

ce á ideas confusas. Esto es lo que ha sucedido al autor de un repertorio destinado á hacer constar las opiniones reinantes en la doctrina y en la jurisprudencia. Al hablar de la subrogación que consiente una mujer casada á su hipoteca legal Dalloz dice: «Nos valemos aquí de las palabras *subrogación de hipoteca legal* porque nos parecen ser la expresión apropiada. Sin embargo, sucede frecuentemente en las actas que una mujer, al obligarse hacia un acreedor de su marido, le *cede y transfiere todos sus derechos de hipoteca ó que renuncia en su favor á la prioridad de su hipoteca*. Estas locuciones, á nuestro juicio, deben ser consideradas como enteramente idénticas.» (1) Bajo el punto de vista de los prácticos que redactan las actas Dalloz tiene razón; se valen indiferentemente de las palabras *ceder, transferir, subrogar*, aunque se trate de una verdadera subrogación ó de una verdadera cesión, bien que estas dos actas jurídicas difieran esencialmente. ¿Qué será, pues, en una materia extralegal en la que el lenguaje y los principios están igualmente inciertos? Ni siquiera es esto decir lo bastante; las palabras de que se sirven los prácticos expresan, en su intención, ideas que están en oposición completa con el sentido que tienen los mismos términos en el lenguaje del derecho. Cuando se habla de la *subrogación* que una mujer consiente á su hipoteca legal se creeria que se trata de la *subrogación* que consagra el Código Civil y de la que determina los efectos en el título *De las Obligaciones*. Pues bien, la práctica se apoderó de la palabra *subrogación* para hacerle decir todo lo contrario de lo que por esta palabra entiende el Código. En el lenguaje y en la teoría del Código Napoleón la *subrogación* acompaña siempre al *pago*: quien dice *subrogación* dice *pago hecho con subrogación*. ¿Acaso se trata de pago en la subrogación de hipoteca? Lejos de esto la mujer subroga á un tercero á la hipoteca que garantiza el

1 Dalloz, Repertorio, en la palabra Privilegios, núm. 949.

pago de sus créditos sin haber recibido nada; de modo que esta subrogación de nuevo género compromete el pago del crédito. La mujer queda acreedora mientras que el subrogante deja de serlo; pero si la mujer permanece acreedora su crédito no es ya una garantía por la hipoteca que aseguraba el pago; de hipotecaria que era se convierte en quirografaria. Lo que los prácticos llaman *subrogación de hipoteca* significa enteramente otra cosa que una subrogación; se diría que los prácticos han querido engañar á la justicia dando á su invento un nombre legal que cubre la ilegalidad de la convención por la que la mujer abdica su garantía hipotecaria que no tiene derecho de abdicar.

¿Qué será si se examinan las diversas cláusulas que la práctica confunde como significando la misma cosa cuando se trata de hechos jurídicos esencialmente distintos? *La renuncia á la prioridad de la hipoteca* es la única que nuestra ley conoce; el término es claro y expresa una idea clara; la mujer renuncia á prevalecerse del lugar que le da su inscripción para favorecer las convenciones que un tercero hace con su marido. ¿Entiende *ceder su hipoteca*? Nó, seguramente; no se trata de una hipoteca en la convención que la mujer consiente. Se dice, sin embargo, que la *cesión de prioridad* es idéntica á la *cesión y transmisión de todos los derechos de hipoteca de la mujer*. Que los prácticos así lo entiendan, lo queremos creer; pero otra es la cuestión de saber si lo que dicen está en armonía con los principios; y es seguro que hay una diferencia radical entre el hecho de renunciar la inscripción ó el lugar que ésta da y el hecho de renunciar la *hipoteca*. Lo hemos dicho al citar en apoyo de nuestro parecer una sentencia de la Corte de Casación: la mujer que renuncia su lugar de prioridad conserva su hipoteca, queda acreedora hipotecaria; mientras que la que renuncia su hipoteca, que la cede ó la transmite á un terce-

ro, desprende la hipoteca de su derecho y se convierte en un simple acreedor quirografario. Estos son los hechos jurídicos que confunden los prácticos: la confusión no podría ser mayor; la palabra *subrogación* en la convención de *subrogación de hipoteca* y la palabra *cesión* en la convención de *cesión de anterioridad ó de lugar* expresan ideas diferentes, y las convenciones, si se atiende uno á los principios, producen efectos diferentes.

