

La subrogación

Miguel Ángel Zamora y Valencia

1. INTRODUCCIÓN

La palabra subrogar significa la acción de “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”.¹

Por ello, puede decirse que existe una subrogación real, cuando se substituye una cosa por otra y personal, cuando se substituye una persona por otra.

Este ensayo tratará de la subrogación personal en materia jurídica.

La subrogación personal tiene lugar, cuando una persona toma el lugar de otra y en materia jurídica, cuando la persona que substituye a la otra, adquiere los derechos y toma a su cargo los deberes de la persona a quien substituye.

Técnicamente, la subrogación se presenta cuando una persona substituye a un acreedor en una relación obligacional. Cuando se substituye al deudor, toma el nombre de delegación.

Para que existas subrogación es necesario que exista una obligación válida y que un tercero (nunca el deudor) pague total o parcialmente la prestación debida al acreedor.

En la subrogación existen tres sujetos:

- a) El acreedor original, llamado subrogante,
- b) El tercero (subrogado), que es la persona que paga y por ello, substituye al acreedor; y
- c) El deudor.

La ley (Código Civil)² estudia esta figura, para regular las relaciones que se establecen entre las tres personas que intervienen, cuando una persona, sin ánimo de hacer una donación, paga una deuda o crédito ajeno. Así, es indispensable, para que exista subrogación, que exista el pago de una obligación.

La subrogación tiene como objetivo fundamental, el cambiar la persona

¹ Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, 19ª ed., Madrid, 1970.

² Código Civil para el Distrito Federal. Los números entre paréntesis hacen referencia a este código.

del acreedor antiguo en la obligación en que se da, por quien le hace el pago y ello, implica que el nuevo acreedor, tenga la misma posición jurídica que tenía el anterior; esto es, que tenga el mismo derecho (no otro diferente), las mismas garantías y en su caso, los mismos privilegios que el subrogante.

Desde el punto de vista jurídico, no todo pago trae como consecuencia una subrogación, ni todo pago trae como consecuencia la extinción de la obligación, y por ello, es necesario hacer un análisis del pago.

La subrogación no es una figura que se aplique con frecuencia dentro del marco de los negocios cotidianos por varias razones; la primera, porque muy pocas personas tienen un interés en pagar una deuda ajena con una incierta esperanza de recuperar lo pagado, ya que, en primer lugar, existe una tendencia fuerte de no meterse en asuntos ajenos en donde no lo están llamando y por otra parte, que si no hacen el pago, no tendrá la incertidumbre de recuperar lo pagado.

1.1. VENTAJAS

Tradicionalmente³ se han señalado como ventajas de la subrogación, las siguientes:

A. Para el subrogado (tercero pagador):

- a. Una vez que ha pagado o que pretende hacerlo, tiene una mayor certeza para recuperar lo pagado, que su simple acción quirografaria.
- b. Tiene un ambiente mejor para la inversión de su capital.

B. Para el subrogante (acreedor):

- a. Suprime la inquietud de la posible insolvencia de su deudor y
- b. Cobra de inmediato el importe de su crédito.

C. Para el deudor:

- a. Obtiene un plazo, generalmente adicional, para el pago de su deuda.
- b. Se libra de la posibilidad de una demanda inmediata.
- c. Puede tener un mejor acercamiento con su acreedor, ya que el subrogado no hubiera hecho el pago si hubiera considerado difícil entablar pláticas con él.

¿Puede la subrogación dañar a terceras personas?

Cuando existe una obligación, el deudor puede tener no sólo esa deuda,

³ Entre otros autores, ver: *Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1996, p. 992.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Las Obligaciones*, Segunda Parte, Tomo VII, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002. Edición original, Cultural, S.A., La Habana, 1936, pp. 557-586.

sino tener otras y por lo tanto existir otros acreedores del mismo deudor; puede que el deudor esté garantizando la obligación con una hipoteca y que el bien hipotecado esté garantizando varias deudas y por lo tanto existir hipoteca en primero, segundo o ulterior lugar, y también puede ser que existan uno o más fiadores de esa obligación y a tales acreedores y fiadores, se les considera terceros en esta relación y por lo tanto es procedente la pregunta a contestar.

La respuesta es categórica. No, la subrogación no puede perjudicar a los mencionados terceros.

Cuando existen varios acreedores de un deudor y los bienes de éste no sean suficientes para pagarles a todos, siempre habrá quienes tengan una preferencia con respecto a los demás, para ser pagados con los bienes del deudor, ya sea porque al originarse la obligación se haya garantizado el crédito con un derecho real (prenda o hipoteca) y por disposición legal es necesario que exista esa preferencia, ya sea porque los interesados la establezcan voluntariamente o porque la ley la imponga; en este caso, bajo el principio de que quien es primero en tiempo es primero en derecho. Cuando las obligaciones no están garantizadas con un derecho real, se les llama obligaciones quirografarias y están garantizadas con todos los bienes del deudor, hasta donde alcance su valor (2964) y la ley impone una preferencia para ser pagadas⁴ y así existen acreedores preferentes y no preferentes que pueden ser de primera, de segunda, de tercera y de cuarta clase.

Cuando por el pago de una obligación, el solvens se subroga en los derechos del acreedor, no perjudica a los terceros antes precisados, porque éste sólo ocupa el lugar del acreedor pagado y por lo tanto no puede, por ese motivo tener un derecho mejor que el de tales terceros, sino que conservará siempre el grado de prelación que legalmente le corresponda al subrogante. Por lo que respecta a los fiadores, a éstos no les afecta en nada la subrogación, porque ellos están obligados a pagar la deuda en los términos en que hayan convenido (tomando en cuenta que pudieron afianzar la obligación por cantidad menor al monto de la obligación garantizada) ante el incumplimiento de pago por parte del deudor.

2. EL PAGO Y SUS CONSECUENCIAS

Ya se dijo que para que exista subrogación son indispensables dos requisitos; que exista una obligación válida y que un tercero pague la prestación debida (generalmente en dinero) al acreedor. Como consecuencias de ese pago, se puede subrogar el tercero en lugar del acreedor.

Por tal motivo se impone la necesidad de estudiar quien puede pagar una obligación y que efectos pueden producirse relacionados con el pago.

⁴ Ver Título Primero de la Tercera Parte del Código Civil, artículos del 2964 al 2998.

El pago o cumplimiento de una obligación, puede hacerlo el deudor o un tercero.

En principio, se tiene en mente el criterio de que el pago extingue la obligación. Es más, al estudiar la extinción de las obligaciones, se tiene en cuenta que el modo principal de extinción, es precisamente el pago.

El efecto natural de la obligación es su pago. Las obligaciones se generan para ser cumplidas. No tiene sentido el hecho de generar una obligación si no se ha de cumplir. Toda persona honesta y responsable es consciente de la necesidad de cumplir con sus obligaciones.

Sin embargo, es muy importante precisar quien hace el pago y en qué concepto, para determinar cuál es su efecto. La ley establece que el pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquier otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación (2064); sin embargo esa disposición, es atemperada por los siguientes artículos cuando señalan que el pago también puede ser hecho por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con el consentimiento expreso o presunto del deudor (2065), por un tercero ignorándolo el deudor, y por un tercero contra la voluntad del deudor.

Ahora bien, es preciso señalar que efectos produce el pago cuando no lo hace el deudor. No hay duda, si el pago lo hace el deudor, el efecto inmediato es la extinción de la obligación.

Pero si el pago lo hace un tercero, deben de hacerse varios distingos:

A. Ya se indicó que si el pago lo hace el deudor, extingue la obligación.

B. Si el pago lo hace un representante del deudor, el efecto jurídico es exactamente igual que si lo hace el deudor; ya que el representante por necesidad, actúa a nombre del deudor; para efectos jurídicos, es el deudor.

