

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 [Daloz, 1855, 1, 34].

man *subrogación de hipoteca*? Así se enseña. (1) Nos parece que esto es caer en la confusión de la práctica. Nada hay común entre la subrogación del Código Civil y la subrogación de hipoteca más que la palabra *subrogación*, que los prácticos han tomado de la ley para dar color legal á su invento y desnaturalizando completamente el sentido que esta expresión tiene en el lenguaje jurídico. La subrogación supone un pago, y es para favorecer el pago por lo que la ley ha consagrado la ficción de la subrogación. Es una verdadera ficción, como lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones*. ¿Pueden extenderse los efectos de una ficción á una convención enteramente diferente? La subrogación de hipoteca, lejos de acompañar el pago de los créditos hipotecarios de la mujer, la despoja de la garantía que debía asegurarle dichos pagos. No puede, pues, tratarse de dar al subrogado todos los derechos de la mujer. Esta pretendida subrogación no es más que una renuncia de la mujer en favor del acreedor con objeto de garantizarlo contra los efectos de su hipoteca legal; se debe, pues, aplicar el principio que rige la renuncia y decir que la renuncia es de estricta interpretación. La sentencia de la Corte de Casación que se invoca no dice lo que se le hace decir: se refiere únicamente á la subrogación del Código Civil; ni una palabra indica que la Corte haya entendido estatuir acerca de la subrogación de hipoteca imaginada por los prácticos.

351. La renuncia de la mujer á sus garantías hipotecarias comprende convenciones diversas y de muy diferente naturaleza. Hay desde luego la renuncia á la inscripción admitida por el art. 71 de nuestra ley; es, en otros términos, la cesión del derecho de prioridad. Esta cesión no tiene por efecto transmitir la hipoteca de la mujer al acreedor en cuyo favor renuncia al lugar que le da su inscripción. La mujer conserva su hipoteca con todos los derechos que le están

1 Pont, t. I, p. 502, núm. 474.

ligados, sólo que si un orden se abre en el inmueble gravado con su inscripción y la del acreedor esto prevalecerá á la mujer. Esto supone que la mujer tiene también un lugar; es decir, que tomó inscripción y que la renovó si hay lugar. La renovación podría hacerse por el cesionario del derecho de prioridad. El cesionario tiene evidentemente interés en ello, puesto que la cesión que le fué hecha se convertiría en ineficaz si la inscripción de la mujer caducase; es verdad que no es cesionario de la hipoteca, pero es el legatario de la mujer y con tal título tiene calidad para conservar los derechos que la mujer le ha cedido. Por su parte el tercero acreedor á quien la mujer cedió su lugar de prioridad no puede usar de este derecho más que á condición de conservar su hipoteca; en efecto, la cesión de prioridad presupone que el cesionario es acreedor hipotecario (núm. 330); luego desde que deja de serlo no puede aprovechar la renuncia de la mujer. Se admite, sin embargo, que no está obligado á renovar su inscripción, porque la perención de la inscripción no extingue la hipoteca, y mientras es acreedor hipotecario puede aprovechar del lugar que la mujer le ha cedido. (1) La cosa es dudosa.

352. La práctica y la doctrina misma confunden la renuncia de la inscripción con la renuncia de la hipoteca (número 342). Lo hemos dicho varias veces; por ahora se trata de precisar el efecto de la renuncia de la hipoteca. La ley coloca la renuncia del acreedor entre los modos de extinción de la hipoteca (art. 108; Código Civil, art. 2180). ¿La renuncia que la práctica comprende bajo el denominado general de *subrogación de hipoteca* es la renuncia extintiva del Código y de la Ley Hipotecaria? Es imposible contestar á la pregunta en términos generales, puesto que todo depende de la intención de la mujer. Suponemos que la

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 457 y siguientes, nota 6-8, pfo. 288.

mujer tiene el derecho de renunciar su hipoteca legal; no es esta nuestra opinión (núm. 344); no concebimos que un incapaz renuncie una garantía que la ley le da por razón de su incapacidad; semejante convención sería contraria al orden público y, con este título, radicalmente nula. En la opinión general se admite la validez de la renuncia; queda por saber si es extintiva del derecho de propiedad ó si es translativa del mismo derecho.

