

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 si no 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

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-