Se identifican también las expresiones y, por tanto, las convenciones de *cesión de hipotecas* y las de *subrogación*, de *renuncia*, ya sea á la *hipoteca*, ya al *lugar de prioridad*. En derecho, sin embargo, estas expresiones y estas convenciones tienen una significación enteramente diferente. *Ceder* quiere decir *enajenar*, *vender*; luego cuando la mujer *cede su hipoteca* á un acreedor del marido se podría creer que la mujer hace una transmisión de propiedad. No es así, pues la mujer que cede no vende; no hay venta sin precio, y la mujer no percibe ninguno. Tampoco entiende ceder á título gratuito haciendo una liberalidad. Así la mujer vende sin vender; hace una transmisión de palabra, y en realidad no la hace. ¿Qué hace, pues? La palabra *cesión* de que se valen marca un hecho legal, la venta; la mujer ó, mejor dicho, los prácticos se sirven de ella para dar color legal á una convención ilícita, pues tiene por objeto despojar á la mujer de una garantía que la ley le dió en razón de su incapacidad.

Igual equívoco ó confusión cuando las partes se valen de la palabra *renuncia*. ¿Qué significa esta palabra y qué se le hace decir? El objeto que las partes se proponen no es dudoso; el tercero que trata con el marido quiere pasarse al abrigo del peligro con que lo amenaza la hipoteca legal de la mujer. Bajo el imperio del Código Civil este peligro era grande por razón de la generalidad y de la clandestinidad de la hipoteca legal. Conforme á nuestra Ley Hipotecaria los terceros saben todo lo que les interesa saber; conocen la

extensión del crédito y el inmueble que está gravado en garantía; si la inscripción de la mujer absorbe el valor del inmueble que debe servir de garantía á los terceros no pueden tratar con el marido, puesto que su seguridad sería ilusoria; para que puedan tratar es necesario que la mujer renuncie á prevalecerse de su inscripción contra ellos. Este es el objeto esencial de la convención que consiente la mujer al intervenir en los convenios que su marido hace con los terceros. ¿Contienen estas convenciones una transmisión ó una enajenación? En derecho no; de hecho sí, cuando se les asimila á una cesión. El lenguaje, lo repetimos, está propio para el engaño; el término es legal y la convención que lo expresa es ilegal porque conduce á despojar á la mujer de una garantía que no puede abdicar.

343. La misma confusión versa en la doctrina. ¿Qué es la *subrogación de hipoteca*? No se sabe; lo que es muy natural, puesto que el Código Civil ignora la palabra y la cosa. Nuestra Ley Hipotecaria sólo conoce la renuncia de la inscripción; es decir, la cesión de prioridad ó del lugar que la inscripción da á la mujer. Si se quiere dar el nombre de *subrogación* á esta convención es muy difícil definirla; la mujer renuncia á prevalecerse de su inscripción contra el tercero que trata con su marido como prestamista ó como adquirente; además, no enajena ni abdica su garantía hipotecaria, sólo pone al tercero en su lugar. En este sentido se puede decir, sirviéndose del lenguaje de la práctica, que subroga á su derecho de prioridad. Pero la práctica no se ha conformado con esta subrogación parcial, quiso transferir al subrogado todos los derechos hipotecarios de la mujer. ¿Cómo alcanzar este objeto sin que haya una subrogación propiamente dicha? En nuestro concepto la cosa es imposible y la cuestión es contradictoria en los términos; en efecto, es pedir si un tercero puede estar subrogado á los derechos del acreedor sin que haya subrogación. La práctica lo ha

hecho dando el nombre de *subrogación de hipoteca* á convenciones que nada tienen de común con la subrogación del Código Civil. El embarazo de la doctrina fué grande cuando trató de dar un color legal y una justificación jurídica á las invenciones de la práctica.