Aun así limitada la cuestión no puede ser decidida en términos absolutos. La subrogación de hipoteca, bajo cualquiera forma que la haga la mujer, es una convención que interviene entre ella y un tercero acreedor ó un tercer adquirente; y el efecto de las convenciones depende esencialmente de la voluntad de las partes contratantes. No se puede decidir *a priori* lo que las partes quieren; esto es un punto de hecho y no de derecho. En la opinión general se distingue. Cuando la mujer renuncia su hipoteca legal en favor de uno de sus acreedores ó, lo que es el caso ordinario, en favor de un acreedor del marido esta renuncia se asimila á una subrogación ó cesión de hipoteca; no es, pues, extintiva de los derechos de la mujer sino translativa. El acreedor en favor del que la mujer renunció la hipoteca tiene el derecho de ejercer en su propio nombre, como lo haría un cesionario, los derechos hipotecarios de la mujer. Sin embargo, los más exactos autores agregan una restricción á esta interpretación de la renuncia consentida por la mujer; dicen que se la debe entender así según la intención probable de las partes. (1) No es, pues, una decisión de derecho, es una de esas presunciones de hecho que los autores imaginan para decidir cuál fué la intención de las partes contratantes. Mejor fuera, en nuestro concepto, hacer á un lado esas presunciones arbitrarias y, en todo caso, inútiles, puesto que el juez tiene siempre que decidir según

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 470 y siguientes, pfo. 288 bis.

las circunstancias de la causa. Espíritus excelentes se han equivocado en esto. Proudhón y Moulón enseñan que la renuncia de la mujer es esencialmente extintiva. (1) ¿No se dejaron extraviar por la palabra *renuncia* como otros han tomado al pie de la letra la palabra *subrogación* sin pensar que nos encontramos en esto en el terreno de una práctica imaginada para eludir el rigor de la ley? Lo seguro es que se hace mal en decidir en derecho y de un modo absoluto cuestiones que son esencialmente de hecho. Mencionamos por curiosidad y para dejar ver á qué incertidumbre, mejor dicho, á qué errores se ha llegado cuando se pretende determinar la intención de las partes contratantes *a priori* una distinción propuesta por un autor entre la renuncia expresa y la tácita. Distinción falsa, pues el hecho jurídico es el mismo; no puede, pues, tener efectos diferentes, según que la intención de la mujer esté expresada por palabras ó por hechos. (2)

353. ¿Sucede lo mismo con la renuncia que la mujer consiente en favor de un tercero adquirente al que su marido vende el inmueble en el que la mujer tomó inscripción? Hay nuevas controversias en este punto. La dificultad es ésta: ¿La mujer que renuncia á la hipoteca en favor del tercer adquirente renuncia de un modo absoluto, de modo que su hipoteca queda extinguida como lo está en el caso previsto por el art. 108 (Código Civil, art. 2180) ó conserva su hipoteca con reserva de no usar de su derecho de prosecución contra el tercero adquirente? Hemos decidido la cuestión en este último sentido; en el fondo todos están acordes; siendo las renunciaciones de estricta interpretación hay que interpretarlas restrictivamente; y de seguro la mujer que interviene en una acta de venta hecha por su marido para re-

1 Proudhón, Del Usufructo, t. V, 141, núm. 2339. Moulón, De las subrogaciones, núms. 598 y siguientes.

2 Véanse, en sentido contrario, las autoridades citadas por Aubry y Rau, tomo III, p. 470, nota 28, pfo. 288 bis, y por Pont, t. I, p. 503, núms. 476 y 477.

nunciar su hipoteca no tiene interés ni intención de extinguir su garantía hipotecaria; y lo mismo pasa con el tercer adquirente. (1) Pero esto no resuelve todavía las dificultades que se presentan en la aplicación. No hay ninguna cuando no se tomaron en el inmueble vendida inscripciones posteriores á las de la mujer; el conflicto sólo existe entre la mujer acreedora hipotecaria y los terceros adquirentes; el único objeto de las partes es poner al adquirente al abrigo del derecho de prosecución; la mujer conserva, pues, su hipoteca. Si hay otros acreedores inscriptos el tercer adquirente puede ser perseguido por ellos; si se le despoja y que un orden se abra en el inmueble ¿podrá prevalecerse de los derechos hipotecarios de la mujer contra los acreedores que le prevalecen por la fecha de su inscripción? La mujer prevalece á estos acreedores, puesto que está inscripta antes que ellos; ¿el tercer adquirente puede, como acreedor de la mujer, ejercer sus derechos? Sí, se dice, pues la renuncia de la mujer es una convención que sólo tiene efecto entre la mujer y el tercer adquirente; los demás acreedores son extraños en ella; por tanto, la renuncia no les puede aprovechar; la mujer, para con ellos, permanece acreedora hipotecaria y les prevalece; luego el tercer adquirente en favor del que renunció su inscripción puede ejercer sus derechos en el orden. (2)

354. Ordinariamente la mujer cede su hipoteca ó la subroga. ¿Hay una diferencia entre la cesión y la subrogación de hipoteca? En este punto también hay que cuidarse del error por la engañosa terminología que la práctica ha tomado del Código Civil. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* que hay diferencias considerables entre la cesión y la subrogación: una es la venta del crédito, la otra es un pago. Pero lo que los prácticos llaman *cesión ó subrogación de hi-*

