

rezca favorable ó no. Se juzgó por la Corte de Casación que la mujer que se obliga solidariamente con su marido sin que el acreedor estipule una hipoteca subroga á este acreedor á su hipoteca legal; lo que quiere decir que la mujer cede sus derechos hipotecarios. La Corte no ha insistido en esta jurisprudencia que era evidentemente errónea. ¿Cómo renunciaría la mujer su hipoteca por un contrato en que no contraía ninguna obligación personal sin que se tratara de sus derechos hipotecarios? Obligarse personalmente no es un hecho del que se pueda deducir que la mujer renuncia á su hipoteca. Es inútil insistir, puesto que todo el mundo está de acuerdo. (1)

337. Queda una dificultad que desaparece cuando se apega uno al texto de nuestra ley. Se pregunta si la renuncia á la inscripción de la mujer se debe hacer pública. Conforme al art. 5 de la ley belga la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario, lo mismo que la subrogación de un derecho semejante, se deben hacer públicos por vía de inscripción. La cuestión es saber si la renuncia á la inscripción cae en este texto. En la opinión que hemos enseñado acerca del efecto de la renuncia de la inscripción no hay duda; esta renuncia no implica ni cesión de la hipoteca ni subrogación de ésta (núm. 331); luego no es aplicable el art. 5. Sin duda el acreedor ó el tercero adquirente en interés de los que la mujer ha renunciado su inscripción estarían interesados en que la renuncia fuera pública á fin de que el tercero con el que tratan tenga conocimiento de ella; su crédito tendrá más valor y el propietario venderá más fácilmente el inmueble. Pero no basta que tengan interés en la publicidad de la renuncia para que se deba hacerla pública sino que es preciso que la ley la prescriba. En esta materia el silencio de la ley es decisivo. Si se consultan los moti-

1 Véanse las autoridades en Pont, t. I, p. 489, núm. 463 y las notas, y en Aubry y Rau, t. III, p. 464, notas 10 y 11, pfo. 288 bis.

vos de la ley se llega á igual conclusión. ¿Por qué la cesión de un crédito hipotecario se debe hacer pública? Porque implica la transmisión de un derecho real inmobiliario que los terceros tienen interés en conocer. Y la simple cesión de primacía no implica ninguna enajenación; es un acreedor el que toma el rango de la mujer; ¿y qué importa á los terceros que los prevalezcan el acreedor ó la mujer? En cuanto al adquirente que ha estipulado la renuncia el único interés que tiene en la publicidad es el de que su crédito se aumente cuando posea un inmueble con la franquicia de la inscripción. En rigor puede hacer conocer á aquellos con los que trata la convención por la cual la mujer ha renunciado á su inscripción, lo que basta para resguardar sus intereses. Se objeta que dicha interpretación del art. 5 es judaica. Lo sería si se entendiera por renuncia de la inscripción una abdicación de la hipoteca. (1) En nuestra opinión la mujer no puede ceder su hipoteca; volveremos á este punto. Al contrario, en la opinión que asimila la renuncia de la inscripción á la cesión de la hipoteca, y que permite á la mujer ceder su hipoteca, el art. 5 es aplicable, como lo veremos más adelante. (2)

§ III.—¿PUEDE LA MUJER CEDER SU HIPOTECA, SUBROGARLA Ó RENUNCIARLA?

338. La ley belga no prevee esas cuestiones. En el silencio de la ley se deben aplicar los principios generales de derecho. Para determinar cuáles son las convenciones que la mujer puede hacer con relación á su hipoteca legal se necesita, antes que todo, ver cuál es el carácter de esta hipoteca. Ya hemos contestado á la cuestión. La hipoteca de las mujeres casadas es de igual naturaleza que la de los

1 Martou, t. I, p. 191, núm. 175.

2 Según la legislación francesa véase Aubry y Rau, t. III, p. 456 y nota 3, pfo. 288.

menores é interdictos: es una seguridad que la ley concede á los incapaces sin que tengan necesidad de estipularla; el legislador la estipula para ellos en razón de su incapacidad. Y todas las leyes que rigen la capacidad son de orden público, porque la capacidad ó la incapacidad de las personas tienden á su estado, y el estado de los hombres es esencialmente de orden público. De aquí se sigue que los particulares no pueden derogar las leyes que establecen una hipoteca en favor de los incapaces, como no pueden derogar las garantías que la ley da á los menores y á las mujeres casadas en razón de su incapacidad. Dichas derogaciones están heridas de nulidad por el art. 6 del Código Civil. Nos trasladamos, en cuanto al principio, á lo que dijimos sobre esta disposición.

