionario su pago; y se encuentra en concurso en el inmueble hipotecado en el momento en que el precio se va á distribuir entre ellos; es en aquel momento en el que el cedente debe llenar su compromiso, y la manera más natural de hacerlo es que el cesionario esté pagado antes que el cedente. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

1 Esta es la opinión generalmente seguida. Pont, t. I, p. 231, núm. 239. Aubry y Rau, t. IV, p. 445, núm. 359 bis, nota 79.

2 Pont, t. I, p. 231, núm. 239. Aubry y Rau, t. IV, p. 445 y nota 80, párrafo 359 bis.

¿Cuándo hay garantía de la solvencia actual y futura? Esto es una cuestión de intención, luego de hecho; trasladamos á lo dicho en el título *De la Venta*.

Cuando hay concurso entre cesionarios sucesivos de partes de un mismo crédito hay que distinguir. Si las diversas cesiones han sido hechas sin ninguna cláusulas de transmisión de prioridad todos los cesionarios estarán en la misma línea: no hay entre ellos ninguna causa legal de preferencia; luego en caso de insuficiencia del precio vendrán á contribución. Esto es tan evidente que es inútil citar autoridades. (1) La opinión contraria de Zachariæ está aislada; fué repudiada por sus editores.

Se admite generalmente una excepción en el caso en que el cedente concedió expresa ó virtualmente á uno ó varios de los cesionarios sucesivos la prioridad sobre él mismo. Para justificar esta excepción se dice que los cesionarios deben gozar para con los terceros del mismo derecho que ejercían contra el cedente por aplicación del adagio de que nadie puede transmitir á otro más derechos de los que tiene. Admitimos el adagio y la aplicación que de él se hace al caso cuando hay transmisión de un derecho real; tal sería la cláusula por la que el cedente transmite á uno de los cesionarios el lugar de prioridad. Este lugar es un efecto de la hipoteca, luego un derecho real; la convención da al cesionario un derecho adquirido en la cosa, derecho del que el cedente no lo puede despojar haciendo nuevas cesiones; los cesionarios posteriores reciben un derecho real limitado por la transmisión del lugar de prioridad; es decir, que estarán prevalecidos por los cesionarios á los que la prioridad fué transmitida. Pero si el cedente sólo se obligó á pagar al cesionario á falta del deudor cedido esta garantía no da ningún derecho real al cesionario; es un simple compromiso el que liga al cedente, pero que no obliga á sus lega-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. IV, p. 446, pfo. 359 bis, nota 81.

tarios á título particular. Ya hemos encontrado la dificultad; procede de la interpretación del art. 1743. Transladamos al título *Del Arrendamiento* (1)

324. ¿Pueden también los privilegios é hipotecas transmitirse separadamente sin los créditos de que son accesorios? La jurisprudencia se pronunció por la afirmativa, consagrando la validez de la subrogación á la hipoteca legal de la mujer, expresión que abraza hechos jurídicos muy distintos, y especialmente la cesión de la hipoteca de la mujer independientemente del crédito al que está ligada. En teoría la validez de semejante transmisión nos parece muy dudosa. No comprendemos cómo se puede desprender un derecho accesorio que la ley ó la voluntad de las partes han creado en garantía de un crédito principal. El accesorio, en la especie, es inseparable del principal. ¿Se concebiría que el acreedor transportase á un crédito extraño la caución estipulada para la garantía de su crédito? Esto es imposible; el caucionante se ha obligado por la deuda á la que ha accedido; no puede separar su obligación de la obligación principal. Acerca de este punto no hay duda; debe pasar lo mismo con las hipotecas y privilegios. Se dirá que hay una diferencia: el caucionante está obligado por una liga personal, y no puede, sin su voluntad, estar obligado á pagar una deuda á la cual no ha accedido. Esto es muy cierto; pero la hipoteca también nace de una convención por la que las partes han aportado una garantía para el pago de una deuda determinada: ¿puede el acreedor, sin un nuevo concurso de voluntades, desligar la hipoteca del crédito para agregarla á un nuevo crédito? Para el privilegio hay un motivo particular de duda. Es una preferencia que depende de la *calidad* del crédito: ¿se puede transportar una *calidad* esencial del crédito á otro crédito que no tiene

1 La cuestión está controvertida. Véanse los autores y las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 446, pfo. 359 bis, nota 82.

dicha calidad? Esto equivaldría á decir que las partes pueden crear privilegios cuando sólo la ley tiene esa facultad. La imposibilidad es menor para las hipotecas convencionales, pero en cambio es muy grande para las hipotecas legales; y desde el punto de vista práctico la cuestión no se presenta más que para las garantías legales. El legislador concede una hipoteca de pleno derecho á los incapaces, lo que, seguramente, es un derecho esencialmente personal: ¿se le puede desprender de la persona incapaz para ligarlo á las personas incapaces? Eso sería deshacer lo que la ley ha hecho.

