

## TITULO IV.

### DE LAS OBLIGACIONES.

(CONTINUACIÓN).

### CAPITULO VII.

#### DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

(CONTINUACIÓN).

*SECCION I.—Del pago.—(Continuación).*

*ARTICULO 3.º Del pago con subrogación. (1)*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

*Núm. 1. Objeto de la subrogación y fundamento jurídico.*

1. En principio, el pago extingue la obligación de una manera absoluta; es decir, respecto de todas las personas

1 Renusson *Tratado de la Subrogación*, París, 1701, 1 vol. in-4º. (Hay ediciones que dicen *Dernusson*.) Moulón, *Tratado de las subrogaciones personales*, 1 vol. in-8º. París, 1848. Gauthier, *Tratado de la subrogación de personas*, 1 vol. in-8º. París, 1853.

interesadas y con todos sus accesorios, las cauciones, privilegios é hipotecas. Cuando se extingue la deuda principal, cesa de haber accesorio, porque no puede haber accesorio sin principal; el sentido común está de acuerdo con el derecho en decir que las garantías estipuladas para asegurar el pago de una deuda dejen de tener razón de ser desde el momento en que se paga la deuda.

Esto es elemental, y ni siquiera tiene interés cuando el deudor es quien paga; las cauciones se descargan y los privilegios é hipotecas se extinguen; nadie tiene interés en que las cauciones perduren, y en que las garantías reales subsistan. No sucede lo mismo cuando un tercero paga por el deudor. Ya hemos dicho que ese tercero tiene siempre acción contra el deudor, acción de mandato, de gestión de negocios ó de *in rem verso*, pero esta acción es personal, sin garantía alguna, y un deudor que no paga no ofrece seguridades. Así, pues, el tercero que paga tendría sumo interés en prevalerse contra el deudor del crédito primitivo, de los derechos del acreedor á quien le paga. Esto se verifica mediante la subrogación que pone al tercero en el lugar mismo del acreedor; de suerte que él puede ejercitar todos los derechos que pertenecían al acreedor, cauciones, privilegios é hipotecas.

La subrogación presenta el mismo interés cuando el deudor ha pagado con dinero prestado. Es dificultoso que encuentre un prestamista dispuesto á procurarle la suma que necesita para cubrir su deuda, aunque pudiera tener ventajas en cubrirla. Los capitalistas no dan sus fondos al deudor que no paga lo que debe, exigen seguridades; cuando el crédito que se trata de pagar está amparado con garantías personales ó reales, consentirán en facilitarle las sumas que necesite, si por su parte, el deudor puede ponerlos en el mismo lugar que el acreedor, subrogándolos en los derechos de éste.

Hay en seguida personas interesadas en que la deuda se solvete. El fiador, y el codeudor solidario tienen en ello interés; porque en tanto que la deuda subsista, están personalmente obligados, y pueden ser demandados de un momento á otro. Si pagan, prestan un servicio tanto al deudor como al acreedor; y ¿no es justo que puedan ellos invocar los derechos del acreedor á quien quitan todo interés? Los que son detentores de inmuebles tienen el mismo interés en pagar las deudas por las cuales están gravados sus bienes, y pueden invocar las mismas consideraciones de equidad para ser subrogados en los derechos del acreedor.

2. Bajo el punto de vista práctico es fácil justificar la subrogación. Aprovecha á quien hace el pago, porque sucede en los derechos del acreedor ó que desinterese, y estas garantías accesorias le aseguran el reembolso de las cantidades que procura. El acreedor recibe lo que se le deba y lo que quizás no habría recibido de su deudor. En cuanto á los terceros interesados en la extinción de la deuda, fiadores y acreedores hipotecarios, no pueden quejarse de que se mantiene la deuda, porque el pago con subrogación no cambia su posesión; porque ¿qué les importa que el crédito exista á favor del subrogado ó á favor del subrogante? Respecto á ellos, la deuda no puede extinguirse definitivamente sino cuando el deudor la ha pagado; hasta entonces el fiador sabe que se mantendría su caución, y los acreedores propietarios posteriores deben esperarse á que los acreedores anteriores los pospongan; contrataron bajo tales condiciones.

Queda el deudor, que es el principal interesado en la subrogación, supuesto que se trata de un pago. Hay una subrogación que se hace por su iniciativa y que debe hacerse evidentemente por su interés: esto se verifica cuando pide prestado para pagar su deuda (art. 1,250, 2.º). En

cuanto á la subrogación legal, la ley la hace por motivos de equidad que el deudor tiene que aceptar; descargado respecto de su primitivo acreedor, está obligado respecto al subrogado; esto debe serle por lo menos indiferente, puesto que su obligación sigue siendo la misma. La subrogación que se hace á favor de un tercero que paga la deuda por el deudor, es generalmente un servicio que el tercero presta al deudor; por interés de la liberación es por lo que la ley permite que un tercero no interesado pague la deuda; es cierto que la subrogación puede hacerse sin que él lo sepa, y basta se acepte que pudiera hacerse contra su voluntad; pero ¿qué importa? El acreedor podría ceder su crédito á pesar del deudor, y la subrogación es más fácil al deudor que la cesión.

En definitiva, la subrogación concilia todos los intereses. La ley lo permite y la favorece, porque su objeto directo es un pago que exonera al deudor, y la liberación siempre es favorable. Tal es el principio fundamental en que se basa la subrogación que acompaña al pago, y por esta razón se le llama pago con subrogación.

3. Menos fácil es justificar la subrogación bajo el punto de vista jurídico. La doctrina y la jurisprudencia están divididas acerca de la cuestión de saber en qué consiste la subrogación. Un tercero paga al acreedor que consiente en subrogarlo en sus derechos. ¿En qué sentido es subrogado el tercero? ¿Substituye al acreedor de modo que el crédito pase á su cuenta? ¿Lo que ejercita en este crédito son las garantías accesorias que le son inherentes? ¿O se extingue el crédito por el pago y el subrogado no tiene más que la acción personal que nace del pago, acción de mandato ó de gestión de negocios, pero garantía por los privilegios, hipotecas y cauciones, que eran los accesorios del crédito que pagó el tercero, accesorios que la ley permite se transfieran, y que á veces ella misma transfiere?

Nosotros creemos que el crédito mismo, con todos sus accesorios, pasa del acreedor al subrogado; tal es la opinión que tiende á prevalecer en la doctrina y en la jurisprudencia, pero quedan aún muchas vacilaciones y muchas inconsecuencias.

