

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

no es porque hay cesión de crédito, es porque hay cesión de la hipoteca que garantiza el crédito; luego desde que hay cesión de hipoteca, aun separada del crédito, la cesión se debe hacer pública. (1) Que sea ese el espíritu de la ley belga es incontestable, pero basta con eso para que el intérprete pueda exigir la publicidad de una convención que la ley ignora, cuya naturaleza es incierta y que no entra en el texto del art. 5? No creemos que el intérprete pueda ir hasta allá.

347. Con ocasión de la cesión ó subrogación de la hipoteca debimos decir una palabra del modo de transmisión del derecho hipotecario que se usa en Francia y que en Bélgica no se conoce. Se consintió una hipoteca por acta notariada en seguridad de un préstamo. El acta enuncia que el crédito principal estaba comprobado por letras de cambio ó pagarés á la orden subscriptos por el que pidió prestado en favor del prestamista. Se admite que en ese caso la garantía hipotecaria se transmite por sólo el efecto del endose á los portadores de dichos pagarés ó letras. Pasa lo mismo con el privilegio del vendedor cuando el acta de venta comprueba que los documentos á la orden se crearon para el pago de precio; el privilegio se transmite igualmente por vía de endose de dichos documentos. La legalidad de este modo de transmisión fué consagrada por la Corte de Casación y la doctrina la admite. A las objeciones hechas contra esa practica la Corte contesta que la ley la autoriza con sólo no prohibirla. (2)

En nuestro concepto dicha práctica es incompatible con el art. 5 de la ley belga. En los términos de esa disposición la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario no se pue-

1 Martou, t. I, p. 192, núm. 175, y t. III, p. 43, núm. 933. Compárese Cloes, t. I, p. 107, núm. 204. Sobre la legislación francesa, véase Aubry y Rau, t. III, p. 460 y nota 14, p. 466 y notas 17 y 18, pfo. 288 bis.

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 460, notas 15 y 16 y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1267.

de oponer á los terceros sino bajo las condiciones que marca la ley. Desde luego se necesita que la cesión resulte de actas auténticas, lo que excluye la transmisión por vía de endose; después, que se mencione el transporte en los registros del conservador en las formas prescriptas por el artículo 5, lo que igualmente excluye la forma comercial del endose. Se podría decir que la forma civil no implica la prohibición de la forma comercial. La respuesta á la objeción se halla desde luego en los términos restrictivos del art. 5 y después en el espíritu de la ley. Nos trasladamos acerca de este punto á lo dicho de las disposiciones preliminares de la ley belga; la autenticidad de las actas sometidas á la publicidad es un principio general de nuestra ley y una de las bases de nuestro régimen hipotecario. La transmisión de las hipotecas por vía de endose sería una excepción á esa regla: para admitirla se necesitaría un texto terminante. Lo cual es decisivo.

348. ¿Se necesita para la validez de la cesión ó de la subrogación de la hipoteca que los cesionarios ó los subrogados sean acreedores hipotecarios? Si se atiende uno al texto de nuestra ley, es decir, si se admite que con sólo la renuncia que la mujer pueda hacer es la que está autorizada por el art. 71 es seguro que el tercero acreedor en provecho del que la mujer renuncia su rango de inscripción debe ser inscripto; luego el acreedor hipotecario. Nos trasladamos á lo dicho más atrás (núm 333).

La jurisprudencia francesa va más lejos y la admiten en sus elementos esenciales los intérpretes de la ley belga. Se distingue entre la cesión de la hipoteca y la renuncia de la mujer á sus garantías hipotecarias. La mujer puede, conservando su crédito, ceder su hipoteca sola ó subrogar un acreedor del marido. ¿Puede ser quirografario ese acreedor? Generalmente se admite la afirmativa; sin embargo, hay disidencias porque toda esta materia es controversia. Se ad-

mite que la mujer puede transferir su hipoteca separadamente de su crédito; no se ve por qué tendría el derecho de unirla á un crédito quirografario; el cesionario estará colocado por su crédito en el lugar que la inscripción de la hipoteca legal da al crédito de la mujer. (1) Desechamos la consecuencia porque no admitimos el principio de que se desprende, y no lo admitimos porque está en oposición con el texto del art. 71 y con el espíritu de la ley, como lo hemos dicho (núm. 339).

¿Puede la mujer renunciar su hipoteca en favor de un acreedor hipotecario? Esto también está controvertido. La renuncia al rango que da la inscripción al crédito de la mujer implica que el acreedor cesionario del derecho de primacía tiene una hipoteca; pero si se permite á la mujer transportar su garantía hipotecaria á un tercero acreedor se deben aceptar todas las consecuencias del principio; el tercero acreedor adquiere el derecho de hipoteca por efecto del transporte que le hace la mujer; ¿qué importa la vía por la que se opere? que sea la de renuncia ó cesión ó la de subrogación. (2) Si no admitimos la consecuencia es porque no admitimos el principio.

§ V.—EFECTO DE LA SUBROGACION DE LA HIPOTECA.

349. Es tan difícil determinar los efectos de la subrogación de la hipoteca como precisar la naturaleza de la convención y las condiciones á las que está sometida. Ya hemos dicho que no hay dos autores que estén acordes en el punto esencial: ¿Qué es la subrogación de la hipoteca? No se sabe (núms. 342-343). El disentimiento es capital, y mientras que no se está acorde en la naturaleza de la convención es imposible de determinar sus efectos. En nuestra

1 Pont, t. I, p. 486, núm. 459. Martou, t. III, ps. 41 y siguientes, número 932.

2 Pont, t. I, p. 487, núm. 461.

opinión la convención misma es extralegal; es una invención de los prácticos, que ignoran nuestra legislación. La ley belga sólo reconoce la renuncia de la inscripción; los efectos de esta renuncia son muy sencillos; los hemos explicado (núms. 328-334). En cuanto á los efectos de lo que la práctica llama *subrogación de hipoteca* tienen que diferir según las diversas convenciones que se comprenden bajo esta expresión general; es verdad que la práctica las confunde, pero la doctrina no puede aceptar esta confusión como un principio; hay necesariamente que distinguir, y aun distinguiendo no se llega á ningún resultado seguro, lo que es inevitable, siendo el punto de partida ilegal.

350. La mujer puede ceder su crédito, puede subrogarle un tercero que le pague. Esta cesión es la subrogación que el Código define. La cesión es una venta que comprende los accesorios del crédito: la subrogación acompaña al pago. Estas convenciones están regidas por el derecho común. La Corte de Casación lo sentenció así en el caso siguiente. Una mujer está colocada en una instancia de orden; recibe su pago de otro acreedor, á quien subroga á sus derechos. ¿Cuál será el efecto de subrogación? El subrogado toma el lugar del subrogante; es decir, que ejerce todos los derechos que le pertenecen. Fué decidido, en consecuencia, que el acreedor subrogado á la mujer podía ejercer sus derechos no sólo en el precio de la distribución sino también los derechos de la mujer en los demás bienes de su marido, aun aquellos que hubiere vendido antes de la promoción hipotecaria. (1) Esto no es dudoso; sólo que, conforme á nuestra ley, hay que agregar una restricción: es que la mujer debe tomar inscripción; no tiene, pues, derechos hipotecarios útiles que pueda subrogar más que si dichos derechos han sido consentidos conforme á la ley.

¿Puede aplicarse esta decisión á lo que los prácticos lla-

1 Denegada, 13 de Diciembre de 1854 [Dalloz, 1855, 1, 34].