C. Si el pago lo hace un tercero que no tenga interés en el cumplimiento, si obra con el consentimiento expreso o presunto del deudor, extingue la obligación, pero nacerá de inmediato, como consecuencia de ese pago, otra obligación diferente en beneficio del tercero pagador, ya que la ley establece que en ese supuesto el tercero obra como si fuera un mandatario y por lo tanto le permite exigir al deudor la misma prestación que fue objeto de la obligación pagada, más los accesorios que se originan para un mandatario, al realizar los encargos de su mandante, como serían la remuneración o retribución al mandatario que paga, el reembolso de lo pagado, el pago de un interés legal por las sumas erogadas y el pago de daños y perjuicios que hubiere sufrido (2549, 2577 y 2578). Así lo dispone el artículo 2096 cuando establece que en ese supuesto se observarán las disposiciones relativas del contrato de mandato.

D. Cuando el pago se hace por un tercero que no tenga interés en el cumplimiento, ignorándolo el deudor, (se entiende sin su consentimiento

expreso o presunto y también sin su oposición) extingue la obligación, pero nace otra que faculta al pagador a exigir del deudor, sólo lo que hubiere pagado, si el acreedor consintió en recibir una suma menor a la debida (2070).

E. Si el pago lo hace un tercero contra la voluntad del deudor, también extingue la obligación, pero asimismo nace otra por virtud de la cual, el pagador podrá exigir del deudor solamente la cantidad en que le hubiere sido útil el pago (2071).

F. Cuando el pago se hace por un tercero que tenga interés jurídico en el pago, pueden darse diversos efectos:

a. Si el que paga se encuentra en alguno de los supuestos del artículo 2058 (cuando el que paga es también acreedor del deudor y paga a otro acreedor preferente, cuando un heredero paga con bienes propios algunas deudas de la herencia, cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición y en general cuando el que paga tiene un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación), la obligación así pagada no se extingue, y el efecto que produce ese pago es que el pagador, se subroga por ministerio de ley, en los derechos del acreedor pagado. Esto significa que no se requiere el consentimiento y voluntad del acreedor para subrogar sus derechos al tercero pagador, sino que por imperativo de la ley, sin necesidad de declaración expresa del acreedor, el tercero pagador se subroga en sus derechos, tanto directamente en relación con el crédito como en las garantías y accesorios que tuviere aquel. A esta subrogación doctrinalmente se le llama subrogación legal.

b. Puede darse el caso de que el pague sea un tercero que no tenga interés jurídico, pero que convenga con el acreedor en pagarle siempre que éste le subrogue en sus derechos y en su caso garantías respecto del deudor y que celebren un contrato en esos términos. En ese supuesto, la obligación no se extingue y por ese acuerdo, el tercero se subroga en los derechos del acreedor pagado. La ley no reglamenta expresamente la subrogación convencional, pero no existe ningún inconveniente legal en poder pactarla, con fundamento en la libertad contractual, que implica la posibilidad de celebrar cualquier contrato que tenga un interés para las partes, como para incorporar a un contrato todas cláusulas que las partes estimen pertinente establecer (ver artículos 1838, 1796 y 1859); es más, para darle efectividad a la subrogación legal, en la práctica, es necesario complementarla con un contrato entre acreedor y solvens; y

c. De conformidad con el artículo 2059, cuando la deuda fuera pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el di-

nero fue prestado para el pago de la misma deuda. El contrato de mutuo celebrado entre el deudor y el tercero es el que debe constar en título auténtico y declarar en el que el préstamo es para el pago de aquella deuda. A este contrato se le conoce en doctrina como mutuo subrogatorio y a la subrogación, como una subrogación consentida expresamente por el deudor, no por el acreedor, como sería el caso de la fracción anterior.

G. Por último, puede efectuar el pago un tercero sin tener interés jurídico en el pago y sin ubicarse en alguno de los supuestos de los incisos del B al F anteriores, pero sin ánimo de hacerle al deudor una liberalidad (donación).

Habría que estudiar el caso concreto, pero adelantando posibilidades, podría pensarse que el tercero actuó como gestor oficioso y en ese caso se aplicarían las disposiciones contenidas en los artículos del 1896 al 1909, y especialmente tendría ese tercero el derecho a exigir del deudor lo que hubiere pagado y los gastos que le hubiere ocasionado (1903) y los intereses legales correspondientes (1904); y si no pudiera encuadrarse su actuación dentro del marco de la gestión de negocios, el tercio podría ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa (ilegítimo) en contra del deudor (1882).

3. CLASES

Existen dos clases de subrogación:

- La convencional, convenido entre el acreedor y el tercero, y
- La legal. Dentro de ésta, puede señalarse que existen dos clases, la que se origina simplemente por el hecho de que el "solvens" (el tercero) pague la obligación y la ley lo subroga en el lugar de ese acreedor (subrogación legal general), y la subrogación que se da, como consecuencia de un contrato de mutuo celebrado entre el deudor y el tercero (subrogado), en el cual se declara que el dinero mutuado se entrega para pagar con él al acreedor subrogante, debiendo constar el contrato en título auténtico (mutuo subrogatorio).

La subrogación convencional. La subrogación convencional no está actualmente regulada o precisada en el código, pero nada impide convenirla entre acreedor y tercero, ya que el contrato que la origina, no está prohibido ni es contrario a las buenas costumbres, y con fundamento en los principios de la libertad contractual, es perfectamente válido el contrato que la contenga. Si se pueden celebrar contratos que no estén especialmente reglamentados (1858) y en los contratos reglamentados o no se pueden pactar todas las cláusulas que los contratantes estimen pertinentes (1839), pueden válidamente celebrarse contratos en que se estipule, por voluntad entre acreedor y tercero, que al pagar este último la obligación prevista en el contrato al

primero, el acreedor subroga al tercero (solvens) en su lugar dentro de la obligación, con todas las garantías y accesorios que este tenía frente a su deudor.

La subrogación convencional debe de ser expresa, sin duda alguna, hay que declarar así que el acreedor subroga al "solvens" (subrogado) en su derecho crediticio y debe ser concomitante con el hecho de recibir pago. Si se deja pasar un lapso entre el pago y la declaración de subrogación, puede válidamente considerarse que por el pago la obligación se extinguió y si la obligación se extingue, no puede haber subrogación, porque la subrogación implica necesariamente la existencia de la misma obligación. En la subrogación no se extingue una obligación (entre acreedor y deudor) y nace otra (entre el deudor y el tercero pagados), sino que precisamente la razón de ser de ella es la subsistencia de la misma obligación, en la que sólo cambia la persona del acreedor, y por ello, la obligación conserva, para el subrogado, las garantías y accesorios del subrogante. Sala sobrando decir que para que opere la subrogación, es necesario que sea precisamente el subrogado quien haga el pago de la obligación. Claro, el subrogado puede hacer el pago por su propio derecho o legalmente representado, ya que desde el punto de vista jurídico, es lo mismo que una persona realice por su propio derecho un acto jurídico a que lo realice otra persona en su representación, ya que ésta, por necesidad actúa a nombre del representado.

La subrogación legal general. La subrogación legal, la impone la ley, dice el precepto (2058) "por ministerio de la ley", esto es, sin necesidad de declaración expresa entre el acreedor y el tercero que le paga la obligación y sin necesidad del consentimiento del deudor, por el simple hecho de que el que paga, subrogado, tenga un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

El artículo 2058 parece establecer cuatro casos de subrogación general: Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente (fracción I); cuando un heredero paga con bienes propios una deuda de la herencia (fracción III); cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición (fracción IV) y cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación (fracción II). Se indica que el artículo "parece establecer" cuatro casos de subrogación, porque si se analizan esos supuestos, en realidad puede considerarse que las fracciones I, III y IV del artículo, señalan supuestos en que el tercero que paga, tiene interés jurídico en el cumplimiento de las obligaciones y por ello, podría bastar con que artículo estableciera la subrogación en todo caso en que se tuviera un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

El mutuo subrogatorio. El artículo 2059 establece que cuando la deuda fue pagada por el adeudo con dinero que un tercero le prestare con ese objeto,

el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esa circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que expresas su respectivo contrato.