¿Cuál es la naturaleza de la *subrogación de hipoteca*, es decir, su carácter jurídico? Hay en este punto tantas opiniones como autores. Gautier escribió un tratado de las subrogaciones en el que examina también la subrogación consentida por la mujer á su hipoteca legal; según él la subrogación es la renuncia de la mujer á su derecho de hipoteca en favor del subrogado; lo que implica que el mismo subrogado es acreedor hipotecario y que el solo objeto de la convención es darle el lugar hipotecario de la mujer; para esto no basta con una cesión de prioridad. (1) Así entendida la interpretación de Gautier se identifica con la disposición de nuestra Ley Hipotecaria que permite á la mujer renunciar su lugar en favor de un tercero acreedor de su marido. Pero esta primera definición está lejos de satisfacer á las exigencias de la práctica.

Bertauld examinó las dificultades de esta materia en una monografía acerca de la *subrogación á la hipoteca de las mujeres casadas*. Da satisfacción plena á la práctica; para transferir al subrogado todos los derechos de la mujer supone que la subrogación implica virtualmente la cesión eventual del crédito de la mujer. (2) Así considerada la subrogación de hipoteca sería una convención legítima, puesto que sólo aplicaría el derecho común y daría al mismo tiempo al subrogado todas las garantías que puede desear, puesto que tomaría en todo el lugar de la mujer. Pero es fácil convencerse de que esta pretendida cesión de crédito no es más que

1 Gautier, Tratado de las subrogaciones, núm. 577. y Disertación, en Sirey, 1855, 1, 193.

2 Bertauld, De la subrogación á la hipoteca de las mujeres casadas, números 11 y 51.

una ficción. Desde luego la mujer no dice que vende su crédito, subroga sólo á su hipoteca: ¿y puede haber venta sin voluntad de vender? Además, la cesión de crédito, siendo una venta, exige un precio; este precio tiene que ser seguro y determinado y consistir en dinero. Y en la subrogación de hipoteca no hay precio: la única ventaja indirecta que la mujer saque es que el crédito del marido se encuentra fortificado y extendido; no es esto seguramente un precio. Hé aquí, pues, á lo que conduce la doctrina de Bertauld; ayuda á la práctica en despojar á la mujer no sólo de su hipoteca sino también su crédito; ésta enajena sus derechos sin sacar un precio. Esto es una nueva ficción y una violación de la ley, puesto que se permite á la mujer, bajo el nombre legal de *cesion*, una acta que no es una cesión y que la despoja de sus derechos bajo el pretexto de cesión sin darle el precio de lo que enajena.

Hay otra monografía en esta materia: la de Benech, titulada *Del empeño aplicado á los derechos de devolución de la mujer*. El solo título indica que el autor sólo ve un empeño en la subrogación de la hipoteca. Se ha contestado, y la respuesta es perentoria, que el empeño supone la tradición ó la entrega de objetos muebles ó de los títulos de crédito que el deudor empeña. Esto es una condición esencial en la que no hay empeño, y esta condición falta en el pretendido empeño que la mujer consiente al subrogar á un tercero á su hipoteca. (1)

Pont, que critica, con razón, los sistemas que acabamos de resumir, confiesa que la naturaleza de la subrogación está un poco indefinida; como, sin embargo, hay que definir la convención para determinar su naturaleza y sus efectos estima que hay que ver en ella una *alegación* hecha eventualmente por la mujer y resultante de la promesa por la que se *obliga condicionalmente* en el sentido de que se compro-