Abstracción hecha de estas consideraciones particulares á los privilegios y á las hipotecas legales la transmisión de un derecho accesorio establecido para garantía de un derecho principal nos parece jurídicamente imposible. El espíritu de nuestra legislación se opone á ello. ¿Por qué creó la ley la ficción de la subrogación? Para que pasara al subrogado las garantías afectadas al crédito que pagó. El medio más sencillo de lograr este objeto seguramente sería el de transmitir los privilegios, hipotecas y cauciones á la acción que el subrogado tiene en virtud del pago que ha hecho, ya como mandatario, ya como gerente de negocios. En vez de seguir tan sencilla vía la ley recurrió á una ficción complicada: supone ó finge que la obligación principal se ha cedido al subrogado, lo cual le da derecho á las garantías accesorias. ¿Por qué la ley sigue este camino desviado? ¿Será porque los accesorios no se transmiten sin el principal? Queriendo transportar los privilegios y las hipotecas al subrogado la ley no encontró otro medio más que el de subrogar el crédito principal. Lo hizo para los derechos reales como para las cauciones. Concluiremos que, en el espíritu de la ley, el accesorio no se puede ceder sin el principal. (1)

325. ¿Qué se dice en favor de la opinión contraria que

1 Aubry y Rau, t. III, p. 445 y nota 2, pfo. 288 y los autores que citan.

generalmente es la que enseñan? M. Valette dice que por la cesión ó la subrogación la hipoteca está desligada *en algún modo* del crédito de que era accesorio para transferir al nuevo acreedor llamado en lo sucesivo á ejercerlo en su nombre propio. (1) El autor, espíritu claro y preciso, no se atreve á decir que la hipoteca *está separada* del crédito, dice *que en algún modo está separada*. Luego la separación no es real, es ficticia; ¿y pueden las ficciones existir sin ley? ¿Dónde está la ley? ¿Dónde el artículo del Código que consagra esta ficción? Todos confiesan que la subrogación á la hipoteca legal de la mujer no está consagrada por el texto de la ley que fué inventado por los prácticos: ¿Tienen los intérpretes el derecho de crear ficciones? El silencio del Código es decisivo y contesta al único argumento jurídico que se hace valer para justificar la práctica. Ninguna ley, se dice, prohíbe la cesión de un acreedor hipotecario; este derecho, puramente pecuniario, no puede quedar fuera del comercio; luego es transmisible. El argumento sería decisivo si se tratara de un principio de derecho común; pero cuando se comienza por confesar que la cesión de la hipoteca sin el crédito es una ficción no se tiene el derecho de invocar los principios generales, porque las ficciones están en el exclusivo dominio del legislador. Se insiste y se ha dicho que este es el caso para aplicar el adagio *Qui peut le plus, peut le moins* (Quien puede lo más puede lo menos). Encontramos dicho adagio en todo el curso del debate; se abusa mucho de él. El propietario del fundo en cuyo provecho se establece una servidumbre tiene dos derechos: la propiedad del fundo dominante y la servidumbre; puede con seguridad disponer del fundo dominante, y si lo enajena transmite al mismo tiempo la servidumbre que los ju-

1 Valette, De los privilegios é hipotecas, ps. 210 y siguientes y, en este sentido, los autores citados por Aubry y Rau (nota 2, p. 455); agréguese Martou, t. I, p. 191, núm. 175, y Pont, Privilegios é Hipotecas, núm. 334 (t. I, p. 348).

risconsultos romanos comparaban á una calidad del fundo. ¿Significa esto que también puede ceder la servidumbre separadamente de la herencia á la que está ligada? Seguramente que nó; luego puede lo *más* y no puede lo *menos*. La razón es muy sencilla: es que el *menos* en la especie difiere del *más*. Puedo disponer de un fundo, pero me es imposible disponer de una calidad de dicho fundo vendiéndola separadamente. ¿No se debe decir otro tanto de los privilegios é hipotecas? La ley misma dice que el privilegio es una calidad del crédito; y el privilegio es una hipoteca privilegiada; también se puede decir de la hipoteca que es una calidad de la convención; la ley ó el testamento la atribuyen á un crédito; no es posible separar de un derecho una calidad convencional ni una calidad legal.