Para aclarar esta operación, es conveniente poner un ejemplo: Existe una obligación por la cual DD debe pagar a su acreedor AA la cantidad de cien mil pesos dentro del plazo de seis meses y para garantizarle el pago, le entregó a través de un contrato de prenda una motocicleta y se convinieron intereses a razón del uno por ciento mensual. Faltando diez días para el vencimiento del plazo, no teniendo DD el dinero para hacer el pago de su obligación, le solicita a FF un préstamo por ciento diez mil pesos, para poderle pagar a AA su crédito y sus intereses. Para que proceda la subrogación por ministerio de la ley en este caso, es necesario un primer requisito, que el contrato de mutuo entre DD y FF conste en un título auténtico. El contrato de mutuo, en principio, es un contrato consensual; esto es, que no requiere de una formalidad determinada para su validez y por lo tanto podría celebrarse válidamente en forma verbal o por escrito privado con o sin testigos, pero si así se celebrare en este supuesto, ese contrato no constaría en un título auténtico. Para que conste en título auténtico, o se ratifica el contenido del contrato y se ratifican las firmas de los otorgantes ante Notario, o se celebra en escritura pública (también ante Notario). El Notario es el funcionario que le da autenticidad a los contratos civiles. Además, para conseguir el efecto subrogatorio, es indispensable, es necesario, por disposición del precepto (2059) que en ese contrato de mutuo se declare "que el dinero es prestado para el pago de la deuda que tiene DD con AA. Si se satisfacen ambos requisitos, que el contrato conste en título auténtico y en él se declara que el préstamo fue pagado para pagar esa deuda, FF se subroga, por ministerio de la ley, esto es, sin necesidad de declaración expresa en ese sentido en el contrato y sin necesidad del consentimiento de AA en la subrogación, en el lugar del acreedor, se conserva por lo mismo la misma obligación (el pago no extingue esa obligación, sino que se conserva vigente) y el subrogado FF adquiere también la categoría de acreedor real prendario y como tal puede exigir de AA o de cualquier detentador la entrega de la motocicleta, que estaba garantizando la obligación.

Si falta alguno de los dos requisitos antes precisados, el acreedor FF sólo tendrá los derechos que exprese su título. Lo normal, sólo tendrá el derecho quirografario de obtener como cualquiera acreedor de este tipo, el cumplimiento de su obligación, con todos los riesgos de la insolvencia de su deudor.

La diferencia entre celebrar un contrato de mutuo en documento privado, ratificando las firmas de los otorgantes ante Notario o celebrar el contrato en escritura pública, es que si se celebra en escritura pública, el primer

testimonio (primera copia) que expide el Notario al mutuante, es un título que trae aparejada ejecución y por lo tanto es base de un juicio ejecutivo, con todas las ventajas que acarrea esta situación y al mutuante le puede convenir en cierto momento, ejercitar una acción ejecutiva y no una acción hipotecaria o prendaria. En cambio, si el contrato se celebra en documento privado ratificadas las firmas ante Notario, sólo le da acción al mutuante para un juicio ordinario.

A este contrato "mutuo subrogatorio" se le puede considerar como un contrato solemne. En efecto, los actos solemnes, son aquellos en que la ley exige una forma determinada para que se produzcan ciertos y determinados efectos y que si no se cumple con esa forma específicamente determinada, no se producirán esos efectos especialmente previstos, aunque se produzcan otros diversos. Aquí, la ley establece: Si se celebra el contrato de mutuo en título auténtico en que se declare que el dinero prestado es paga el pago de la obligación (esto es pura forma; ya que es forma el título auténtico y es forma la declaración), se producirá el efecto subrogatorio, por ministerio e la ley; y si no se cumplen esas formalidades no se produce el efecto subrogatorio, aun cuando se produzca el efecto de crear una obligación quirografaria en beneficio del nuevo acreedor.⁵

Es muy importante establecer que esta clase de subrogación (que se genera a través del mutuo subrogatorio, no tiene nada de lógica. Entre paréntesis para el autor el derecho no es lógico, es jurídico, es útil, es necesario, es socialmente deseable y es congruente, pero no tiene por qué ser lógico). El que una persona pague a un acreedor con dinero que otra le presta para esa finalidad y que por tal motivo el mutuante en esta última operación se subrogue en el lugar del acreedor pagado, no tiene nada de lógica.

Es importante conocer cuál es el origen de esta figura. Tanto Marcel Planiol, en su *Tratado Elemental de Derecho Civil* como los hermanos Mazead, nos lo señalan. Los tratadistas Mazead indican:

851. Origen de la subrogación consentida por el deudor. En el curso de las guerras religiosas, los réditos del dinero habían alcanzado una tasa elevada. El préstamo con interés estaba prohibido, se había burlado por la práctica de las rentas perpetuas, operación que consistía en enajenar un capital contra una renta anual perpetua. El reembolso de ese capital no era exigible por el acreedor (acreedor de la renta) —la renta era perpetua—; pero el deudor (deudo de la renta) tenía la facilidad de redimirla para poner fin a la operación; existía entonces *rescate o redención de la renta*. En 1576, la tasa de la renta anual era del "uno por doce" (el doceavo del capital), o sea el 8.33%. Conm el retorno a la prosperidad y a la seguridad que señaló el reinado de Enrique IV, los réditos del dinero experimentaron una importante baja; eran de "uno por dieciséis", o sea, del

⁵ Respecto a los contratos solemnes, ver: ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Cíviles*, Porrúa, México, 2009, pp. 19 y 61.

6.25% en 1601, Los deudores de las rentas deseaban, pues, redimir las rentas que debían al uno por doce, para contratar otras nuevas al uno por dieciséis; pero les era precisa encontrar los fondos necesarios, y para ello dar algunas garantías, especialmente hipotecas, a los nuevos prestamistas. Ahora bien, los acreedores de las rentas se negaban naturalmente a cedérselas al subrogarlos. Para aliviar la situación de los deudores de las rentas. Enrique IV les facilitó la operación decidiendo, en la declaración de mayo de 1609, que el deudor podía consentir por sí mismo la subrogación.

Pero cabía temer entonces una colusión entre el deudor y uno de sus acreedores, con detrimento de los restantes acreedores. Un deudor que reembolsaba con su propio dinero a un acreedor hipotecario se colocaba en el primer rango; para procurarse a continuación dinero ofreciendo una garantía al nuevo prestamista, subrogaba fraudulentamente a éste en la hipoteca del acreedor pagado precedentemente; el nuevo prestamista pasaba a así por delante de los demás acreedores. Para impedir semejante fraude, la declaración de 1609 imponía ciertos requisitos de forma, que fueron completados por una sentencia de reglamento del Parlamento de París, del 6 de Julio de 1690, denominada "Sentencia de las subrogaciones". Los redactores del Código Civil se limitaron a reproducir esos requisitos en el artículo 1,250, inciso 2º... Los requisitos de validez de la subrogación... son los que había establecido el antiguo derecho francés para asegurar que el subrogado ha prestado realmente al deudor el dinero con el cual ha sido satisfecho el acreedor. Se precisa que el documento del préstamo y el recibo dado por el acreedor pagado se otorguen ante notarios... en el documento del préstamo debe declararse que el dinero prestado tiene por finalidad pagar al acreedor, en cuyos derechos se subrogará el prestamista. En el recibo entregado por el acreedor se deberá precisar que el pago se ha hecho con la suma prestada por el subrogado. Estos requisitos constituyen una garantía muy seria para los terceros porque son aptos para evitar los fraudes.⁶

4. PAGO HECHO POR UN ACREEDOR A OTRO PREFERENTE

Para que sé dé este supuesto, es necesario que existan varios acreedores de una misma deuda, y que uno de ellos, pague a otro acreedor que sea preferente. El acreedor pagador, se subroga en los derechos del pagado.

