

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 primacía. 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 trató 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. ¡A-í, 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 buen 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 eludirla 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 las 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 inscrita, 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. Lèlievre agrega en su informe: «La hipoteca sería imaginaria si el marido que ejerció una autoridad imponente en su mujer pudiera esperar la abdicación de un derecho siempre oneroso para él.»



De que la mujer no pueda renunciar en favor del marido no se debe deducir que á él también le está prohibido renunciar en favor de un tercero. La comisión especial, dice el informe, pensó que no se debía prohibir á la mujer la facultad de obligarse mancomunadamente con su marido ó intervenir en las obligaciones de este último para *renunciar á sus hipotecas*, ni de enajenar sus propios, porque amenudo son actos que ordena el interés de la familia. El honor del marido, su porvenir y el de sus hijos pueden depender de un sacrificio hecho de propósito por la mujer. (1)

La comisión reconocía, pues, que la mujer puede *renunciar la inscripción* hecha en su nombre en las convenciones que se forman entre el marido y los terceros; ateniéndose al texto del informe la mujer podría aún renunciar su *hipoteca*. Hacemos nuestras reservas contra esta expresión que no es la de la ley y que, en nuestro concepto, hace decir á la ley lo que no dice; más adelante veremos que hay una diferencia considerable entre la renuncia de la hipoteca y la de la inscripción hipotecaria. Por ahora explicaremos lo que la mujer puede hacer conforme al texto de la ley. Resulta de la explicación dada por la comisión especial que la mujer puede renunciar á la inscripción de su hipoteca en favor de los terceros que tratan con su marido, lo que se hace indirectamente en favor del mismo marido. Tal sería el caso en que el marido quisiera contraer un préstamo tomado en nombre de la mujer; el tercero se niega á prestar sus capitales con una garantía ineficaz; pide que la mujer renuncie su inscripción, lo que equivale á ceder al tercero el lugar de prioridad que su inscripción le da. La renuncia directa se hace en favor del prestamista, pero indirectamente la renuncia se hace en favor del marido para darle el crédito que necesita. ¿Por qué permite la ley á la mujer hacer indirectamente lo que le prohíbe hacer directamente? La co-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 25. Lelièvre, informe, p. 157.

misión especial contesta que la renuncia consentida para procurar al marido un crédito que no obtendría si la mujer conservara el lugar que la inscripción le asegura no se hace en el exclusivo interés del marido; que la prosperidad de la familia está interesada en ello. La renuncia se hace, pues, en interés de la mujer y de los hijos y, en definitiva, de la familia; y el interés de la familia todo lo domina; no es para la ventaja particular de la mujer por lo que la ley le concede una hipoteca; al resguardar sus derechos garantiza al mismo tiempo los derechos de los hijos. Es, pues, natural que la mujer ayude á su marido renunciando á su inscripción, como le ayuda enajenando sus propios.

329. ¿A qué puede renunciar la mujer? El art. 71 contesta: á las inscripciones tomadas en virtud de la ley para la conservación de su hipoteca legal. ¿Cuál es el objeto y el efecto de estas inscripciones? La hipoteca legal de la mujer está sometida al principio de la publicidad; la eficacia de su hipoteca depende, pues, de la inscripción que asegura sus efectos; es decir, la preferencia para con los acreedores quirografarios, el lugar para con los acreedores hipotecarios inscritos después de ella y el derecho de prosecución. Renunciar la inscripción es renunciar á uno ó á otro de estos efectos. Hay que agregar que esta renuncia no puede hacerse en términos generales; una renuncia que la mujer hiciera en favor de cualquier tercero sería nula, puesto que, en realidad, sería una renuncia en favor del marido; lo que prohíbe la ley. La ley ni siquiera lo dice, pero su redacción lo supone y los trabajos preparatorios lo confirman: que la mujer puede renunciar la inscripción en favor de los terceros que tratan con su marido. Estas renunciaciones son particulares é individuales por su esencia. De esto se sigue que la renuncia á la inscripción, en el caso del art. 71, no es un levantamiento de inscripción seguido de cancelación, es una renuncia parcial que sólo tiene un efecto: el de impe-



dir que la mujer haga valer su inscripción en perjuicio del tercero en cuyo interés ha renunciado. Hay que distinguir, para determinar el efecto de la renuncia, entre el caso en que el marido consiente una hipoteca en favor de un tercero en el inmueble gravado de inscripción en favor de la mujer y el caso en que el marido vende el inmueble en el que la mujer tomó la inscripción.