326. El modo de introducción de la cesión de la hipoteca separadamente del fundo confirma nuestras dudas. No es la doctrina la que ha establecido esta teoría sino la práctica, que la ha imaginado para substraerse á las funestas consecuencias de la hipoteca legal de la mujer. En el sistema del Código esta hipoteca grava todos los bienes del marido, presentes y futuros, y es al mismo tiempo indeterminada en cuanto al monto de los derechos de la mujer. Los terceros que tratan con el marido, ya sea como compradores, ya como acreedores, no tienen ningún medio para conocer los créditos hipotecarios por los que están prevalecidos ó por el ejercicio de los que pueden ser despojados. Este peligro detenía las transacciones ó las hacía onerosas para el marido; el crédito de aquél sufría y, por consecuencia, la propiedad de la familia estaba estorbada. Se necesitaba encontrar un medio de poner á los terceros al abrigo del peligro que los amenazaba. Se ideó hacer intervenir á la mujer en los contratos en que el marido figurara como vendedor ó como deudor; la mujer renunciaría su hipoteca legal en favor de los terceros que trataran con el marido ó

les cedería sus derechos hipotecarios ó se los subrogaría abandonándoles su lugar de primacia. Estas convenciones muy usadas en Francia se convirtieron en una práctica casi universal; se había esparcido por todas partes antes de que la doctrina se ocupase de ella. Hubo desde luego resistencia en nombre del derecho, pero la fuerza de las cosas, como se dice, prevaleció; hoy la resistencia ha acabado. Pero las dificultades subsisten; á cada instante la doctrina se estrella contra un principio; casi no hay punto en el que estén de acuerdo los autores. A decir verdad no hay doctrina, los autores han aceptado el dominio de los hechos. Los mismos que francamente la han aceptado y que tratan de explicarla confiesan que se trata de una conciliación con la ley, lo mismo que los teólogos inventaron conciliaciones con el Cielo.

La subrogación á la hipoteca, dice M. Pont, se ha introducido en la práctica como una especie de *paliativo* que las prerrogativas ligadas á los derechos y créditos de las mujeres casadas han hecho indispensable. ¡Un *paliativo*! Esto supone que la práctica ha tratado de eludir la ley que la estorbaba, ¿y eludir la ley no es violarla? Las convenciones de la especie, continúa M. Pont, tienen por objeto restablecer el crédito del marido, al que una *aplicación rigurosa* de los principios de la hipoteca hubiera comprometido ó nulificado. ¡Ah!, pues, la práctica encontró un medio de escaparse á los inconvenientes que presentaba la aplicación *rigurosa* de la ley! La confesión ordena de antemano toda la teoría que los autores han tratado de construir. Toda hipoteca legal estorba al deudor y disminuye su crédito; pero si la ley encuentra bueno dar una hipoteca á la mujer, general ú oculta, ¿autorizaría esto á los intérpretes á sobreponerse á la ley? (1)

Martou, el excelente intérprete de nuestra Ley Hipote-

1 Pont, t. II, p. 478, núm. 450.

caria, confiesa que los medios inventados por los prácticos para garantizar á los terceros contra la hipoteca de la mujer conducirían á anular de hecho las seguridades que el legislador concedió á la mujer. ¡De esta manera el legislador hace y la práctica deshace! Cuando la práctica fuera universal no le reconoceríamos este derecho y nadie se atrevería á sostener que tenía el poder de corregir la ley y de hacer un nuevo Código Civil. Martou confiesa también que había alguna contradicción en un estado de cosas en el que se veía á las mujeres casadas deshacer casi siempre la obra del legislador. (1) Desde luego la confusión testimonia contra la doctrina que ha tratado de legitimar una práctica ilegal, porque es seguramente una ilegalidad *deshacer la obra de la ley*.