Si uno de esos acreedores (solvens) entrega el dinero al deudor y éste después lo entrega al otro acreedor, no habrá subrogación.

El efecto del pago hecho por un acreedor a otro preferente, es que el que paga conserva dos créditos diferentes en cuando a su graduación preferencial. Uno, el que tenía de origen (por ejemplo puede ser de grado cuarto) y el otro, el que paga (ejemplo de grado segundo) y no es posible legalmente hacer un solo crédito de ambos, con el grado preferente del acreedor pa-

⁶ MAZEAUD, Henri y León, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen III*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1978, pp. 134-136.

gado, porque tal subrogación o mecanismo perjudicaría a los demás acreedores (en el ejemplo, perjudicaría al acreedor en tercer grado) y además de que la ley no lo autoriza, por un principio de congruencia jurídica, un acta celebrado entre dos personas, no puede perjudicar a un tercero, si éste no presta su consentimiento o la ley impone ese efecto; los efectos del acta jurídico son, en principio entre quienes lo celebran.

5. LA FORMA DE LA SUBROGACIÓN

El principio general en materia de forma, que es la manera en que las partes exteriorizan su voluntad para formar el consentimiento, es que es libre, esto es, que las partes pueden escoger libremente la forma que quieran en la celebración de los contratos, excepto cuando la ley expresamente exige una forma determinada (1832).

La subrogación puede actualizarse:

A. Mediante el acto jurídico del pago. Subrogación legal.

B. Mediante un contrato entre el acreedor y el tercero, por virtud del cual el acreedor subroga al tercero en su derecho al crédito y garantías. Subrogación convencional; y

C. Mediante un contrato de mutuo entre el deudor y el tercero (subrogado) y posteriormente el acto jurídico del pago que hace el deudor a su acreedor con el dinero recibido del tercero. Mutuo subrogatorio.

Es muy importante tener en cuenta que una cosa es el efecto jurídico que consiste en el cambio del sujeto acreedor en la relación obligacional (se substituye el acreedor por el solvens) y otra la prueba de la subrogación y efectividad de la misma, esto, es, que en la práctica, el subrogado pueda ejercitar plenamente sus derechos.

El artículo 2058 establece que “la subrogación se verifica por ministerio de la ley y *sin necesidad de declaración alguna de los interesados*”. El efecto el cambio del acreedor en la relación obligacional, no requiere de declaración alguna de los interesados, pero el ejercicio de sus derechos por parte del subrogado, no sólo va a requerir de declaraciones sino de diferentes actos, dependiendo de la clase de subrogación de que se trate y de si la obligación es quirografaria o si es real.

A continuación se precisan ambos aspectos en las diferentes clases de subrogación.

1. En la subrogación legal, puede existir un solo acto jurídico, que es el pago que hace el tercero (subrogado) al acreedor (subrogante). En la subrogación legal, basta con que el tercero haga el pago, por tener un interés jurídico, para subrogarse por ministerio de ley, en los derechos del acreedor y en sus garantías y privilegios. En esta materia el pago es generalmente la entrega de una suma de dinero y por lo tanto no requiere de formalidad al-

guna. Sólo si el acreedor se negare a recibirlo o se negare a entregar el documento justificativo del pago (2088), el tercero debería acudir a la autoridad judicial y hacer la consignación correspondiente y aquí sí tendría el pago una forma determinada, que sería por escrito y obtener previamente el billete o certificado de depósito en una Institución Financiera.

En este caso, pueden darse varios supuestos: que la obligación sea quirografaria; para que el subrogado pueda hacer ejercicio de su derecho, debe notificar al deudor que se ha operado la subrogación y que, por ende, debe pagarle el crédito y sus accesorios al subrogado y no al subrogante.

Que la obligación esté garantizada con una prenda en que el bien se haya entregado en forma real al acreedor. En este caso, el sólo acto jurídico del pago que origina la subrogación, es ineficaz para que el subrogado haga ejercicio de su derecho real prendario. Si escoge el camino de la subrogación convencional, se evitaría muchos problemas, tales como exigir judicialmente la entrega del bien pignorado al ex-acreedor, si éste se niega a la entrega o se desconoce su paradero, o a exigir la entrega a personas, a quien el acreedor se las haya entregado.

Que la obligación esté garantizada con una prenda en que el bien se haya entregado jurídicamente (no en forma material) al acreedor. En este caso, para que el subrogado pueda ejercitar su derecho como acreedor prendario, primero deberá obtener un título auténtico de la subrogación, la notificación también auténtica al ex acreedor, su consentimiento expreso en la subrogación o la declaración judicial de haber operado esa subrogación, ante su negativa a otorgar ese consentimiento, para poder hacer la inscripción registral y la inscripción de ese título en el Registro Público de la Propiedad.

Que la obligación esté garantizada con una hipoteca. En este caso, para que el subrogado pueda ejercitar su derecho hipotecario, la subrogación por el simple hecho del pago, debe completarse con una escritura pública debidamente inscrita en el Registro público de la Propiedad con todos los antecedentes y requisitos que establece el Código Civil, la Ley del Notariado y demás disposiciones legales aplicables a los bienes inmuebles, lo que ya no es simple.

Que la obligación esté garantizada con fianza. En este caso, deberá notificarse fehacientemente al fiador o fiadores la subrogación, para que les surta efecto.

Como se aprecia, ese simple pago "sin necesidad de declaración alguna de los interesados" en la práctica resulta, en muchos casos totalmente ineficaz para garantizar los derechos del subrogado.

2. En la subrogación convencional, el contrato que celebran entre acreedor y tercero, no requiere forma alguna determinada, impuesta por la ley y

por lo tanto, basta con cualquier modo de exteriorizar la voluntad de los contratantes, para que el contrato desde el punto de vista de la firma, sea válido. Se aplica aquí la regla general antes indicada (1832).

Lo anterior es aplicable si la obligación no está garantizada con fianza, prenda o hipoteca, ya que si tal fuera el caso, deberán satisfacerse los requisitos antes apuntados, para hacer de tal subrogación un mecanismo eficaz.

Por lo anterior, esta figura no es común ni normal en la práctica y por ello es preferible celebrar contratos, generalmente en escritura pública cuando el monto de la obligación es importante, de cesión de derechos o del contrato, para darle al cesionario (nuevo acreedor) los elementos necesarios para garantía de su inversión.

3. El mutuo subrogatorio, en cambio, no sólo es un contrato formal, sino como ya se indicó, es un contrato solemne. Para que se dé el efecto subrogatorio, es indispensable que la forma del contrato reúna dos requisitos: Que conste en título auténtico y que en él se declare que el dinero mutuado se destine al pago de la obligación en la que el tercero subrogará al acreedor. Ya se indicó que, si no se reúnen esos dos requisitos de forma, no se producirá el efecto subrogatorio, y sólo se producirán los efectos normales de todo contrato de mutuo. Además, es indispensable que el deudor, haga el pago con ese crédito a su acreedor. No basta la celebración del contrato de mutuo entre deudor y tercero, sino que es indispensable que se le pague al acreedor para que el tercero se subrogue en sus derechos y garantías. Por un principio de coherencia, mientras al acreedor no se le pague la obligación, no podrá nadie subrogarlo. Tampoco este pago requiere de formalidad especial alguna. Para efectos de prueba, es conveniente que el acreedor extienda un recibo por escrito al deudor, sin que tal documento deba tener una forma determinada.

Ya se indicó que en esta operación del mutuo subrogatorio, el efecto se produce sin el consentimiento del acreedor, es más, se produce aún en contra de la voluntad del acreedor. Si al acreedor se le cumple su obligación en los términos establecidos en el acto de su origen, no puede legalmente oponerse al pago, porque en nada lo perjudica y si de hecho lo hiciera, la ley otorga al deudor el derecho a su consignación.