Si el legislador hubiera aplicado el principio del artículo 6 en todo su rigor habría podido prohibir á la mujer la facultad de renunciar á la inscripción de su hipoteca. En efecto, dicha inscripción tiene por objeto conservar un derecho que es de orden público; es, pues, también de orden público. Lo que lo prueba es que la ley no se traslada á las partes interesadas para hacer la inscripción de la hipoteca de la mujer, encarga á los magistrados este cuidado. ¿Cuando está hecha la inscripción puede la ley permitir que la mujer renuncie? Nó, seguramente, porque esto sería deshacer lo que con tanto trabajo la ley hizo. Sí, no obstante, el art. 71 permite implícitamente que la mujer renuncie su hipoteca es en el interés de la familia, que también es el suyo; pero dicha facultad es muy restringida; la ley no permite cancelar la inscripción, únicamente autoriza á la mujer á renunciar al beneficio de su inscripción en provecho de los terceros que tratan con el marido. Así, pues, la disposición del art. 71 es excepcional; deroga un principio fundamental de nuestro derecho; esto es decir que es de estrecha interpretación. La mujer no puede hacer ninguna conyención que

derogue la garantía que la ley quiso asegurarle, salvo la renuncia de la inscripción; por tanto, cualquiera otra convención está prohibida y herida de nulidad.

Esta interpretación rigurosa del art. 71 también se funda en la razón. La mujer casada está colocada por la ley entre los incapaces; á este título la ley interviene en su favor para concederle las garantías que ella misma no pudiera estipular. Si es incapaz para estipular con mayor razón debe serlo para renunciar la hipoteca que le concede la ley. Habría una contradicción inexplicable en multiplicar las garantías en favor de la mujer y permitirle renunciarla con sólo la autorización del marido, interesado en que sus bienes gravados con inscripciones estén liberados. Esta contradicción en la ley no es admisible.

339. El principio, tal como nosotros lo formulamos, está en oposición con la jurisprudencia constante de los tribunales y con la doctrina y los autores. Fáltanos decir lo que en la opinión general puede hacer la mujer, salvo los motivos de duda que expongamos. Hay un primer punto acerca del cual no es posible ningún disenso. Hemos dicho que las hipotecas y privilegios ligados á un crédito se pueden transmitir por vía de cesión ó de subrogación con el crédito del que son accesorios; la ley lo dice y las disposiciones acerca de la cesión de los créditos y sobre la subrogación, generales por naturaleza, reciben su aplicación á la mujer como á todo acreedor. Los derechos de la mujer no están colocados fuera del comercio, salvo bajo el régimen dotal; y al ceder sus derechos la mujer cede, necesariamente, la garantía hipotecaria que le está ligada como accesorio. Sucede lo mismo cuando subroga á un tercero sus derechos: no puede subrogárselos sin transmitirle los accesorios. (1) No hay más que la palabra *subrogación* que se

1 Martou, t. III, p. 41, núm. 932. Pont, t. I, p. 485, núm. 458.

presta á un equívoco. Se da el nombre de *subrogación* á las convenciones por las que la mujer cede sus derechos hipotecarios ó los renuncia en favor de un tercero que trata con el marido; nosotros no admitimos tales renunciaciones ni sus cesiones (núm. 338). Pero la subrogación inventada por la práctica sólo tiene de común con la del art. 1251 el nombre. En dicho artículo se trata de un *pago* hecho con subrogación; la mujer que consiente en esa subrogación recibe, pues, lo que se le debe; no abdica ningún derecho; ejerce, al contrario, el derecho que le pertenece. Es del todo diferente lo que se llama subrogación á la hipoteca legal de la mujer; al intervenir en un contrato que un tercero hace con su marido para subrogar al acreedor á su hipoteca cede su hipoteca ó la renuncia sin tocar lo que se le debe; queda acreedora, pero no tiene más que un crédito quirografario desprovisto de toda garantía. Hay una diferencia radical entre una convención por la que la mujer realiza su derecho y una convención por la que renuncia á las garantías que aseguran el pago y transforma un crédito hipotecario en otro quirografario. La cesión que hace la mujer de sus derechos es un acto que queda bajo el imperio del derecho común, mientras que las renunciaciones que hace la mujer de su hipoteca legal son derogaciones del derecho común. Para prohibir á la mujer la facultad de ceder sus derechos con las garantías hipotecarias que le son ligadas se necesitaría una disposición formal de la ley; esta prohibición no existe; luego la cesión está permitida. Al contrario, las convenciones que la práctica ha inventado bajo el nombre de *subrogación á la hipoteca de la mujer* despojan á ésta de una garantía que es de orden público; se necesitaría una disposición terminante para autorizarlas, y la única disposición que la ley contiene es la del art. 71; luego las demás convenciones están prohibidas.