Como los autores del Código han seguido en esta materia á Pothier, lo que antes que todo hay que consultar esta tradición. Ahora bien, la doctrina de Pothier no es dudosa. El define la subrogación: "Una ficción de derecho por cuyo medio se supone que el acreedor cede sus derechos, acciones, privilegios é hipotecas á aquél de quien recibe lo que se le debe." ¿Por qué Pothier no dice con más claridad y sencillez que se supone que el subrogante cede su crédito? Porque, según la sutileza del derecho, el crédito no puede cederse, porque consiste esencialmente en un lazo personal que la obligación crea entre el deudor y el acreedor, y este lazo no se transfiere de una á otra persona; por esto es que los juriconsultos romanos habían imaginado una cesión de acciones que el cedente hace al cesionario; este lenguaje ha seguido siendo el de Pothier; así, pues, su pensamiento es que todos los derechos que nacen de un crédito, pasan del subrogante al subrogado por medio de una cesión ficticia. Nuestro derecho moderno ignora la sutileza que caracteriza al derecho romano; el Código asimila por completo la cesión con una venta, y lo que se vende es el crédito. Luego si la subrogación es una cesión ficticia, debe inferirse de aquí que el crédito mismo del subrogante es lo que se transfiere al subrogado. En su tratado "De las Obligaciones," Pothier emplea siempre la expresión cesión de acciones, lo que equivale á decir que lo que se transfiere al subrogado es el crédito mismo. Las explicaciones que él da no dejan duda alguna acerca de su pensamiento: "La deuda, dice, no se supone extinguida: se considera que el crédito solventado á favor de aquél que

es subrogado, subsiste en todos los derechos que de él dependen. (1)

El mismo Pothier no es mas que el órgano de la tradición del siglo XVI, que fué el siglo de los grandes jurisconsultos. Dumoulin dice al hablar del subrogado: Sucede en todo el derecho y en un derecho tal como correspondía al cedente. En otra parte, dice que la subrogación no crea una nueva obligación, sino que siempre subsiste el antiguo crédito, salvo que la persona del acreedor cambie, y el subrogante es reemplazado por el subrogado. (2) Renusson se expresa en el mismo sentido; dice que los "derechos y acciones" son términos sinónimos que por lo común van juntos para marcar que el subrogado tiene el "mismo derecho" y la "misma acción" que el acreedor á quien sucede: el deudor permanece obligado con el nuevo acreedor subrogado, lo mismo que lo estaba con el antiguo que ha sido pagado; "no hay mutación de derecho, no hay mas que mutación del acreedor." (3) Hay una autoridad mayor que la de los jurisconsultos, y ésta es la del legislador. Pues bien, el primer edicto sobre la materia, el de Enrique IV, 1609, contiene las mismas expresiones, y, por consiguiente, el mismo pensamiento. "Queremos que estén y según estando de derecho en los derechos é hipotecas, nombres, (4) razones y acciones de los suprodichos antiguos acreedores, sin mas cesión ni translación de éstos."

El lenguaje del Código es el de la tradición que él ha consagrado. Según los términos del art. 1,249, "la subrogación en los derechos del acreedor en provecho de tercero, persona que le pague, es ó convencional ó legal." Así es que la subrogación consiste en dar al subrogado los "de-

1 Pothier, *Introducción á las costumbres de Orleans*, tit. XX, número 66, *Tratado de las Obligaciones*, núms. 519 y 522,

2 Dumoulin, *Trat. de usuris*, núm. 344 (*Op. t. II*, pág. 141).

3 Renusson, *de la Subrogación*, cap. IV, pág. 100, núm. 24.

4 *Nómina*, créditos.

rechos" del acreedor á quien le paga, todos los derechos, sin excepción; y ¿no es esto decir que el subrogado sucede en el crédito? porque ¿qué es el crédito sino los derechos que de él resultan? El art. 12,50, núm. 1, reproduce los términos de la definición de Pothier: "El acreedor que recibe su pago de tercera persona, la *subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas* contra el deudor." Si la subrogación trasladase únicamente al subrogado, las garantías accesorias del crédito ¿para qué había de hablar la ley de "derechos y acciones?" ¿Acaso, como dice Renussón, los derechos y acciones no implican que el tercero subrogado tiene contra el deudor los mismos derechos que corresponden al antiguo acreedor á quien substituye? El núm. 2 del art. 1,250, es más conciso á la vez que más expresivo: el deudor que pide prestada una suma para pagar su deuda, subroga al prestamista en los derechos del acreedor. No se trata de garantías, de caución, de hipoteca, de privilegio; el deudor translada al prestamista los derechos del acreedor, es decir, el crédito [con sus accesorios, porque tal es claramente el sentido de la expresión "los derechos." El Código habla, además, de subrogación en otros artículos, y siempre con el mismo lenguaje y el mismo pensamiento. Conforme al art. 874, el legatario particular que ha pagado la deuda de que estaba gravado el inmueble legado, permanece subrogado en los "derechos" del acreedor. Según los términos del art. 2,029, el fiador que ha pagado la deuda, queda subrogado en "todos los derechos" que el acreedor tenía contra el deudor." ¿Quién dice "todos los derechos" no dice ante todo el crédito de donde esos derechos derivan?

Los textos del Código reproducen fielmente la tradición. Esto debiera bastar para prevenir toda duda acerca del pensamiento del legislador. Por lo demás, las cuestiones

del Código lo han expresado con claridad en los discursos en donde exponían los motivos de la nueva legislación. Bigot Prémeneu, en la Exposición de motivos de nuestro título, dice: "Si el que paga se hace subrogar, cesa de haber pago, y entonces se trata de *translación* del crédito." Esto equivale á identificar de una manera absoluta la subrogación y la cesión, pero también es marcar enérgicamente el efecto de la subrogación: el mismo crédito es transferido al subrogado. Escuchemos al relator del Tribunalado, Jaubert, cuyo informe sobre el título "De las obligaciones" es una obra notable: "Si el acreedor recibe su pago de un tercero, puede transferir todos sus derechos á este tercero, con todos los privilegios inherentes á esos mismos derechos, hasta la pena corporal si de ello fuere el crédito susceptible." El lenguaje de Jauber es tan claro que no permite equívoco alguno; no puede decirse que la expresión "derechos y acciones" se refieren á las garantías accesorias del crédito; el relator del Tribunalado distingue con claridad, primero, los "derechos" del acreedor que todos son transferidos al subrogado, y después "todos los privilegios" inherentes á esos derechos, y con esto da á entender todas las garantías accesorias; cita la pena corporal que ciertamente no es un privilegio, sino una garantía accesoria; y como el crédito principal pasa al subrogado, síguese que los accesorios también le pertenecen. Por último, el orador del Tribunalado es igualmente explícito. "No hay, dice Mouricault, más que el pago liso y llano que excluya la deuda, el pago con subrogación la deja "subsistir." Así es, que el crédito, aunque pagado, no se extingue, sino que subsiste; luego el crédito es lo que pasa del subrogante al subrogado. (1)