1 Benech, Del empeño, p. 13. Compárese Pont, t. I, p. 501, núm. 471.

mete á pagar, cuando menos, ó á abandonar su título de pago de los derechos que puede tener contra su marido para que el acreedor al que hace el abandono ejerza estos derechos en lugar suyo si al vencimiento el marido no paga la deuda que subscribió. (1) Esta explicación descansa igualmente en una ficción; sólo que en lugar de una transmisión ficticia hay una delegación ficticia. Desde luego se finge que la mujer toma para sí la obligación del marido; y la convención, en lo que se refiere á la mujer, tiene por objeto único la hipoteca legal á la que renuncia de uno ú otro modo en favor de un tercero que trata con su marido con el fin de favorecer estas transacciones. ¿Con qué derecho se hace decir á la mujer lo que no dice? Abandona una garantía y se le hace decir que abandona su crédito, pues la delegación conduce á la misma consecuencia que la transmisión. Se supone después que la mujer es deudora; se puede obligar, es verdad, hacia el tercero acreedor por el mismo contrato en el que abandona más ó menos completamente sus garantías hipotecarias, pero esto sólo es accidental, y no es un hecho accidental el que puede caracterizar una convención por la que la mujer no entiende obligarse. ¿Qué impide que la mujer renuncie su inscripción y, en la opinión general, su hipoteca legal ó subrogue al acreedor del marido sin obligarse para con él? La mujer no es deudora en este caso; luego no puede tratarse de una *delegación*. Y aunque la mujer se obligara esto es únicamente para auxiliar á su marido; la ley se lo permite, pero no le permite renunciar además todas sus garantías. Así, la *delegación*, así como las demás explicaciones inventadas para justificar una práctica extralegal, conducen á despojar enteramente á la mujer de sus seguridades hipotecarias. Esto es sobrepasar no sólo el Código, que es mudo, es tam-

1 Pont, t. I, ps. 501 y siguientes, núm. 272. Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 459, nota 11, pfo. 288.

bién sobrepasar nuestra Ley Hipotecaria, que autoriza sólo la renuncia á la inscripción.

Hay todavía el sistema de los Sres. Aubry y Rau. Desechan todas las explicaciones que acabamos de relatar, acercándose, sin embargo, á la teoría del empeño de Benech, que también es la de Moulón. (1) La subrogación de hipoteca, dicen los ilustres intérpretes de Zachariæ, constituye una *especie de caución real ó de empeño sui generis* que no inviste al subrogado ni con el crédito del subrogante ni con la hipoteca que lo garantiza; el subrogado solamente está autorizado á ejercer en la medida de su propio crédito los derechos hipotecarios que el subrogante mismo pudiera hacer valer. La práctica es extralegal y la justificación que se le da está igualmente fuera de la ley. Los términos mismos que emplean los autores para expresar su pensamiento abarcan que la subrogación, tal como ellos la explican, no está consagrada por el Código. Esta es una *especie de caución real*, dicen ellos; no puede haber mayor vaguedad. La mujer interviene en favor de su marido, pero una intervención no es una caución; la palabra *real* prueba, al contrario, que la mujer no es caucionante, que solo sus bienes responden. En realidad la mujer no compromete sus bienes ni su persona; cede, abandona en cierto sentido su hipoteca legal; luego lo que se llama subrogación de hipoteca es esencialmente una *renuncia*, no es un compromiso. Decir que esto es un empeño *sui generis* es confesar que es un *empeño* ó, si se quiere, un contrato que la ley no conoce. Aubry y Rau lo confiesan. (2) El empeño legal no existe sino bajo las condiciones y formalidades determinadas por la ley; esas condiciones y formas no se han observado, luego no hay empeño. Hay una convención que han inventado los prácticos, no para llenar un vacío, que es lo que podrían

1 Moulón, De las subrogaciones, ps. 503 y siguientes.

2 Aubry y Rau, t. III, ps. 458 y siguientes, nota 11, p. 456, nota 4, párrafo. 288.

hacer las partes contratantes, sino para extender una ley de orden público, lo cual les está prohibido.