Sin duda alguna, puede y de hecho es aconsejable que tanto el contrato de mutuo subrogatorio como el pago y el recibo de éste de hagan en un mismo acto.

En el mutuo subrogatorio, podría cuestionarse si el deudor puede disponer del derecho del acreedor para subrogar al tercero. Legalmente, el deudor no subroga, la ley es la que establece el efecto subrogatorio, si se dan requisitos para ello.

Ya se indicó que el título auténtico puede consistir en un documento privado ratificado ante Notario o en la escritura notarial.

Si la obligación, base de la subrogación está garantizada con fianza, prenda o hipoteca, para darle al nuevo acreedor todos las facilidades para ejercitar sus derechos, es necesario celebrar el contrato en escritura pública y cumplir con los requisitos de notificación al deudor si no compareció al acto, de entrega del bien pignorado, en su caso, o de obtener el documento y su inscripción en el registro Público de la Propiedad, si existe una prenda sin entrega de posesión al acreedor o una hipoteca, como antes se ha indicado; requisitos que debe satisfacer el Notario que intervenga en esa escritura.

6. LA SUBROGACIÓN Y LA SOLIDARIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 2004 establece "La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria". La ley establece lo anterior, porque son dos figuras diferentes por su origen y por sus consecuencias.

La obligación es divisible cuando tiene por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles, cuando esas prestaciones no pueden ser cumplidas sino por entero (2003).

Por su parte, la obligación puede ser solidaria activa o pasiva. Será solidaria activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, dada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación y habrá solidaridad pasiva, cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad la prestación debida.

Estas obligaciones se parecen en que en ambas es necesario que existan o varios sujetos activos, acreedores y/o varios sujetos pasivos, deudores.

El acreedor solidario puede remitir total o parcialmente la deuda, la puede novar y la puede compensar. "Art. 1991 La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación".

En cambio, uno de los acreedores de obligación indivisible, no puede por sí solo perdonar el débito total ni recibir el valor en lugar de la cosa (2007), lo que equivaldría a novarla o a celebrar un contrato de dación en pago y la misma razón legal que inspira ese precepto, le impide extinguir por sí solo extinguir la obligación por novación, compensación o confusión.

El artículo 2060 establece además que no habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible, en cambio nada impide que haya subrogación en obligaciones solidarias.

Si un tercero paga una obligación indivisible no se subrogará (parcialmente y por lo tanto tampoco totalmente) en los derechos del acreedor. Para que tal subrogación pudiere operar, se necesitaría que la subrogación fuera convencional y que se tuviera el consentimiento de todos los acreedores.

7. LA SUBROGACIÓN Y EL DERECHO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Cuando se celebra un contrato de compraventa en abonos o con reserva de dominio, la ley otorga al vendedor una garantía especial ante la eventualidad del incumplimiento en el pago total del precio por parte del comprador. Tal garantía es el pacto comisorio; que puede ser tácito o expreso y el expreso puede quedar sólo en el contrato con efectos entre las partes, o puede ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, si los bienes objeto del contrato de compraventa son inmuebles o bienes muebles identificables indubitadamente. Los efectos de ese pacto comisorio son diferentes si se celebra de una u de otra forma, pero de lo que no existe duda, es de que el vendedor tiene la garantía, en el supuesto del incumplimiento en el pago, de poder demandar la resolución del contrato, con la consecuencia de obtener la restitución del bien vendido, más una indemnización por el deterioro sufrido por la cosa en poder del comprador y otra por el uso que éste haya hecho de la cosa, ambas fijadas por peritos.

Si un tercero paga a ese vendedor el saldo del precio (o la totalidad si el contrato se celebró con la obligación de pago total del precio en forma diferida, que en sus efectos se compara a la compraventa en abonos), no se ve donde pueda estar su interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, para concluir que se ha subrogado en los derechos del vendedor y en particular en el derecho a considerarse subrogado, por ministerio de la ley, en el derecho a la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de pago del comprador.

Consecuentemente, por la falta de un interés legal, en ese supuesto no habrá subrogación legal.

Pero, si por convenio entre el vendedor y el tercero, éste paga a aquel el saldo o la totalidad del precio de la compraventa y el vendedor subroga en su lugar al tercero, ¿también lo subroga en el derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento de su obligación de pago del comprador?

No existe duda de que por la subrogación convencional, el tercero se convierte en acreedor del comprador por el pago del crédito que éste debía al vendedor, más sus accesorios normales como serían los intereses pactados y los moratorios, pero existe una duda seria, si la acción resolutoria del contrato de compraventa es un accesorio de la obligación del pago del precio.

Puede pensarse que la acción revocatoria es una acción que le compete exclusivamente al vendedor, para recuperar o la propiedad del bien vendido (si el contrato se celebró como compraventa en abonos) o la disponibilidad del bien (si el contrato de compraventa se celebró bajo el régimen de compraventa con reserva de dominio) y la posesión del bien en ambos casos y por ello, un tercero que nunca fue propietario pueda por ese medio

convertirse en dueño, por el incumplimiento de la obligación del pago total del precio de esa compraventa.

De conformidad con el artículo 2993 fracción VIII, el tercero tendrá, sin duda una preferencia en el pago de su crédito, como consecuencia de la subrogación (convencional) para ser pagado con el valor del objeto del contrato de compraventa, pero no el ejercicio de la acción revocatoria.

Para que convencionalmente se transmita a un tercero el derecho a la revocación del contrato por incumplimiento de la obligación de pago del comprador en los contratos de compraventa en abonos o con reserva de dominio, no basta con que el tercero pague al vendedor el precio de la compraventa, sino que exista una cesión de contrato, con la intervención necesaria del comprador y la satisfacción de todos los requisitos tanto civiles como administrativos en ese contrato.

Desde un punto de vista estricto, son dos operaciones diferentes la que origina la subrogación convencional (el pago en que sólo interviene el vendedor y el tercero) y la cesión de contrato, en que deben intervenir tanto el vendedor como el comprador y el tercero, para que se convenga en que el tercero adquiera todas las obligaciones y derechos que tenía el vendedor y se considere como vendedor para todos los efectos del contrato, y así existe no sólo la subrogación del crédito sino del contrato. Además, las consecuencias de tal operación serían distintas si el contrato de compraventa es en abonos o si fue con reserva de dominio, ya que en el primer caso, el tercero que paga el precio no adquiriría por ese hecho y por la subrogación la propiedad del bien, ya que requeriría una transmisión que a su favor hiciera el comprador, quien ya había adquirido antes, como consecuencia de la compraventa en abonos esa propiedad (y en el contrato de subrogación convencional celebrado sólo entre el vendedor y el tercero, si se operara esa transmisión de dominio, el vendedor estaría vendiendo cosa ajena) y si se pactó el contrato con reserva de dominio, debería de haber una transmisión expresa del bien al tercero, con todas las consecuencias tanto civiles como fiscales, como consecuencia del incumplimiento del comprador del pago del precio, y tal transmisión no le está permitida sin consentimiento del comprador (2313).

Si se celebra un contrato de compraventa en abonos o con reserva de dominio y el comprador, con posterioridad paga totalmente el precio de la operación, se cumple totalmente la obligación del comprador y ello, deja sin efecto tanto el pacto de reserva de dominio que se convino sólo como garantía del pago del precio, como el pacto comisorio, que también se convino como garantía del pago del precio. Una vez pagado totalmente el precio, la compraventa se perfeccionó y se operó la translación del dominio, si con tal reserva se celebró el contrato y se extinguió el pacto comisorio si tal fue el pacto. Si las partes quisieran dar marcha atrás a esa compraventa, devolviéndose mutuamente precio y cosa, en realidad no estarían rescindiendo el

contrato de compraventa, sino celebrando otra compraventa diferente, en la cual sería vendedor el comprador en la anterior y comprador el vendedor en la anterior y se originarían los efectos tanto civiles como administrativos y entre ellos los fiscales, normales de toda compraventa.