1 Exposición de motivos, núm. 114 (Loaré t. VI, pág. 168) Jaubert, Dictamen, núm. 20 (Loaré, pág. 209) Mouricault Discursos número 37 (Loaré, pág. 250)

4. A nuestro juicio, la demostración es completa; el texto está de acuerdo con la tradición y con el espíritu de la ley para establecer que el crédito, tal como lo poseía el acreedor subrogante, es lo que se transfiere al tercero subrogado. Y tan evidente es esto, que pudiera preguntarse nos por qué insistimos tan extensamente en una cuestión que no lo es. Es porque la opinión contraria la sostiene el mejor de nuestros jurisconsultos modernos, y la doctrina de Merlin, aunque generalmente abandonada, ha dejado huellas en la jurisprudencia; (1) no hay más que un medio de poner término á las inconsecuencias, y es formular con toda claridad el principio. Asentándolo en bases inquebrantables, Merlin se distingue por la lógica; así es que debe sentirse mal en el terreno de las ficciones, y la teoría de la subrogación descansa toda ella en una ficción.

El Código no se sirve de la expresión "subrogación;" el párrafo II del capítulo que trata del pago se intitula: "Del Pago con subrogación." Este lenguaje dícese, es notable: la subrogación no hace más que acompañar al pago; la operación esencial, llamándola subrogación, consiste en pagar una deuda garantizada por derechos accesorios; ahora bien, el pago extingue el crédito, ¿cómo se pretende que el crédito extinto pase al subrogado? ¿La subrogación tendría la fuerza de hacer revivir un crédito que ha cesado de existir? Esto sería un milagro, y el derecho no conoce los milagros. Contestamos que la lógica es pésimo guía en el terreno de las ficciones. No tiene duda que el pago extingue la deuda y que una deuda extinguida no podría revivir. Pero el pago con subrogación no es un pago ordinario, sino un pago que no extingue definitivamente la

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *Subrogación*, sec. II, pfo. 1, y la consulta de Grappe profesor de Derecho, en las *Cuestiones de Merlin*, en la palabra *Subrogación de personas*, pfo. I, (t. XIV, pág. 388) Bugnet se ha afiliado á esta doctrina en sus *Notas sobre Pothier*, (t. II, páginas 136, 291 y 299).

deuda; que el momento mismo en que se pague la deuda, y antes de que se extinga, el acreedor transfiera sus derechos al subrogado. Esto no impide que haya habido pago, supuesto que el acreedor recibe lo que se le debe. Luego á un tiempo mismo hay extinción del crédito y translación de éste. Aquí entramos en el dominio de la ficción. ¿Cómo concebir que un crédito se extinga por el pago y se transfiera por la subrogación? Está extinguido respecto del acreedor, pero subsiste respecto del subrogado. Esto es absurdo, dice Merlin. Estamos de acuerdo; siempre hay un lado absurdo en las ficciones, puesto que se hallan en oposición con la realidad de las cosas. Si no se quiere el absurdo, deséchese la subrogación. Si se quiere mantener la subrogación, y se subentiende que Merlin no la mantiene, entonces es imposible eludir el absurdo que ella implica. Así es que Merlin no lo elude. El crédito se extingue, dice él, no pasa al subrogado, y con esto queda satisfecha la lógica, ¿Qué es, pues, lo que pasa al subrogado? Las garantías personales y reales que aseguraban el pago del crédito. ¿Pero no están también extinguidas esas garantías? Cuando el crédito principal se extingue por el pago, ¿puede concebirse que existan aún accesorios? Esto es más imposible aun de concebirse que la ficción del Código. ¿Cómo, la deuda garantizada por una hipoteca, se extingue y la hipoteca existe, hay un accesorio sin principal! La ficción del Código es más consecuente que la de Merlin, porque mantiene lo principal y lo accesorio; y ¿por qué singular ficción lo accesorio sobreviviría al principal, como lo quiere Merlin?

Merlin insiste y dice que hay un caso en que la ficción es imposible, porque carece de sentido. El deudor pide prestada una suma para pagar su deuda y subroga al prestamista en los derechos del acreedor (art. 1,250, núm. 1). Esto es lo ideal en materia de absurdo. Que se suponga

que el acreedor cede sus derechos, sea en buena hora; puede hacer una cesión real, luego es concebible que haga una cesión ficticia. ¿Puede el deudor ceder derechos que corresponden á su acreedor? ¿Y si esta cesión es un absurdo á la simple vista, no debe decirse otro tanto de la subrogación? El deudor no puede subrogar derechos que no le pertenecen, así como tampoco puede cederlos. Convenimos en que la subrogación choque con el derecho tanto como con el sentido común; no obstante, luego diremos por qué la ley la acepta. ¿Por ventura el sistema de Merlin elude este absurdo? El deudor no transfiere el crédito al prestamista, sea; pero ¿basta con esto para que la lógica quede á salvo? El deudor transfiere las garantías accesorias. ¿Es esto menos absurdo? ¿Acaso las garantías personales ó reales pertenecen al deudor? Ciertamente que nó, y, no obstante, dispone de ellas. Disponer de lo principal, se dice es el colmo del absurdo. ¿Y acaso es más racional disponer de lo accesorio sin lo principal? Repitámonos, que en el dominio de la ficción el sistema del Código es más consecuente.