1 París, 10 de Febrero de 1873 (Daloz, 1874, 2, 133).

2 Martou, t. III, p. 47, núm. 935. Aubry y Rau, t. III, ps. 471 y siguientes; y notas 29 y 30, pfo. 288 bis.

poteca no es una venta ni un pago; hay, pues, que hacer á un lado los principios que rigen la cesión-venta y el pago con subrogación para atenerse á la convención enteramente distinta que la práctica ha imaginado para neutralizar los efectos desastrosos de la hipoteca general y oculta de la mujer; neutraliza también la hipoteca legal que lo nulifica. Así consideradas la cesión y la subrogación de hipoteca tienen el mismo objeto y deben tener el mismo efecto. Sin embargo, los autores no están acordes en la naturaleza de estas convenciones; unos dicen que tienen por efecto desprender la hipoteca del crédito de la mujer; este es el sentido literal de la palabra ceder, que quiere decir enajenar, y aquel que enajena transmite á otro el derecho que tiene; es contradictorio conservar un derecho del que se despoja uno. (1) Pero en nuestra materia no hay que apearse al sentido ordinario y jurídico de las palabras; éstas fueron tomadas en la ley para eludir la. Se habla de cesión y de subrogación y es seguro que las partes no tienen la intención de hacer una venta ni un pago con subrogación. Debe, pues, verse no lo que las partes dicen sino lo que quieren. Y la mujer quiere lo que el tercero acreedor ó adquirente exigen de ella para ponerse al abrigo del peligro de la hipoteca legal. Siempre que la mujer no pueda prevalecerse de su hipoteca contra él el objeto del tercero está alcanzado; ¿qué le importa que la mujer conserve su hipoteca y la haga valer contra los otros acreedores? La convención inventada por los prácticos no implica, pues, que la mujer se despoje de su hipoteca, que la desprenda de su crédito para ligar el crédito del cesionario ó del subrogado; sólo que la forma de la cesión ó de la subrogación supone más que una sencilla renuncia al lugar; el cesionario ó subrogado está puesto en el lugar del cedente ó subrogante, de modo que puede ejercer todos sus derechos. En

1 Pont, t. I, p. 486, núm. 459. Compárese el núm. 340.

esta opinión, que está conforme con la intención de las partes contratantes, el tercero al que la mujer cede su hipoteca ó á quien subrogan en su hipoteca, no se convierte en propietario del crédito de la mujer ni de la hipoteca legal que garantiza su pago, sólo tiene el derecho de ejercer eventualmente, hasta concurrencia de su crédito, los derechos hipotecarios de la mujer. Esta conserva, pues, su hipoteca, pero es el tercero cesionario ó subrogado el que ejerce sus derechos en la medida y bajo condiciones que están impuestas á la mujer. (1)

355. Siguese de esto que el cesionario y el subrogado no hacen más que ejercer los derechos de la mujer, como la mujer los ejerce ella misma. El crédito de la mujer es lo más frecuentemente eventual y su monto está indeterminado, aunque en nuestro sistema hipotecario tenga que ser especificado para ser inscripto. Puede, pues, suceder que el crédito de la mujer sea inferior al del cesionario ó del subrogado; en este caso la cesión ó subrogación no garantizan al cesionario ó subrogado más que en los límites del crédito de la mujer. Esto es evidente cuando se piensa en el objeto de la cesión ó de la subrogación de hipoteca. No se trata de conceder una seguridad hipotecaria al tercer cesionario ó subrogado, se trata de garantizarlo contra el ejercicio de la hipoteca legal de la mujer, y se entiende que éste no puede reclamar esta garantía más que en el límite de los derechos que pertenecen á la mujer.

Puede también suceder que el crédito hipotecario de la mujer sea más grande que el crédito del subrogado ó del cesionario; éste será primero colocado por su crédito en el lugar que pertenece á la mujer por su crédito personal. ¿Pero qué sucedería con el resto del crédito hipotecario de la mujer? La cuestión está en saber si la mujer puede hacerse colocar por el excedente. Si se admite que la cesión ó sub-

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 458 y siguientes y nota 11, pfo. 288.