330. La mujer renuncia á su inscripción en favor de un acreedor hipotecario que trata con su marido posteriormente á la inscripción tomada por ella. ¿Cuál es el objeto de esta renuncia? El de impedir que el nuevo acreedor esté prevaletido por la mujer; luego ésta cede el lugar que tenía en virtud de su inscripción; si se abre un orden quedará colocada después del nuevo acreedor, aunque de hecho haya inscripto antes que él. Esto es lo que se llama la cesión de anterioridad. Supone que el nuevo acreedor estipula una hipoteca; si no es acreedor hipotecario no se concibe que la mujer le ceda su lugar, pues el acreedor quirografario no tiene lugar, y la mujer no le puede dar uno, puesto que no lo hay sin hipoteca. Y la mujer no cede su hipoteca, cede la anterioridad de inscripción. Esta cesión no se puede, pues, hacer en favor de un quirografario. La Corte de Lieja aplicó este principio en un caso en que la renuncia había sido hecha en favor de un acreedor hipotecario cuya hipoteca era nula por haber sido consentida en bienes embargados; el acreedor era, en realidad, quirografario y, por tanto, la cesión de lugar no podía tener efecto. (1)

331. ¿Cuál es el efecto de la anterioridad? El efecto resulta del objeto que se proponen las partes; el tercero que trata con el marido exigió que la mujer renunciara á prevaletirse de su inscripción contra él; se le debe colocar como si la inscripción de la mujer no existiera; es decir, que

1 Lieja, 13 de Agosto de 1860 (Pasirisia, 1861, 2, 178). Pont, t. I, p. 485, núm. 458.

prevalecería á ésta última. Esto es lo que decidió la Corte de Casación. «La inscripción por la cual un acreedor cede su lugar hipotecario á otro acreedor hipotecario que le es posterior no puede tener más resultado que el de substituirlo en el lugar y colocación que hubiera ocupado en el orden el crédito del cedente. (1)

Martou da un efecto más considerable á la convención por la cual una mujer cede su lugar de prioridad: la confunde con la cesión de la hipoteca separada del crédito. Diremos más adelante qué efecto atribuye á la cesión de la hipoteca la jurisprudencia francesa; en nuestro concepto el art. 71 prohíbe implícitamente esta cesión. Y aunque se admitiera lo seguro es que hay una diferencia esencial entre la convención por la cual la mujer cede su hipoteca legal y la convención por la cual renuncia á su inscripción. En este último caso la mujer conserva su hipoteca, mientras que en el primero la transmite al cesionario. (2) Conservando la mujer su hipoteca también conserva el beneficio de su inscripción para todos los terceros, con excepción del acreedor en favor del cual renuncia su inscripción. Si hay acreedores inscriptos antes que éste y después de la mujer ésta les prevalecerá: nada está cambiado en sus respectivos lugares, puesto que la mujer no renunció la inscripción para con ellos. Por su parte los acreedores inscriptos anteriormente á aquel en cuyo favor cedió la mujer su lugar le prevalecerán; nada cambió en el lugar de los acreedores, tal cual lo determinan sus inscripciones; sólo que la mujer no puede oponer su inscripción al acreedor que es tipuló la cesión de anterioridad. (3)

332. La mujer puede también renunciar á su inscripción en favor del adquirente del inmueble gravado con ella. ¿Cuál será el efecto de esta renuncia? Para determinarlo

1 Danegada, 25 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 12).

2 Danegada, 30 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 332).

3 Martou, t. II, p. 47, núm. 935.