Agrega Merlin que la subrogación, si es que transfiere al subrogado el crédito con sus accesorios, se confunde con la cesión que no es otra cosa que esa translación. Ahora bien, el Código trata de la subrogación en el capítulo "Del Pago;" le califica siempre de pago con subrogación, por lo que ésta no ocupa sino lugar secundario en esta operación, es una simple modalidad del pago. Luego, dice Merlin, esta teoría no es la del Código; no hay más que un medio de distinguir la subrogación de la cesión, y es limitar sus efectos á las garantías accesorias, mientras que la cesión es la translación del crédito mismo. Nuestra respuesta es siempre la misma. Merlin no quiere tener en cuenta la ficción que es la base de la subrogación. Tendría razón en decir que en nuestra opinión, se confunde lo que la ley dis-

tingue: la subrogación y la cesión; pero Pothier cuida de decir que la subrogación es una cesión ficticia y añade que tal ficción es absoluta; más adelante insistiremos acerca de este punto. (1)

5 Antes que todo, hay que completar la crítica que estamos haciendo de una opinión que tiene á su favor tan grande autoridad. ¿Por qué la ley consagra la ficción de la subrogación que choca á veces con el derecho tanto como con el sentido común? Es que quiere favorecer la liberación (núm. 2). ¿Qué se necesita para esto? Que el que paga ejerza todos los derechos útiles que pertenecían al acreedor, y no hay más que un medio de lograr este objeto, y es transferirle el crédito mismo. Si al subrogarlo no se dan más que los accesorios del crédito, los habría que no puedan pasar al subrogado. Desde luego, hay un obstáculo legal. La subrogación en las garantías accesorias del crédito sigue siendo una ficción más ilógica aún que la del Código. Ahora bien, no hay ficción legal sin ley, y la ley que la establece es de estrictísima interpretación; luego no se le puede extender fuera de los límites del texto. ¿Y qué dicen nuestros textos? Las únicas garantías accesorias de que hablan, son los privilegios, hipotecas y cauciones (art. 1,250 número 1, y art. 1,252). Luego estas son las únicas garantías que la subrogación transmite al subrogado. Hay otras en las cuales no podría suceder. ¿Podría el subrogado aprovecharse del título ejecutivo que el subrogante poseía? Según el texto del Código, no, y tampoco según el principio en el cual descansa la teoría de Merlin; el subrogado sólo tiene derecho á los accesorios del crédito; y la aparejada ejecución no es un accesorio del crédito, sino un accesorio del título, del acto, y el escrito auténtico ó el fallo son completamente extraños al crédito del subrogado que nace del mandato ó de la gestión de negocios; el título del subro-

1 Mourlon; *Repeticiones*, t. II, pag. 612 y sig.

gante no puede pasar al subrogado sino cuando sucede en todos los derechos del subrogante; es decir, si se le transfiere el crédito, tal como el acreedor lo tenía, como dice Dumoulin. Sucede lo mismo con el apremio y con la competencia mercantil. Para ser lógico, y no hay que serlo en un sistema que no tiene más fundamento que repugnancias lógicas; para ser lógicos, decimos, habría que rehusar al subrogado la hipoteca legal del acreedor, porque esta hipoteca no es inherente al crédito, sino que se da al acreedor en razón de su incapacidad, y semejante derecho no puede transferirse como accesorio, y es preciso que el crédito mismo sea transferido. (1)

En definitiva, el sistema de Merlin viene á parar en una subrogación incompleta, y este es el reproche más fuerte que pueda dirigírsele. El objeto del legislador es favorecer la liberación del deudor, y este objeto se consigue en la opinión que transfiere todos los derechos del acreedor al tercero que está dispuesto á pagarle; mientras que el objeto se malogra cuando el subrogado no sucede en todos los derechos del acreedor, porque lo que hay de incompleto en la subrogación le impide quizás pagar, y entonces no se hará la liberación. Esto equivale á decir que al querer el legislador favorecer la liberación del deudor creando una ficción, debía admitir la ficción completa.

6. No sabemos todavía en qué consiste esa ficción. Pothier es muy preciso: dice que la subrogación es una ficción de derecho por cuyo medio se supone que el acreedor cede sus derechos al que le paga. ¿Por qué es una ficción la subrogación? y en qué sentido esta ficción es una cesión? La subrogación acompaña al pago; éste es un verdadero pago, y todo pago extingue el crédito, así como sus accesorios. Tal es la realidad de las cosas. ¿Cómo concebir que un crédito extinguido exista aún y sea transferido con sus

1 Colmet de santerre, t. V, pág. 355, num. 189 bis II.

accesorios al subrogado? Quizá no sea por medio de una ficción. La ficción establecida por interés del subrogado, consiste en que se supone más bien que compró el crédito y no que lo pagó. La subrogación es, pues, una cesión ficticia. (1)

¿Y esa es también la teoría del Código? La palabra ficción no se encuentra en nuestros textos, ni la de cesión. Pero esto nada prueba. Trátase de definir la subrogación y de determinar su carácter jurídico, y el legislador retrocede ante las definiciones y no se ocupa en cuestiones que son del dominio de la doctrina. Luego el silencio de la ley nada prueba. Que la subrogación descansa en una ficción, es cosa que no podría negarse. Pothier acaba de decirnoslo y de probarlo. El pago hecho con subrogación es un verdadero pago, luego extingue el crédito, y, no obstante, el crédito se transfiere al tercero que paga al acreedor y esa es la ficción; es evidente. Igualmente cierto es que la ficción debe ser una cesión; es el único medio jurídico por el cual el crédito puede pasar del acreedor al tercero; así, pues, se supone que el tercero compra el crédito. Tales, en el fondo, la opinión de todos los autores; sólo que unos limitan la ficción á los accesorios del crédito, mientras que los otros la aplican al crédito mismo.

Los oradores del Gobierno y del Tribunado se expresan en el mismo sentido, y si no pronuncian el nombre, sí dicen la cosa. A decir verdad, la palabra cesión no es el término técnico de que el Código se sirve para indicar la venta de un crédito; el capítulo VIII del título "De la Venta," que trata de esta materia, se intitula: "De la *translación* de los créditos y otros derechos incorpóreos." Pues bien, Bigot Prémensu dice con todas sus letras, en la "Exposición de Motivos," que si el tercero que paga se hace subrogar en

1 Pothier, *Introduction à la Coutume de Orléans*, tít. XX. núms. 66 y 67.

los derechos del acreedor, esto no es ya un pago, sino una *translación* de la obligación. Esto es demasiado absoluto; más adelante el orador del Gobierno dice que el acto por cuyo medio el acreedor subroga al tercero que le paga en sus derechos contra el daudor, difiere de la translación del crédito; (1) en esto no hace más que seguir á Pothier que, después de haber dicho que la subrogación es una cesión ficticia, explica las diferencias que existen entre la subrogación y la cesión. Jaubert, que era un teórico, es más explícito: "Si el acreedor recibe voluntariamente de un tercero, puede *transladar* todos sus derechos á este tercero, que se convierte en cesionario." (2) Estos son los dos términos con los cuales se indica la venta de un crédito, una *translación-cesión*. Mouricault, el orador del Tribunado, se pone en el terreno práctico, y allí parece que no existe diferencia alguna entre la cesión y la subrogación. El que interviene, dice, para pagar al acreedor, y desea la subrogación, no tiene más motivo aparente que "adquirir" el crédito; preciso es que se dirija á los propietarios de ese crédito; (3) es decir, que hay compra del crédito por el subrogado.