344. En Francia la legislación ha confirmado implícitamente la doctrina admitida por la jurisprudencia, (1) sin definir, sin embargo, lo que se debe entender por subrogación de hipoteca; de modo que la incertidumbre subsiste. En Bélgica las convenciones que tienen por objeto subrogar á un tercero acreedor la hipoteca de la mujer son poco más ó menos desconocidas; nuestra Ley Hipotecaria no las menciona, se limita á permitir á la mujer renunciar en favor de un tercero las inscripciones hechas en su interés; lo que implica que las cesiones de hipoteca están prohibidas, lo mismo que las subrogaciones ó renunciaciones, como contrarias á la ley de orden público. Después de la publicación de la nueva ley no se ha pronunciado más que una sola sentencia en que se trataba de renuncia y subrogación á la hipoteca legal. La Corte de Lieja supone que esas convenciones son válidas; no habiéndose contestado la validez no tenía que explicarse acerca de ese punto, como tampoco decidir cuál era la naturaleza de la subrogación de la hipoteca. (2) La rareza de la jurisprudencia prueba que la práctica francesa no se propagó en nuestras costumbres, y el art. 71 de nuestra ley difícilmente permitiría introducirla. Lo que prueba que dicha práctica es incompatible con el rigor de los principios es que en 1841, cuando á las cortes de apelación y á las facultades de derecho se les consultó en Francia acerca de las reformas que convendría introducir en el régimen hipotecario, muchos propusieron sujetar las estipulaciones relativas al abandono de la hipoteca legal á condiciones, con el objeto de restringirlas. Lo cual hizo el legislador belga. No había por qué preocuparse del abuso de

1 Decreto de 28 de Febrero de 1852 (arts. 8 y 20) con organización de las sociedades de crédito inmobiliario. Ley de 23 de Marzo de 1855 sobre la transcripción (art. 9).

2 Lieja, 27 de Diciembre de 1858 (Pasierisia, 1859, 2, 122)

la práctica: no existía entre nosotros; pero habiendo sometido la hipoteca de la mujer á las condiciones rigurosas de especialidad y publicidad debía vigilar que la garantía hipotecaria que mantenía no se hiciese ilusoria por las renunciaciones que hiciera la mujer. Renunciaciones, cesiones, subrogaciones, son convenciones que tienden todas al mismo fin: al abandono más ó menos extenso de las garantías hipotecarias de la mujer. El legislador belga no permitió más que la renuncia á las inscripciones; esto es prohibir implícitamente las convenciones por las que la mujer se despojaría de su hipoteca. Nosotros agregaremos que la Ley Hipotecaria, tal como la hemos interpretado en lo relativo á la hipoteca legal de la mujer, hace del todo inútiles las subrogaciones tan usuales en Francia. La hipoteca legal no produce ya sus efectos de derecho plano como bajo el imperio del Código Civil; debe estar especificada, ya por el contrato de matrimonio, ya durante el mismo por el presidente del tribunal, y debe hacerse pública. Muy rara vez sucederá que la especificación se haga antes del matrimonio; y no se hará durante el matrimonio por los derechos ya nacidos sino es que el estado de los negocios del marido haga necesaria esa garantía. Y si la garantía hipotecaria se hace necesaria, y si, por consecuencia, la inscripción se hace en los bienes del marido, no se encontraría entonces una mujer dispuesta á renunciar. Si en Francia dichas renunciaciones son tan frecuentes es porque la hipoteca legal grava todos los bienes del marido cuando esa garantía no es actualmente necesaria á la mujer. Pero si se admitiera, como generalmente se enseña, que la mujer puede hacer especificar é inscribir su hipoteca antes del matrimonio para seguridad de los derechos que le pudieran vencer durante el matrimonio, y si dicha práctica se hiciera usual, entonces el crédito del marido estaría por lo regular comprometido por la