El mecanismo de considerar posible una subrogación convencional en los derechos del vendedor con reserva de dominio o en abonos, puede ser un mecanismo de fraude a la ley, para encubrir una rescisión voluntaria de la compraventa entre vendedor y comprador, no obstante que de hecho ya se hubiera pagado totalmente el precio de la compraventa y una compraventa posterior entre el comprador y un tercero, sin el pago de los impuestos que tal operación originaría, como serían, los impuestos de adquisición de bienes inmuebles por la compraventa vendada (reventa) entre el comprador y el vendedor en abonos o con reserva de dominio y la compraventa entre el vendedor original y el tercero.

8. EFECTOS GENERALES

Los efectos de la subrogación son los mismos, ya se trate de la legal o la convencional.

Aún cuando la obligación es la misma que existía entre el acreedor y el deudor, se transmite el derecho de crédito del acreedor al tercero subrogado, con todos sus accesorios, como son:

Las garantías que pudiera tener el acreedor, como serían sus derechos prendarios o hipotecarios, si se celebraron los contratos de prenda o hipoteca para garantizar el crédito.

Las fianzas que hayan otorgado terceros para garantizar el pago del crédito.

Si el crédito consta en título auténtico, la acción ejecutiva (Art. 443 del Código de Procedimientos Civiles).

El derecho a continuar un pleito ya iniciado por el acreedor (subrogante).

9. EFECTOS DEL SUBROGADO ANTE EL PAGO PARCIAL

Si el tercero (solvens) sólo paga parcialmente, sólo podrá ejercitar parcialmente las acciones que tenga en contra del deudor y el acreedor conservará su acción por la parte no pagada de la obligación.

Se presenta una duda. ¿Tiene el acreedor un derecho preferente para ser pagado frente al subrogado parcial? Podría considerarse que el acreedor no subroga en su perjuicio y por ello, como primero en tiempo, tiene un derecho preferente para ser pagado con el valor de los bienes del deudor, especialmente ante a un deudor parcialmente insolvente, frente al subroga-

do. En el derecho mexicano, no existe por ley y un derecho preferente para ninguno de los dos y por lo tanto puede considerarse que lo tienen igual.

Es claro que si la subrogación es convencional, se puede pactar una preferencia ya sea a favor de una o de otra parte.

10. ACCIONES QUE TIENE QUIEN PAGA UNA DEUDA AJENA, CON INTERÉS JURÍDICO

Si un tercero paga una deuda al acreedor y tal pago se ubica dentro de los supuestos de la subrogación legal (2058 y 2059) el “solvens” tiene dos acciones: Una, la que le corresponde como acreedor subrogado, que es la misma que le correspondía al acreedor pagado, y otra, la que se origine del antecedente del pago, como persona interesada en el cumplimiento de la obligación, que como ya se dijo al estudiar el pago, puede ser que lo haya hecho como un gestor de negocios o en virtud de una autorización del deudor y entonces se equipara al mandato y tendría la acción que da la ley al mandatario para recuperar lo pagado. Esta conclusión es importante, porque pudiera resultar que al ejercitar una acción y no otra, el actor tuviera cierta ventaja, como por ejemplo, que en la acción como subrogado del crédito no causara interés o un interés más bajo que el legal y en cambio si hiciera ejercicio de otra acción como la del mandato, tuviera derecho a un interés legal. Puede tener además, si el contrato de mutuo subrogatorio se celebra en escritura pública, la acción ejecutiva.

11. DIFERENCIA ENTRE LA SUBROGACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS

El acreedor que recibe el pago de un tercero en la subrogación legal, no tiene la obligación de garantizar la existencia de la obligación y por lo tanto crédito pagado (la ley no impone esa obligación); en cambio, el acreedor que cede su crédito a un tercero, sí tiene esa obligación, con la única excepción de que la cesión se hubiere hecho respecto de un crédito con el carácter de dudoso (2042).

12. UTILIDAD DE LA SUBROGACIÓN

Es conveniente recapacitar sobre la utilidad de cualquier figura, para poder utilizarla en forma adecuada y para poder recomendarla, si fuera el caso. Esta figura no tiene una gran aplicación práctica y en algún caso que podría ser de utilidad a una persona, el abogado o el Notario, por desconocimiento o por lo difícil de su aplicación, no la recomienda.

Para el estudio de este tema, es necesario distinguir si la subrogación es convencional o legal.

En la subrogación convencional, no se puede discutir si la subrogación tiene o no utilidad para el subrogado. Al celebrar el contrato entre el acreedor y el "solvens", ya verá éste si se conviene o no, o si le reporta o no una utilidad, como en cualquier contrato. Toda proporción guardada, es como inquirir si una compraventa le reporta utilidad o no al comprador. En la celebración de cualquier contrato, no tiene ninguna importancia si su celebración le reporta o no utilidad a las partes, ese es un asunto que queda fuera del estudio de los contratos; es un asunto personal de las partes y no afecta en nada ni a la reglamentación ni a los efectos del contrato.

Adquiere importancia analizar esa utilidad cuando la ley establece la subrogación legal, para determinar si es conveniente que se reglamente en la ley, si es conveniente mantenerla, o es conveniente para la población que se introduzca en la ley cuando no se prevé.

La utilidad de la reglamentación de la subrogación legal, debe verse desde el punto de vista del subrogado, que es la persona que motiva al supuesto jurídico con su pago, para que se produzca el efecto de darse la subrogación "por ministerio de la ley".

Al acreedor no le interesa en lo más mínimo que el que pague sea el deudor o un tercero, con tal que se le pague la obligación. Jurídicamente, el efecto primordial de las obligaciones es su pago. Lo que la ley y todo interesado en materia jurídica, le interesa, le importa y siente la necesidad de que las obligaciones se cumplan. Podrían encontrarse casos de excepción en que a un acreedor no le interesaría el cumplimiento por parte de su deudor en el pago de la obligación, cuando el acreedor actúa en forma egoísta y de mala intención, como cuando se ha pactado un interés excesivo y el deudor es un buen pagador; o cuando el acreedor tiene un ascendiente social o laboral sobre el deudor y quiere mantenerlo en su beneficio. Pero la ley no debe proteger intereses mezquinos y por ello, permite que cualquier persona pueda pagar una obligación, tenga o no interés y aún en contra no sólo de la voluntad del acreedor, sino de la del deudor.

Así, al acreedor en primer lugar no le interesa, en principio quien le pague, con tal de que la obligación se cumpla. Si no le reporta ninguna utilidad quien sea el que pague, menos le reporta utilidad y menos le interesa si el que paga se subroga en sus derechos o no se subroga. Ese asunto queda fuera de su control e interés. En la subrogación convencional, sí que le interesa y por ello está conforme en la celebración del contrato con el "solvens", ya que posiblemente de otra manera no podría cobrar su crédito.

Sin lugar a dudas, al deudor también le interesa. Sin duda alguna, el cambio de acreedor le permite un respiro para poder cumplir con su obligación, ya que lo libra de una demanda inminente. Además le permite planear con tiempo la forma de cumplir con posterioridad. También le permite tratar con un nuevo acreedor la posibilidad de ampliar el plazo, de reducir

intereses, de lograr una remisión parcial, etc. En la subrogación legal, todas estas ventajas, no dependen de él, dependen sólo y exclusivamente del "solvens", que es quien paga y que no se puso de acuerdo ni con el acreedor ni con el deudor al hacer el pago.

Si desde el punto de vista práctico, la subrogación no le interesa mayormente ni al acreedor ni al deudor, por lo anterior, debe analizarse si es de utilidad o no la subrogación para el "solvens" subrogado.

Análisis de la utilidad o no de los supuestos de la subrogación legal: Existe subrogación legal "por ministerio de la ley" (artículo 2058):

A. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente.