7. Pudiera inferirse de las palabras del orador del Tribunado, que la subrogación es una verdadera venta; esto sería exceder su pensamiento; él no se proponía examinar si hay una diferencia entre la cesión y la subrogación, sino que indicaba como de paso cuál era el carácter de la subrogación; esto implica una translación de crédito; pero la translación es ficticia, porque, en realidad, hay un pago, y un crédito extinguido por el pago, no puede cederse. Luego hay que mantener el elemento de la ficción. Esto es muy

1 Exposición de motivos, núms. 114 y 128 (Loché, t. VI, págs. 168 y 170).

2 Jaubert, Diet. núm. 20 (Loché, t. VI, pág. 209).

3 Mouricault, Discursos, núm. 37 (Loché, t. VI, pág. 250).

importante, no solo bajo el punto de vista de la teoría, sino también para la aplicación de la ley. Si la subrogación fuera una verdadera venta, quedaría dentro del derecho común, y habría que interpretar las disposiciones de la ley de una manera extensiva, como se hace con todas las disposiciones concernientes á los contratos. Mientras que, si la subrogación es una ficción legal, es de la más estricta interpretación. Desde luego, es de derecho estricto, como lo dice la Corte de Poitiers, y no puede aceptarse fuera de los casos previstos por la ley; (1) en segundo lugar, debe restringirse en cuanto á sus efectos, á los límites que la ley ha trazado; es decir, que hay que ver en qué consiste la ficción, en provecho de quien se ha establecido y respecto de quien es extraña la ficción. Por no proceder conforme á un principio cierto en esta materia, es por lo que la jurisprudencia es tan vacilante y está tan llena de contradicciones.

Se ha fallado, por aplicación de este principio, que una factura de colocación no subroga al acreedor en los derechos de su deudor. En efecto, no hay en este caso, ni subrogación convencional en virtud del art. 1,250, ni subrogación legal en virtud del art. 1,251; luego no hay ninguna causa que permita que el acreedor pida contra el adquirente la resolución de la venta por falta de pago del precio. (2)

8. Vamos á ver otras consecuencias de nuestro principio; antes que todo, es preciso defenderlo contra los que niegan toda ficción asimilando enteramente la subrogación á una translación de crédito. Los primeros comentadores del Código se han engañado en esto; han tomado al pie de la letra lo que Dumoulin dice de los efectos de la subrogación; tiene el mismo efecto, dice, que si el crédito se hu-

1 Poitiers, 22 de Abril de 1825 (Dalloz, en la palabra *Privilegios é Hipotecàs*, núm. 2,351, 3º)

2 Orléans, 18 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,426, 3º).

biese vendido al subrogado. Esto es cierto en algún concepto, pero no quiere decir que la subrogación sea una venta. Esta es, sin embargo, la conclusión que Toullier deriva: No existe diferencia, dice, entre la cesión y la subrogación consentidas por el acreedor; y si alguna se puede encontrar, hay que decir que existe entre ellos la misma diferencia que entre la causa y el efecto. La cesión es la causa, la subrogación es el efecto. El tercero que paga no está subrogado ó puesto en lugar del acreedor sino por la cesación de los derechos de este último. Por ella el subrogado le sucede y representa su persona. (1) Toullier pierde de vista que la subrogación acompaña al pago; el Código lo llama un pago con subrogación; el elemento esencial del convenio que se celebra entre el acreedor y el tercero es, pues, un pago; ahora bien, el pago extingue el crédito; ¿cómo concebir que en el momento mismo en que el crédito se extingue se venda? Pothier tiene razón para decir que esto no se comprende sino por una ficción y la ficción nunca es la imagen exacta de la realidad: se supone que el acreedor cede su crédito: esa es la ficción. La cesión es, pues, ficticia, y vamos á ver como la ficción difiere en muchos puntos de la realidad.

9. ¿Puede borrarse la ficción y asimilar enteramente la subrogación á una translación de crédito? Esta confusión alteraría la noción de la subrogación. El Código habla de ella en el capítulo "Del Pago," mientras que trata de la verdadera cesión en el título "De la Venta." Esto basta para establecer una distinción fundamental entre la subrogación y la translación de un crédito: una es un pago y la otra es una venta. Esta diferencia que resulta de la naturaleza de las cosas, y que el Código consagra por su clasificación, es, sin embargo, desconocida en la aplicación, ora por los autores, ora por la jurisprudencia.

1 Toullier, t. IV, pág. 102, núm. 118, Delvincourt, t. II, pág. 359.

La Corte de Aix ha establecido con claridad la diferencia que existe entre la subrogación y la cesión. Dice muy bien que el objeto principal y directo de la venta es transferir el crédito á manos del que lo compra, mientras que la subrogación no es más que el accesorio de un pago. En la venta de un crédito, la intención común de las partes es enajenar y adquirir; por el contrario, cuando se hace un pago con subrogación, el acreedor que subroga tiene la intención, no de vender, sino de obtener el pago de lo que se le debe. Esta sentencia fué casada ¿Qué dice la Corte de Casación? Que la subrogación consentida por el acreedor tiene por efecto la transmisión de un crédito, así como de todos los derechos que á él se refieren; la Corte concluye de aquí que dicha subrogación queda sometida á las reglas de la cesión. (1) La Corte de Casación no resuelve en términos absolutos que la subrogación es una translación de crédito; su decisión es especial; no se aplica más que á la subrogación convencional del art. 1,250, núm. 1; es decir, á la subrogación consentida por el acreedor. Así pues, habría dos especies de subrogaciones: una sería una cesión, y la otra ¿qué sería? La Corte de Casación no lo dice. ¿Y qué contestaría la Corte si se le preguntara en qué funda esa distinción? Ciertamente que no es en los textos, porque nuestros textos ignoran la distinción imaginada por la Corte. El Código no conoce más que una sola subrogación, la que da al tercero subrogado todos los derechos del acreedor á quien paga (art. 1,249).

