

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 incapáz." 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 puede 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.

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 á 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 creería 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