Nada impide que un deudor tenga varias obligaciones a su cargo y varios acreedores. Además, cuando eso sucede, por regla general, los bienes del deudor no alcanzan a pagar, en un momento dado, el total de todas sus obligaciones y por ello, la ley establece grados de prelación entre los acreedores, tanto cuando las obligaciones están garantizadas con un derecho real de prenda o de hipoteca o cuando se sujeta a deudor a concurso de acreedores. A estos acreedores se refiere esta fracción del artículo 2058.

Es un principio de derecho, que los actos jurídicos realizados por una persona no deben causar perjuicio a otra que no ha intervenido en el acto, si la ley no lo autoriza expresamente. Los actos jurídicos y entre ellos los contratos, sólo benefician o perjudican a los que intervienen en su celebración (*res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*).

Ahora bien, cuando un deudor tiene varios acreedores y entre ellos existe un grado de prelación para cobrar, significa que si el valor libre de los bienes del deudor no alcanza para pagar a todos los acreedores, primero se le pagará a quien tenga el grado primero; si queda efectivo para pagar al segundo, se le pagará a este y no a uno de ulterior grado, y así sucesivamente.

Las obligaciones en ese caso, puede decirse que tienen un grado de prelación al igual que los acreedores y ese grado no puede variar en beneficio de uno de los acreedores y en perjuicio de otro u otros, si los perjudicados no consienten en el cambio.

Si un acreedor de cuarto grado paga una obligación de segundo grado, jurídicamente tiene dos obligaciones diferentes: La que tenía de cuarto grado, conserva su grado y su monto, y la que paga de segundo grado, conservará también su grado y su monto y no podrá haber confusión entre ellas, para sumar el importe de ambas y dar a la nueva obligación el grado segundo, porque la ley no lo autoriza y porque estaríamos dañando al acreedor de tercer grado. Así, con el valor libre de los bienes del deudor, se pagará, en su momento, en primer término la obligación en primer grado, si queda efectivo, se pagará la obligación del subrogado que era la del acreedor en segundo grado, en su monto original, si aún queda efectivo se pagará la obligación en tercer grado y así sucesivamente.

¿Qué ventaja o beneficio tuvo el acreedor que al pagar a un acreedor preferente se subrogó en su derecho? Ninguno. Porque a lo más que pudo haber aspirado es a recuperar lo pagado, después de haber sido pagado el acreedor en primer grado. Esto es, corrió el riesgo de no recuperar ni lo pagado, si el valor libre de los bienes del deudor no alcanza a cubrir totalmente al acreedor en primer grado y totalmente el crédito de la obligación en segundo grado, en que se subrogó. Si no ha pagado esa obligación en segundo grado, tendría el importe de la misma en su patrimonio, sin necesidad de correr ningún riesgo. Por ello, se le aconsejará que no haga tal pago a un acreedor preferente, ni siguiera al acreedor en primer grado, pues podría no recuperar totalmente el crédito y sus accesorios, si el valor libre de los bienes del deudor no alcanza para su pago. Además se ahorrará todos los gastos, problemas, angustias y molestias del procedimiento judicial de cobro.

B. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.

En este supuesto, el "solvens" tampoco tiene una utilidad. Toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario; eso significa que los herederos y legatarios no tienen obligación de pagar las deudas de la herencia con sus bienes propios. Todas las deudas de la herencia se deben pagar con el activo de la misma.

Si el valor libre de los bienes de la herencia no alcanzan a cubrir todas las deudas, por insolvencia quedan sin ser pagadas.

Si el heredero tiene bienes propios y con ellos paga a un acreedor de la herencia, está cambiando la seguridad de tener a buen recaudo sus bienes, para tener un crédito, como consecuencia de la subrogación que operó a su favor, en contra de la sucesión, con el riesgo de que los bienes de ésta no alcancen a cubrir lo que él ha pagado. Si alcanzan a cubrir su crédito, no ganó nada, sino sólo recuperar lo que pagó, sin tener obligación de hacerlo, pero las molestias, angustias, gastos y tiempo para recuperar lo pagado, no los recuperará nunca.

C. Cuando el que paga tiene un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

A este supuesto pueden aplicarse los mismos argumentos que los asentados en los incisos anteriores para decir que quien paga no van a tener ninguna ventaja o utilidad.

Cualquier utilidad que pudiera reportarle la subrogación que se opera a su favor por ministerio de la ley, la puede llegar a tener, con toda claridad, a través de un contrato de subrogación convencional con el acreedor.

El hecho de librar a un deudor de una demanda inminente; del pago de intereses altos; de la angustia de tener un acreedor implacable; etc., son be-

neficios para el deudor, no para el "solvens" subrogado. El deseo de hacer una liberalidad disfrazada, haciendo un pago con subrogación y después no exigir el cobro del crédito, también es en beneficio del deudor, pero no del subrogado.

D. El mutuo subrogatorio.

Igual que a los supuestos anteriores, no le reporta al prestamista ningún beneficio o ventaja especial. Que le hace al deudor un favor, sin discusión. Que le quita problemas, es cierto. Que le puede permitir obtener más créditos, sin duda. Pero ventajas o beneficios al prestamista, ninguno.

E. El comprador de un bien hipotecado, que paga a un acreedor hipotecario.

Esta subrogación, sí beneficia al comprador. En el caso de que llegue a sufrir la pérdida del bien, como consecuencia del ejercicio por parte de un tercero de una acción reivindicatoria o una acción de nulidad, el comprador, al subrogarse en los derechos del antiguo acreedor hipotecario, puede recuperar lo pagado de ese crédito.

Se remite al lector, a lo ya precisado en el inciso correspondiente a la compraventa de un inmueble hipotecado.

No obstante que es, prácticamente el único supuesto en donde se ve la gran utilidad de la subrogación legal, en la práctica, ningún Notario la aconseja, y existen cientos de casos, en que un propietario deudor hipotecario, vende su inmueble porque los réditos y el pago de los abonos a capital lo tienen en una situación muy difícil, de la cual no podría salir, si no es vendiendo el inmueble, para pagar con parte del precio, el crédito hipotecario.

Lo que los Notarios aconsejan es que se firmen simultáneamente el contrato de compraventa y con parte del precio pagar el crédito para hacer la cancelación de la hipoteca. Pero como el que paga es el deudor, no existe subrogación y no tiene el comprador las ventajas de la subrogación. En otros casos, el deudor pide un anticipo al comprador y con él paga a su acreedor, para así vender ya libre del gravamen el bien al comprador. También aquí el que paga es el deudor y por ello no hay subrogación, benéfica al comprador.

Para tomar una decisión es conveniente analizar el título de propiedad del vendedor. Si exista una duda razonable de que un tercero pudiera ejercer una acción reivindicatoria o una acción de nulidad o de rescisión de su título y el comprador insistiera en celebrar el contrato de compraventa se le recomendaría hacer el pago al acreedor y subrogar en su calidad de acreedor hipotecario. El problema se le presentará cuando su Notario le diga que no sabe cómo hacer esa subrogación para poderla inscribir en el Registro Público de la Propiedad y hacerla eficaz en contra de los posibles reclamantes en un juicio de reivindicación, de nulidad o de resolución del contrato por incumplimiento.

13. LA SUBROGACIÓN EN LA COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE HIPOTECADO

El deudor hipotecario es el propietario del bien y por lo tanto puede ejercer sobre él, los derechos y obtener los beneficios que la ley le otorga. Entre ellos, puede enajenarlo. En principio, los actos que realice el propietario no deben perjudicar al acreedor hipotecario. Por ello, el deudor puede enajenar el bien por medio de un contrato de compraventa.