La subrogación puede ser convencional ó legal; el Código no establece ninguna diferencia entre estas dos especies de subrogación, en cuanto á los efectos que producen; mucho menos aún entre los dos casos de subrogación convencional del art. 1,250. Luego hay que decir que toda subrogación es una cesión, ó que ninguna subrogación es

1 Casación, 4 de Febrero de 1846 (Daloz, 1846, 1, 49).

una cesión verdadera. La Corte de Casación no se atreve á decir que toda subrogación es una cesión, eso sería absurdo. Hay casos de subrogación legal, y, ¿se dirá que éstos son ventas legales? Una venta legal es caso sin sentido. Existe una subrogación convencional consentida por el deudor, y, ¿se dirá que el deudor vende el crédito, cuando es el acreedor el propietario? También eso no tiene sentido. Si todas estas subrogaciones no son ventas, preciso es decir que ninguna subrogación es una venta, porque la ley no establece diferencia alguno entre los diversos casos de subrogación. Esto nos parece decisivo bajo el punto de vista de los textos ¿y no son éstos los que deben consultarse cuando se trata de ficciones?

10. La distinción que estamos combatiendo ha hallado favor en materia fiscal. ¿Qué derechos deben percibirse sobre el acto de subrogación? Según los principios del derecho civil, habría que contestar que la subrogación es un pago, que el pago se comprueba con el recibo que, por consiguiente, no hay que percibir más que un derecho de recibo finiquito. Comprendemos que el fisco no haya aceptado una doctrina que permitiría eludir los derechos establecidos para la cesión de un crédito; bastaría disfrazarla bajo la forma de un acto de subrogación. La subrogación da al subrogado las mismas ventajas que un acto de venta; ¿por qué no había de pagar los mismos derechos? Bajo el punto de vista fiscal, esto es evidente. ¿Pero cómo motivar esta distinción? Solamente puede hacerse apoyándose en el derecho civil, y éste no hace distinciones. Un excelente jurisconsulto ha tratado de justificar la jurisprudencia del fisco. Championnière aparta desde luego la subrogación legal; el objeto único del legislador, dice, ha sido la liberación del deudor; quiere facilitar los medios de que pague su deuda; para esto no necesitaba más que transmitir al que paga, los privilegios é hipotecas del crédito que se tra-

ta de extinguir; no es necesario ceder el crédito, y de hecho no hay cesión de crédito en los diversos casos de subrogación legal. Queda la subrogación convencional. Cuando el deudor la hace, hay, además del pago, un préstamo. En cuanto á la subrogación consentida por el acreedor, es una cesión ficticia, según Pothier; así pues, se puede exigir el derecho de cesión de crédito. (1)

La argumentación nos parece muy debil. Pothier no limita la definición de la subrogación al caso en que el acreedor consiente la subrogación; toda subrogación es una ficción, porque toda subrogación acompaña al pago; luego en toda subrogación hay una mezcla de pago, lo que es el hecho real; y de cesión, que es la ficción legal. La distinción de Championnière carece de base; no la tiene ni en la tradición, ni en los principios, y el texto del Código le es igualmente contrario: éste ignora toda distinción, no conoce más que una sola subrogación y le atribuye los mismos efectos, sea convencional ó legal, sea consentida por el acreedor ó por el deudor.

La jurisprudencia ha consagrado el sistema de las oficinas registradoras del fisco. Pero es grande el embarazo de los tribunales cuando se trata de motivar sus decisiones. Citaremos una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica. Ha resuelto, como lo hacen las cortes de Francia, que el acto por el cual el acreedor reconoce que ha recibido una suma de dinero de un tercero que paga por cuenta y descargo del deudor, con subrogación expresa en provecho del tercero, no contiene un recibo finiquito liso y llano, sino que es una translación de crédito sometida al derecho de uno por ciento. El Tribunal de Gante había fallado, de conformidad con la doctrina de Merlin, que el pago extingue el primer crédito y que la subrogación no lo hace re-

1 Championnière y Rigaud: *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, página 267, núms. 1,245-1,252.

vivir, que su único efecto es transferir al subrogado las garantías accesorias del antiguo crédito. Esta decisión estaba en oposición con la letra del convenio y con el texto del art. 1,250, núm. 1, que el acta reproducía literalmente. Quedaba por calificar el hecho jurídico, tal como la ley lo consagra. Es imposible, dice la Corte, que una subrogación tal como se califica en este artículo, no constituya una cesión de crédito. (1) Esta es una afirmación enérgica, pero no es más que una afirmación, y afirmar no es probar. La Corte pone la subrogación consentida por el acreedor absolutamente en la misma línea que la cesión, las identifica; formulada de este modo, la resolución de la Corte está en oposición con la tradición, con los principios y con el texto del Código. Esto es lo que la Corte misma ha reconocido en una sentencia posterior en que no se trataba de los intereses del fisco, nó. Más adelante insistiremos sobre este punto.

En resumen, la teoría fiscal no tiene ninguna base jurídica. Todo lo que puede decirse, es que hay un vacío en la ley sobre registro. La subrogación no es un simple pago, acompaña á éste y transfiere el crédito pagado al subrogado, pero la subrogación tampoco es una pura cesión, existen diferencias esenciales que vamos á señalar. Así, pues, la ley fiscal habría debido mencionar la subrogación aparte en el arancel.

### *Núm. 3. Subrogación y cesión.*

11. Aceptamos con Pothier que la subrogación es una cesión ficticia. Si la ficción fuese idéntica á la realidad, habría que concluir que la subrogación produce todos los efectos de una cesión de crédito. Pero la conclusión peca por su base. La ficción, lejos de ser la expresión exacta de

1 Casacion, 3 Diciembre de 1838 (*Fasicrisia*, 1838, 1, 410).

la realidad, está, al contrario, en oposición con la realidad, porque si eso no fuera, el legislador no tendría necesidad de fingir. Pothier nos dice en qué consiste la ficción y cuál es la realidad. El pago, aunque hecho con subrogación, es un verdadero pago, y tal es, ciertamente, la teoría del Código, puesto que califica el hecho jurídico de "pago con subrogación." Solo por una ficción puede suponerse que el subrogado haya comprado el crédito. Así, pues, puede decirse que la subrogación es una cesión ficticia, mientras que la cesión verdadera es una venta. ¿Qué diferencias hay entre la cesión verdadera y la ficticia que existe en el pago con subrogación?