339 bis. ¿Puede la mujer ceder su hipoteca separada-

mente del crédito al que está ligada? En la opinión que acabamos de enunciar (núm. 338) la negativa es segura. El art. 71 autoriza implícitamente á la mujer á renunciar su *inscripción* en provecho de un tercero; ninguna disposición de la ley le permite ceder su hipoteca sin su crédito; por esto mismo esta cesión está prohibida, como contraria al art. 6 del Código Civil. Hemos enseñado que la cesión de la hipoteca separada del crédito es imposible (núms. 327 y 328). En la hipoteca de la mujer hay un motivo de más para decidirlo así. Es una garantía que la ley concede á un incapaz, una preferencia fundada en la incapacidad del acreedor, es un verdadero privilegio en el sentido vulgar de la palabra; luego un derecho esencialmente personal que el acreedor privilegiado sólo puede ejercer. ¿Se concebiría en un orden político que admitiera los privilegios de la nobleza que un noble trasmitiese uno ú otro de sus privilegios á un plebeyo? No se concibe tampoco que la mujer transmita una garantía que la ley le concede sólo porque es mujer casada é incapaz á ese título. ¿El cesionario capaz ejercerá un derecho que suponga un acreedor incapaz? ¿Hará valer para el reembolso de un préstamo una hipoteca que la ley agrega á la dote y que separada de ella no tiene razón de ser? Aquí es jurídicamente imposible separar el accesorio del principal, porque el accesorio se estableció sólo en razón de la naturaleza especial del crédito principal; mejor dicho, en razón del favor particular que se debe al acreedor, y los favores no se transmiten.

340. Estando aislada nuestra opinión se debe oír á los partidarios de la opinión generalmente seguida en la práctica. «La mujer, dicen, puede, conservando su crédito, ceder sólo su hipoteca; esto es lo que sucede cuando la hipoteca legal está separada del crédito, que de hipotecario que era se le pueda reducir á los simples efectos de un crédito quirografario, únicamente porque la hipoteca legal se va á ad-

juntar á otro crédito que por empréstito deja de ser quirografario para convertirse en hipotecario.» (1) Basta con esta exposición de la doctrina general para condenarla. La ley quiere que la mujer tenga una garantía hipotecaria para el ejercicio de sus derechos; se le concede sin estipulación ninguna, y para que dicha garantía no quede ineficaz por falta de especificación y de inscripción se ingenia en organizar un sistema que asegure la conservación de los derechos de la mujer. Después que ha logrado su objeto y que la hipoteca está inscrita, autorizaría á la mujer á abdicar garantía conservada con tanto trabajo; diría á la mujer. «Mi gran cuidado es que tengáis una seguridad hipotecaria porque sois incapaz para vigilar vuestros intereses, pero sois libre de repudiar la hipoteca que os doy y haceros acreedora quirografaria aunque seais siempre incapaz.» Esto es deshacer con una mano lo que la otra hace. Hubiera sido más sencillo no conceder hipoteca á la mujer y dejarla bajo el imperio del derecho común.

Según nuestra legislación hay motivos especiales para mantener á la mujer las garantías que la ley ha querido conservar. El legislador tuvo en cuenta el interés de los terceros á tal grado que casi ha sacrificado los intereses de la mujer. La hipoteca legal debe ser especial y pública; hé aquí á los terceros advertidos: no corren el riesgo de equivocarse; la mujer no podrá hacer valer su hipoteca contra ellos si no está especificada é inscrita. La ley dice más: permite á la mujer renunciar su inscripción para aumentar el crédito del marido. Tiene, pues, presente los intereses de todos; ¿Se pretende que la mujer tiene este derecho y se fundan en el viejo adagio: que el que puede lo más puede lo menos? La mujer, dicen, puede vender sus bienes muebles é inmuebles, puede obligarse solidariamente con su marido; puede, en todos los casos, despojarse completamente de

1 Pont, t. I, p. 486, núm. 459.

su fortuna: con mayor razón debe tener el derecho de disponer de su hipoteca. (1) El Primer Cónsul dió una respuesta á esa objeción en el Consejo de Estado, cuando la deliberación acerca de la hipoteca legal de la mujer. También se pretendía que la mujer debía tener el derecho ilimitado de renunciar á su hipoteca para extender el crédito del marido, y se decía que la mujer, pudiendo vender todos sus bienes en interés del marido, debía también tener el derecho de renunciar á su hipoteca. «Sin duda, dijo Napoleón, que el que puede lo más puede lo menos. Pero si la regla es incontestable es sólo cuando se trata de cosas del mismo orden, no se podría aplicar á cosas de distinto orden. Así no hay duda de que aquel al que la ley permite dar 100,000 francos no pueda con más razón dar 50,000. Pero es difícil concebir cómo una mujer que manifiesta la intención de retener la propiedad de sus bienes pudiera, sin embargo, en exceso de confianza, despojarse de toda seguridad y renunciar á las hipotecas que la ley le da sin su hecho porque la ley juzgó que le eran indispensables.»