hipoteca de la mujer, y, por consecuencia se introduciría el uso de hacer renunciar á la mujer una garantía inútil ó, al menos, exagerada. En nuestra interpretación todos los intereses están resguardados. Por lo regular la hipoteca de la mujer no estará especificada ni inscrita; por tanto, el crédito del marido quedará completo y los terceros no correrán ningún peligro. Siendo sólo cuando los negocios del marido se desnivelan cuando se tomarán las inscripciones por la mujer en su nombre. En este caso la mujer difícilmente renunciará una garantía que le asegura sus derechos y los de sus hijos. Y si sucediera esto la renuncia de su rango de primacía bastaría para consolidar el crédito del marido. Cualquiera otra convención de cesión, renuncia ó subrogación, sería nula, en nuestro concepto. Sin embargo, aquí nos detenemos, puesto que la doctrina admite la validez y la jurisprudencia siempre la ha consagrado.

§ IV.—DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA VALIDEZ DE LA SUBROGACION DE LA HIPOTECA.

345. Cuando se trata en el terreno estrictamente legal nuestra cuestión no tiene sentido. El Código Civil y la ley belga no conocían la subrogación de hipoteca; en cuanto á las nuevas leyes traídas á Francia nos son extrañas. ¿Se puede tratar de determinar las condiciones para la validez de una convención que la ley ignora? Hé aquí una de las imposibilidades jurídicas de las muchas que hay en esta materia. Desde luego debemos suponer, con la opinión general, que las convenciones que tienen por objeto la abdicación de la hipoteca legal son válidas. Colocándose en este terreno se puede preguntar cuáles son las condiciones requeridas para su validez. No se puede tratar más que de las condiciones que se desprenden del derecho común, porque no toca al intérprete crear condiciones y, por tanto, nulidades.

346. ¿Está la subrogación de la hipoteca sometida á la condición de publicidad prescripta por nuestra Ley Hipotecaria para las cesiones de créditos privilegiados ó hipotecarios? En nuestra opinión la negativa es cierta. La subrogación de la hipoteca no es la cesión del crédito hipotecario; únicamente se refiere á la inscripción y al rango que le es peculiar; la mujer queda acreedora; no se opera, pues, traslado de su crédito. Lo que es decisivo. El art. 5 supone que el acreedor hipotecario cede su crédito, y es para que el cesionario pueda oponer esta cesión á los terceros por lo que la ley la exige pública. Y la subrogación de la hipoteca no arrastra la cesión del crédito de la mujer; en la opinión común la mujer queda acreedora, solamente que su crédito hipotecario se convierte en quirografario; luego está fuera del texto del art. 5. Si se admite la explicación que los Sres. Aubry y Rau dan de la subrogación de la hipoteca nuestra conclusión es más evidente; resulta, en efecto, que la mujer sólo está obligada en virtud de una caución real. En esta doctrina la hipoteca no está desprendida del crédito de la mujer, puede estar incorporada como accesorio al crédito del subrogado; desde luego no hay ningún motivo para aplicar el art. 5.

Martou enseña lo contrario. En su opinión la mujer separa la hipoteca de su crédito para transferirla á los terceros que subrogan á sus derechos. Y la hipoteca es un derecho real inmobiliario, y conforme al texto y al espíritu de la ley belga toda transmisión de un derecho real inmobiliario debe hacerse pública, ya sea por la vía de transcripción, ya por la de inscripción. El art. 5 es una aplicación de ese principio; hay un cambio de un crédito al que está unido un derecho real inmobiliario; desde luego ese cambio se debe hacer público. Poco importa, dicen, que la subrogación de la hipoteca no sea una cesión de crédito hipotecario, pues si la ley quiere que dicha cesión sea inscrita