El pago, aunque hecho con subrogación, dice Pothier, es un pago positivo; ahora bien, el objeto esencial del pago es la extinción de una deuda, la liberación del deudor. Este carácter subsiste en el pago con subrogación. En vano se dice que el tercero que se hace subrogar tiene, además, otro objeto, el de suceder en los derechos del acreedor; contestamos que eso no es un objeto sino un medio. El tercero que paga la deuda hace un anticipo, y quiere, como es natural, reembolsarse; precisamente para tener una garantía de que se le reembolsará es por lo que estipula la subrogación; se conformaría con los accesorios si pudiera suceder en los derechos accesorios sia suceder en el derecho principal. Así es, que la subrogación no es para el subrogado una especulación, pues no quiere adquirir el crédito, sino asegurar su reembolso. Otra cosa es en la translación de un crédito; éste es una venta y toda venta es una especulación; el vendedor procura vender lo más caro posible y el comprador en pagar lo menos posible. El objeto del comprador es adquirir el crédito tratando de conseguir el importe íntegro del crédito, aunque lo haya comprado en menos de su valor nominal: en esto consiste la especulación. Así es, que el cesionario no pretende exo-

nerar del todo al deudor; la cesión tiene por efecto común agravar su condición, porque el cesionario, al comprar para especular, se manifestará más severo que el cedente. Por esto la ley que favorece la liberación, y por consiguiente el pago con subrogación, está muy lejos de favorecer la cesión de créditos, y desconfía de ellos, teme los abusos, coarta hasta el derecho de propiedad y permite que se expropie al cesionario cuando la cesión tiene por objeto un derecho litigioso (art. 1,699); prohíbe á ciertas personas que compren derechos litigiosos (art. 1,597; y hasta derechos no litigiosos (art. 450). Ninguna de estas restricciones existe para la subrogación; lejos de eso, la ley la favorece.

Sin embargo, en la subrogación hay una cesión ficticia. ¿Cuál es el objeto de la ficción y respecto de quién produce efecto? La ficción es extraña al acreedor en el sentido de que no se estableció para su interés el recibo de lo que se le debe; luego, á su respecto, como lo dice Pothier, el pago, aunque hecho con subrogación, es un verdadero pago. Verdad es que la subrogación es una cesión ficticia y en ella el acreedor figura como cedente; es decir, como vendedor, pero él no es el que solicita vender, ningún interés tiene en ello, porque tiene derecho á la suma que percibe. El tercero, de quien recibe su pago, es el interesado en suceder en los derechos del acreedor, y para lograrlo se finge una cesión; se supone que el tercero compra el crédito con sus accesorios; lo que paga al acreedor se reputa el precio de la venta. Esta ficción es extraña al acreedor, él no recibe un precio de venta, sino el pago de lo que se le debe. Si la ficción es extraña al acreedor, no puede ni aprovecharle ni dañarle; no le aprovecha, puesto que habría recibido lo que se le debía sin la subrogación; no le daña, porque sería contrario á todo principio que una ficción ima-

ginada por interés del tercero subrogado, pudiera invocarse contra el acreedor á quien es extraña. La ficción no tiene efecto sino para el subrogado; para él se ha creado y sólo á él es provechosa. Aun bajo este punto de vista, la ficción de una cesión difiere mucho de la cesión verdadera; la cesión es una venta y ésta aprovecha al vendedor tanto como al comprador; por lo menos, se contrata por interés recíproco, y por eso se le llama un contrato conmutativo. (1)

12. De este principio se derivan importantes consecuencias. En su mayor parte son discutidas, debido á la incertidumbre que reina siempre sobre el principio; una vez aceptado éste, no pueden ser dudosas las consecuencias. La cesión es una venta; para vender, es preciso tener la capacidad de enagenar; el que es incapaz para enajenar, lo es para ceder un crédito. La subrogación es un pago; luego el que es capaz de recibir un pago puede consentir una subrogación. Que no se objete que la subrogación implica una cesión; una cesión ficticia, sí; pero la ficción no es extraña al subrogante para quien la subrogación no es más que un pago: lo que es decisivo. Síguese de aquí que el coacreedor solidario no puede ceder el crédito común, porque no es su dueño, (2) pero sí puede consentir una subrogación, porque tiene mandato para recibir el pago. Esto se funda también en la razón. El acreedor solidario no puede hacer más que lo que es útil á sus coacreedores, y la cesión del crédito pudiera serles desventajosa, mientras que la subrogación del crédito nunca puede perjudicarles. Por la misma razón, el marido administrador bajo el régimen

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 173, pfo. 321. Mourlón. *De la subrogación*, pág. 12. Colmet de Santorre, t. V, pág. 358, núm. 189 bis VII. La Corte de Casación de Bélgica ha resuelto con claridad la cuestión en tal sentido, por sentencia de 12 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 1, 34).

2 Véase el t. XVII, de estos *Principios*, núm. 259, pág. 298.

de la comunidad legal, no puede ceder un crédito personal de su mujer, porque no tiene derecho á enajenar lo que á ésta pertenece; pero si puede, al recibir el pago de lo que se le debe, subrogar al tercero que le paga en los derechos de la mujer acreedora, porque, como administrador, tiene derecho á recibir el pago de los créditos personales de la mujer, y la subrogación es un pago.

En cambio, ciertas personas son incapaces para comprar un crédito, por más que no lo sean para recibir el pago. El tutor no puede aceptar la cesión de ningún derecho ó crédito contra su pupilo (art. 450). ¿Puede estipular la subrogación haciendo un pago voluntario por su pupilo? No nos parece dudosa la afirmativa. Pagar con subrogación, es hacer un pago y no es comprar. En vano se dirá que el tutor adquiere por la subrogación un crédito contra su pupilo, cosa que la ley prohíbe. No, la ley prohíbe al tutor que compre un crédito contra su pupilo, pero no que pague con subrogación. La distinción se funda en la razón. Comprar un crédito, es especular; y la ley no permite que el tutor especule á expensas de su pupilo, mientras que pagar, es exonerar al deudor; el pago con subrogación no puede menos que ser favorable al menor, mientras que la cesión pudiera serle onerosa. Se objeta que nada será tan fácil al tutor como eludir la prohibición de la ley, haciendo, con el nombre de subrogación, una cesión prohibida. Nosotros contestamos que el fraude nada prueba contra el deudor; si se prueba el fraude, el acto quedará anulado. (1)

13. Los requisitos para la validez de la cesión difieren de los que la ley prescribe para la validez de la subrogación. No hablamos de la subrogación legal, porque no hay