La persona interesado en adquirir el bien mediante el pago de un precio cierto y en dinero, puede celebrar la compraventa de varias formas:

A. Pactando que del precio de la compraventa, pague al vendedor la diferencia entre el precio convenido y el monto del crédito garantizado con la hipoteca, y tomando a su cargo el pago de ese crédito en favor del acreedor hipotecario; pago que podrá hacer a continuación o con posterioridad, dependiendo de las circunstancias en que se haya originado el crédito. Puede ser que entre el acreedor y el deudor del crédito (que puede ser o no al mismo tiempo deudor hipotecario) se haya convenido un plazo que aún no vence al momento de la celebración de la compraventa y por ello, el comprador no tendría la necesidad de pagar de inmediato ese crédito). En este caso, existe una cesión de deuda, que puede operar sin el consentimiento del acreedor, ya que no lo perjudica, ya que conserva la obligación de pago de su deudor y además, en virtud de que conserva su derecho real hipotecario en garantía del cabal cumplimiento de las obligaciones del deudor y puede estar recibiendo sus réditos con toda puntualidad por parte del comprador, que puede tener una mayor solvencia para ese efecto que el deudor, quien por requerir de numerario se vio en la necesidad de vender el bien.

En esta operación no hay subrogación.

Si el bien fuera adjudicado a un tercero como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, el comprador no podría recuperar la parte del precio pagado por él. Hay que tomar en cuenta aquí, que en este caso, el comprador no pagó la totalidad del precio de la compraventa, ya que no pagó la parte del crédito hipotecario y por ello, pierde lo que le pagó al vendedor. No recupera lo pagado al vendedor porque incurrió en incumplimiento en el pago total del precio y sólo podría recuperar parte del valor del bien, si el remate se hubiera hecho en una cantidad que alcance a pagar al acreedor hipotecario y no hubiera más acreedores preferentes, con lo que tendría derecho a la diferencia entre el precio de adjudicación y el crédito hipotecario.

En este mismo caso, si el bien se pierde para el comprador por el ejercicio de una acción reivindicatoria o por una acción de nulidad, tendría el derecho al saneamiento por esa evicción en contra de su vendedor; in-

demnización que presumiblemente no lograría, ante la insolvencia del vendedor.

B. Pactando con el vendedor que en el momento de la celebración del contrato, el comprador pague del precio de la compraventa, entregando al acreedor hipotecario el monto de su crédito y el saldo, ya sea que lo pague al vendedor o que se lo quede a deber y se comprometa a pagarlo en cierto plazo.

En este supuesto sí existe subrogación, ya que encuadra exactamente en la fracción IV del artículo 2058 que establece: "La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:... IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición".

Si el comprador necesita hacer ejercicio de sus derechos preferenciales como acreedor hipotecario y ejercer la acción hipotecaria, sin lugar a dudas que los tendrá que oponer a terceras personas, que pretendan un derecho en contra del vendedor y por ello, es necesario que en el Registro Público de la Propiedad aparezca tanto la existencia del derecho real hipotecario sobre el bien, como el monto del crédito garantizado y el titular del derecho real.

En el Registro Público de la Propiedad, no se presume la subrogación. Si se presenta un testimonio de una escritura en donde consta que se pagó al acreedor hipotecario el monto de su crédito y se hace constar la compraventa, como una consecuencia del pago del crédito, este se extingue y por lo tanto se presume que se extingue el derecho accesorio de hipoteca. Establece el artículo 2941 fracción II "Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso, la extinción de la hipoteca... II. Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía". El artículo 2919 señala que "La hipoteca nunca es fáctica ni general y para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro" por lo que existe el principio de que las hipotecas secretas no producen efectos contra terceros y por ello la falta de una declaración expresa de la constitución de la hipoteca y su falta registro, constituye un derecho para los terceros que pretendan un derecho sobre el bien.

Parecería, por la redacción del artículo 2058 cuando establece que "sin necesidad de declaración alguna de los interesados", que no es necesario asentar expresamente cuando se celebra un contrato de compraventa de un bien hipotecado, que el comprador que paga el crédito hipotecario se subroga en los derechos del acreedor.

Hay que tomar en cuenta que la forma de ese contrato es la escritura notarial y el Notario debe prever toda aquella circunstancia o hecho que pudiera afectar los intereses de las partes en los contratos en que interviene. Si el comprador que paga el crédito hipotecario se subroga en los derechos del acreedor, el Notario debe hacerlo constar así, señalando que subsiste el

mismo crédito ahora con un nuevo acreedor y por lo tanto subsiste la garantía hipotecaria y debe solicitar al Registro Público de la Propiedad, no sólo la inscripción del contrato de compraventa a favor del comprador, sino la subrogación de éste en el crédito y en la garantía hipotecaria, con fundamento en el principio de rogación contenido en la fracción VI del artículo 12 de la Ley Registral para el Distrito Federal; por lo tanto esa expresión "sin necesidad de declaración alguna de los interesados", es más gramatical o literaria que jurídica.

Como en ese caso sí hay subrogación y si se cumplen las formalidades antes indicadas, el caso de darse la pérdida del bien a consecuencia de una acción reivindicatoria ejecutada por un tercero o como consecuencia de una acción de nulidad, de resolución o de rescisión de ese contrato de compraventa, el comprador podrá recuperar, a través del ejercicio de la acción hipotecaria, lo pagado al anterior acreedor hipotecario, aun cuando lo pagado al vendedor como parte del precio de la compraventa le resulte muy cuestionado recuperarlo por su posible insolvencia, sin que esto sea obstáculo para que haga ejercicio de sus acciones de saneamiento en caso de evicción.

C. Que se celebre el contrato de compraventa y se haga comparecer al acreedor hipotecario y que se convenga en que el vendedor reciba del precio de la operación sólo la diferencia entre éste y el monto del crédito hipotecario; que el comprador se obligue a pagar al acreedor hipotecario con su consentimiento el importe de su crédito insoluto y que éste libere al vendedor, antiguo deudor.

En este caso no hay subrogación, porque no se ha pagado al acreedor su crédito. Si el comprador perdiera el bien como consecuencia de la acción hipotecaria, no recuperaría ni lo pagado al vendedor ni al acreedor hipotecario y sólo tendría derecho a que se entregara el saldo del precio de la adjudicación en remate si existiera alguno, después de haber pagado a los acreedores; y si lo pierde como consecuencia de una acción reivindicatoria o de una acción de nulidad, resolución o rescisión, sólo tendría el derecho de exigir a su vendedor la indemnización del saneamiento, por la evicción sufrida, con todos los riesgos de la insolvencia de éste; y

D. Caso en el que el comprador paga la totalidad del precio al vendedor y éste a continuación paga con parte del precio el crédito a su acreedor hipotecario.

En este caso no hay subrogación y por ello, si el comprador llegare a perder el bien por el ejercicio de una acción reivindicatoria o por acciones de nulidad, de revocación o rescisión, no podría recuperar lo pagado al acreedor hipotecario y sólo conservaría como en los casos anteriores, una acción de indemnización por saneamiento, en contra de su vendedor, con todos los riesgos de su posible insolvencia.

14. CONCLUSIONES

De lo expuesto se puede concluir:

PRIMERO. Que la subrogación es una figura muy poco estudiada.

SEGUNDO. Que no es fácil su operación, cuando la obligación preexistente está garantizada con una fianza o con prenda o hipoteca.

TERCERO. Que tiene muy poca utilidad práctica y por ello, tiene muy poca aplicación en el medio mexicano actual.

CUARTO. Que una verdadera utilidad la tiene cuando el comprador de un bien inmueble para a un acreedor hipotecario que tiene su derecho con anterioridad a la celebración de la compraventa, pero que ni los abogados ni los Notarios, aconsejan su celebración.

QUINTO. Que esta figura es apropiada sólo cuando se quiere hacer un favor al deudor, para darle una mejor oportunidad de cumplir con su obligación, pero tiene poco interés tanto para el acreedor como para el tercero subrogado.

15. BIBLIOGRAFÍA

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1996.
- MAZEAUD, Henri y León, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1978.
- PLANOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Las Obligaciones*, Segunda Parte, Tomo VII, edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002. Edición original, Cultural, S.A., La Habana, 1936.
- ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, Porrúa, México, 2009.