327. Cuando la ley es mala los intérpretes no deben ingeniarse á eludir ó cambiarla; ¡que señalen las faltas de la ley y que pidan su revisión! Lo cual se ha hecho en Bélgica. La ley hipotecaria ha abolido las hipotecas generales sometiendo la hipoteca de la mujer á la especialidad y á la publicidad. Desde luego los prácticos deben estar satisfechos, y no hay razón para eludir la ley anulando la hipoteca de la mujer en interés del marido. Sin duda la hipoteca de la mujer disminuirá siempre el crédito del marido; éste es el efecto de todas las hipotecas. Sólo habría un medio para dejar al marido todo el crédito que le pueda asegurar su fortuna inmobiliar: esto sería abolir la hipoteca legal de la mujer; el legislador creyó deber conservarlo: se debe respetar su voluntad. La especialidad y la publicidad dan á los terceros todas las garantías que pudieran desear; no tendrán ya el temor de una evicción que les amenace ó una preferencia cuya extensión no puedan determinar; la inscripción les hará conocer el monto de los cargos que gra-

1 Martou, t. III, p. 37, núm. 930.

van los bienes del marido, como les haría conocer la situación hipotecaria de cualquier propietario. (1) Si hay derechos eventuales los terceros no sufrirán ningún perjuicio; el monto de esos derechos puede ser menor que el que ha fijado la inscripción; en ese caso los terceros aprovecharán; si es mayor los terceros no se perjudicarán, puesto que no se les puede oponer más que los derechos conservados por la inscripción. ¿Se debe mantener en este nuevo orden de cosas la subrogación á la hipoteca de la mujer tal como la jurisprudencia francesa la ha consagrado? En nuestro concepto la negativa es segura. Ya no hay ni pretexto para eludir la ley; se ha hecho contra las mujeres casadas en favor del crédito de los maridos y en interés de los terceros; ir más lejos es deshacer la nueva ley. Sin embargo, los intérpretes, dominados por la tradición, han reproducido los principios de la jurisprudencia francesa. Lo que es un error porque es corregir la ley cuando el legislador ha decidido en qué límites convenía sacrificar el interés de las mujeres al interés general; no le toca al intérprete sobrepasar este límite.

El legislador belga hizo más. Autorizó á la mujer para renunciar á las inscripciones hechas en su favor en interés de los terceros que tratan con el marido (art. 71); ha, por esto mismo, desechado todo lo que la jurisprudencia francesa había tolerado permitiendo á la mujer ceder su hipoteca, subrogar ó renunciar. Comenzaremos por determinar la extensión y los efectos de la disposición nueva; después examinaremos si se puede ir más allá. En Bélgica las convenciones tan usadas en Francia apenas si son conocidas; la práctica las ignoraba bajo el imperio del Código Napoleón. Conforme á nuestra ley nueva se hacen casi inútiles; de aquí la escasez de las decisiones judiciales sobre una materia que en Francia suscitó tantas controversias. Es-

1 Martou, t. III, p. 39, núm. 930.

ta es una razón más para atenerse á la simple exposición de los principios.

§ II.—PRINCIPIO ESTABLECIDO POR LA LEY BELGA.

328. El art. 71 dice: «La mujer no podrá renunciar directamente, en favor de su marido, á las inscripciones hechas en virtud de las disposiciones precedentes.» Esas disposiciones se refieren á las personas que tienen el derecho ó el deber de hacer las inscripciones en nombre de la mujer. El art. 71 es, pues, aplicable en todos los casos en que la hipoteca de la mujer está inscripta, poco importa el que haya requerido la inscripción. Esto es de evidencia. La inscripción conserva la hipoteca de la mujer en el sentido de que le asegura los derechos ligados á la hipoteca; es decir, los derechos de preferencia y de prosecución. ¿Puede renunciar esos derechos en favor de su marido? La ley contesta que no lo puede directamente; lo puede, pues, indirectamente. Se podría objetar que esto es hacer decir á la ley lo que no dice arguyendo con su silencio; mala argumentación que atribuye al legislador una intención que no tuvo. Contestaremos que en la especie los autores de la ley han dado á conocer su intención; lo que decide la cuestión. La comisión especial explica desde luego por qué la ley prohíbe á la mujer renunciar directamente en favor del marido el beneficio de su inscripción. El legislador, dice, hubiera hecho poco con decretar las disposiciones proyectadas (la hipoteca legal) si fuera permitido á la mujer renunciar directamente las inscripciones destinadas á garantizar sus derechos. Semejantes renunciaciones se obtendrían muy fácilmente entre esposos, y es indispensable proteger á la mujer contra los desvíos de una ciega condescendencia. M. Lelièvre agrega en su informe: «La hipoteca sería imaginaria si el marido que ejerce una autoridad imponente en su mujer pudiera esperar la abdicación de un derecho siempre oneroso para él.»