rogación implica enajenación de los derechos hipotecarios de la mujer hay que decir que no teniendo ya hipoteca ésta no puede pedir colocación en virtud de un derecho que no existe ya para ella. Pero aquí se ve cuán contraria es esta teoría á la intención de las partes contratantes. Todo lo que éstas quisieron es asegurar el pago del cesionario ó del subrogado permitiéndole ejercer los derechos de la mujer. Si queda un excedente después que está desinteresado no puede pertenecer á los terceros; éstos están pagados, su crédito está extinguido; la mujer no les debe ya ninguna garantía por razón del excedente de su crédito; por tanto, ésta puede ejercer su derecho hipotecario hasta concurrencia de dicho excedente. (1) Decimos que la teoría de una abdicación de la hipoteca es contraria á la intención de las partes interesadas. Tomando á la letra las expresiones de *cesion y de subrogacion* de hipoteca se tendría que decir que la mujer enajena sus derechos hipotecarios; de esto se seguiría que aun en el caso en que su crédito excediera al del cesionario ó subrogado la mujer quedaría sin derecho. ¿A quién aprovecharía este excedente? Los terceros cesionarios ó subrogados están desinteresados; los demás acreedores del marido no pueden invocar una convención que les es extraña, y, sin embargo, si la mujer no pudiera reclamar este excedente en el orden, aprovecharía á los acreedores. La mujer se despojaría, pues, de una parte de sus derechos, sin ningún interés, en favor de los acreedores, para los que no tiene ninguna obligación. Esto no tiene sentido.

356. Así, pues, los derechos de la mujer que ha cedido su hipoteca ó que la subrogado quedan completos, salvo que el tercero en cuyo provecho se ha consentido la cesión á la subrogación puede ejercer los derechos de la mujer en la medida de estos derechos. De aquí se sigue que la garantía

1 Martou, t. III, ps. 45 y siguientes, núm. 934. Pont t. I, p. 507, números 479-481.

que la cesión de subrogación da á los terceros no es más que eventual; la mujer no puede cederle más que los derechos que tiene, mejor dicho, que tuviera en virtud de la liquidación que sigue á la disolución de la comunidad. La mujer conserva todos los derechos que tiene por sus convenciones matrimoniales. Si está casada bajo el régimen de comunidad tiene la facultad de aceptar ó de renunciar. Acepta, está obligada á la mitad de la deuda; tiene, es verdad, el derecho de ejercer sus devoluciones, pero no tiene por esto privilegio con relación á los acreedores de la comunidad, no puede reclamar más que su hipoteca legal en las ganancias; si se ha hecho la inscripción, ya hemos dicho las condiciones á las que está subordinada la hipoteca (tomo XXX, núms. 368-372). Puede suceder que la garantía del tercero cesionario ó subrogado esté incompleta ó que esté reducida á la nada. Este resultado es muy natural, puesto que los derechos de la mujer eran inciertos; la garantía que resulta del ejercicio de ellos sería igualmente incierta: la cesión ó la subrogación nunca puede dar al cesionario ó al subrogado derechos que no tiene el que cede ó el que subroga. Sin embargo, acerca de este punto la doctrina está dividida; (1) la jurisprudencia se pronunció en favor de la opinión que acabamos de enunciar.

La mujer comunera que no hace inventario en los plazos legales está decaída del derecho de renunciar á la comunidad y además está obligada á las deudas con los acreedores más allá de su emolumento. De lo que se sigue que no puede ejercer la hipoteca legal en los bienes personales de su marido, en perjuicio de los acreedores de la comunidad. Si en el recurso de la comunidad subrogó á un tercero su hipoteca legal dicha subrogación no tendrá efecto para con los acreedores, pues la mujer no puede transmitir al

1 Pont, t. I, p. 510, núm. 483. Carette, Disertaciones, en Sirey, 1849, 1, 465, y 1849, 2, 449.

subrogado derechos que no tiene, y los que tiene el subrogado en virtud de la subrogación debe ejercerlos como lo hubiera hecho la mujer. (1)

Por aplicación del mismo principio se ha juzgado que la mujer no puede ceder al subrogado más derechos que los que ella tiene. En la especie había subrogado un tercero acreedor á su hipoteca legal. La mujer tenía una indemnización que ejercer contra su marido por el puato de una obligación que había firmado solidariamente en provecho de aquél. Muere ella; sus hijos aceptan pura y sencillamente primero la sucesión de la madre acreedora á la indemnización; su derecho se hallaba así extinguido por confusión; de aquí la consecuencia de que la subrogación de hipoteca se hacía ineficaz, puesto que la hipoteca misma estaba extinguida. (2) Lo cual prueba que la cesión ó la subrogación de hipoteca no es para el tercero cesionario ó subrogado más que una garantía eventual é incierta, como lo es el crédito de la mujer. Cuando la mujer no tiene devoluciones que ejercer la subrogación decae. (3)

1 Denegada, 30 de Abril de 1849 (Daloz, 1850, 1, 117).

2 Orleáns, 16 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 2, 156).

3 Denegada, Sala Civil, 26 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 732.)