En apoyo de estas palabras citaremos un ejemplo tomado de la materia de las hipotecas. El menor emancipado puede obligarse para la administración de sus bienes, y al obligarse obliga todos sus bienes, muebles é inmuebles, que se convierten en prenda del acreedor; sin embargo, la ley le prohíbe hipotecar ninguno de sus inmuebles. La razón es que no le quiere facilitar los medios de arruinarse. Hay un motivo análogo para restringir los derechos de la mujer. La ley le permite enajenar sus bienes con autorización marital, y de hecho estas enajenaciones se hacen casi siempre en interés del marido; pero la mujer consiente difícilmente en vender sus inmuebles, porque sabe que al venderlos se despoja y despoja á sus hijos; mientras que consentiría más fácilmente en renunciar su hipoteca legal, cuya importan-

1 Martou, t. III, p. 38, núm. 930.

cia, no ve y que realmente no la tiene sino en la disolución de la comunidad, cuando se trata de liquidar sus derechos. Había, pues, que prohibirle renunciar directamente á sus garantías hipotecarias en favor de su marido; esto es lo que hace el art. 71. La ley ni siquiera permite á la mujer renunciar su hipoteca en interés de los terceros, y no permitirlo es prohibirlo, puesto que se trata de convenciones contrarias á una ley de orden público. El legislador trata de conciliar los derechos de la mujer con el interés del marido y de la familia. Quiere que la mujer pueda venir en auxilio del marido para extender ó restablecer su crédito, pero no quiere que lo haga abdicando sus garantías hipotecarias. En consecuencia, la ley la autoriza á renunciar sus inscripciones en favor de los terceros que tratan con su marido. Esta renuncia basta para facilitar las convenciones con los terceros, ya sean préstamos ó enajenaciones. La mujer conservará su hipoteca y puede esperar que la cesión de su lugar no le causará ningún perjuicio, pues si los negocios del marido prosperan su lugar será una garantía inútil; si no prosperan conservará, cuando menos, su derecho hipotecario. Así el espíritu de la ley, como el texto, conduce á restringir los poderes de la mujer en los límites estrechos que el legislador mismo le marcó.

341. La interpretación que damos al art. 71 parece contraria á la intención del legislador si se atiende uno al informe de la comisión especial. Ya hemos citado el pasaje haciendo nuestras reservas (núm. 331): «La comisión ha pensado, dice el informe, que no se debía prohibir á la mujer la facultad de intervenir en las obligaciones para *renunciar á sus hipotecas*, ni la de enajenar sus propios.» La comisión permite, pues, á la mujer renunciar su *hipoteca*, y pone esta renuncia en la misma línea que la enajenación de sus propios; lo que parece dar á la mujer un derecho absoluto para disponer de su hipoteca, como lo tiene para disponer de

sus bienes, con sólo la restricción de que no lo puede hacer directamente en favor del marido. Contestamos, como lo hemos hecho muchas veces, á los argumentos tomados de los trabajos preparatorios; estos trabajos no son la ley y, en el caso, se encuentran en abierta contradicción con ella. ¿Qué dice la comisión? Que la mujer pueda renunciar á sus *hipotecas*. ¿Es esto también lo que la ley dice? Nó; el artículo 71 no dice que la mujer puede renunciar su hipoteca, hasta le prohíbe renunciar á sus *inscripciones* directamente en favor de su marido; de donde se deduce que puede renunciarlas en favor de los terceros. Así la ley dice que la mujer puede *renunciar á sus inscripciones*; la comisión dice que puede renunciar sus *hipotecas*. La comisión hace, pues, decir á la ley otra cosa de lo que dice. ¿Sería necesario añadir que la ley prevalece al informe de la comisión? El relator ha confundido, como sucede tantas veces en la práctica, (1) la renuncia á la inscripción con la renuncia de la hipoteca; renunciar la inscripción es hacer ineficaz la hipoteca, lo que conduce ordinariamente al mismo resultado que la renuncia al derecho de hipoteca. Lo seguro es que la diferencia es grande entre ambas renunciaciones. Basta recordar lo que hemos dicho en el capítulo *De las Hipotecas legales*; la ley permite al consejo de familia no tomar inscripción para la hipoteca legal del menor, le permite renunciar á la inscripción que hubiera tomado, pero no le permite renunciar á la hipoteca; una renuncia semejante sería radicalmente nula. Lo mismo pasa con la hipoteca legal de la mujer; la renuncia por el incapaz á una garantía que la ley le concede en razón de su incapacidad no se concibe: es una herejía jurídica.

342. La confusión es aún mayor en el lenguaje de la práctica francesa, y, como siempre, el lenguaje confuso condu-

¹ Compárese Cloes, Comentario de la Ley Hipotecaria, t. II, p. 268, número 1354.