1 Moulón, *De la subrogación*, págs. 14, 29 y sigs. Gauthier, pág. 101 y siguientes, núms. y 103 104. En sentido contrario, Duranton, t. XII, pág. 183, núm. 121 y 122.

venta legal. Hablamos de la subrogación consentida por el deudor; éste no puede vender lo que no le pertenece, luego no puede vender el crédito; la ley le permite, sin embargo, que subrogue al prestamista en los derechos del acreedor; es decir, que la subrogación no es una cesión. La subrogación consentida por el acreedor, se parece á una cesión, supuesto que el convenio tiene por resultado transferir el crédito pagado al tercero que hace el pago. Sin embargo, las condiciones difieren. El art. 1,250, número 1, quiere que la subrogación sea expresa y ejecutada al mismo tiempo que el pago; estos requisitos se exigen, porque la subrogación es una ficción, son extraños á la venta que es una operación real sin ficción de ninguna especie. Esta observación la hizo la Corte de Casación de Bélgica. (1)

Hay también una diferencia en cuanto á las condiciones de forma. Según los términos del art. 1,690, el cesionario no está obligado con terceros sino por la notificación de la translación hecha al deudor ó por la aceptación que el deudor hiciese de la translación en una acta auténtica. La ley no prescribe esta formalidad para la subrogación, aun cuando fuese consentida por el acreedor; luego la subrogación existe respecto á terceros como entre las partes, desde el momento en que el acreedor lo ha consentido, como lo exige el art. 1,250 de una manera expresa y en el momento en que recibe el pago. Sin embargo, la cuestión es muy controvertida, lo que prueba que el principio es siempre incierto. ¿Qué importa, dicese, que haya translación ó subrogación? En uno y otro caso, el crédito pasa al subrogado como al cesionario; en uno y otro caso, el deudor y los terceros tienen interés en conocer el cambio que se opera en la persona del acreedor; luego para la subro-

1 Denegada Casacion, 12 de Febrero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 1. 54).

gación deben observarse las formas prescriptas para la cesión. En teoría, es muy cierto esto; por esto el legislador belga, al prescribir la inscripción de las cesiones de créditos hipotecarios y privilegiados, ha sometido á la misma formalidad la subrogación cuando tiene ella por objeto un crédito garantizado por un privilegio ó por una hipoteca (Ley hipot., art. 5).

Pero lo que el legislador puede hacer, al intérprete le está vedado. En vano se dice que la subrogación es una translación; de antemano hemos contestado á la objeción. Nó, la subrogación no es una cesión; nada más que los mismos motivos por los cuales la ley prescribe ciertas formalidades por interés de terceros, en caso de cesión, existen en caso de subrogación. Aunque estos actos difieran en muchos conceptos, aquí hay analogía; pero ésta no basta para que el intérprete extienda á la subrogación condiciones y formas que la ley no establece sino para la translación. Sin embargo, los autores que enseñan que la subrogación no debe notificarse ni ser aceptada, están de acuerdo en decir que la prudencia exige que el subrogado dé á conocer la subrogación al deudor y hasta al fiador; porque en la ignorancia en que estuvieren de la subrogación, podrían pagar al subrogante el antiguo crédito, y el pago sería indudablemente válido, puesto que se habría hecho al poseedor del crédito (art. 1,240); pero serían suficientes una notificación cualquiera y hasta una simple carta. (1)

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. Nuestra Corte de Casación, en una sentencia muy bien motivada, se ha pronunciado en pro de la opinión que acabamos de enseñar. La Corte asienta, como principio, que el pago con subrogación consentido por el acreedor es un conve-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 174, nota 21, pfo. 321. Colmet de Santerre, t. IV, pág. 360, núm. 189 bis X. Demolombe, t. XXVII, página 280, núm. 329. En sentido contrario, la mayor parte de los autores.

nio que difiere de la translación de crédito; el uno, es un pago de que la ley trata en el capítulo "Del Pago;" el otro, es una venta y la ley trata de él en el título "De la Venta." Verdad es que la subrogación contiene una cesión ficticia ¿pero hasta donde debe llegar la ficción? La Corte de Douai contesta muy bien que el art. 1,230 resuelve la cuestión; al legislador y nada más á él corresponde determinar los efectos que debe producir la cesión ficticia; lo dice en el art. 1,250, y esto es decisivo; el intérprete no puede ir más allá sin que extienda una ficción legal, y no tiene derecho para ello. (1)

14. El art. 1,693 dice: "El que vende un crédito á otro derecho incorpóreo debe garantizar su existencia en el momento de la traslación, aunque ésta se haga sin garantía." Esto no es más que el derecho común en materia de venta. ¿El acreedor que consiente la subrogación, está también obligado á la garantía, si el crédito cuyo pago ha recibido no existiere en el momento de la subrogación? Nó, porque él no es vendedor; así es que con él no rezan las obligaciones que la ley impone al que vende. Recibe lo que se le debe dice Renusson; (2) si recibe lo que no se le debe, hay lugar á repetición de lo indebido, pero no podría tratarse de garantía cuando no hay venta. Es verdad que en la subrogación hay una cesión ficticia; el acreedor que subroga, cede sus acciones; sí, dice Dumoulin, pero tales como las tiene. (3) Pothier resume á la vez la tradición y la verdadera doctrina al escribir: "La subrogación difiere de la translación en que el acreedor que ha subrogado en sus derechos á aquel de quien ha recibido lo que se le debe

1 Sentencia precitada de la Corte de Casación de Bélgica (página 27, nota 1). Douai. 27 de Julio de 1857 (Daloz, 1858, 2, 51). En sentido contrario, París, 15 de Julio de 1856, no motivada (Daloz, 1857, 2, 121).

2 Renusson, *De la Subrogación*, cap. II, pág. 29, núm. 22.

3 Dumoulin, *De usuris*. núm. 672 (*Op.*, t. II, pág. 277).

como estando reputado como que vende y transfiere su crédito sino por una mera ficción que no deba perjudicarle, no se obliga á ninguna garantía." (1) El orador del Gobierno que ha expuesto los motivos del título "De las Obligaciones," reproduce esta doctrina: "La translación es una enajenación que de derecho implica la garantía á la que el acreedor permanece obligado." Por el pago con subrogación, se extingue toda obligación respecto del acreedor, y, en consecuencia, él no contrae ninguna respecto del subrogado. (2)

Por esto los autores del Código, de acuerdo con la tradición, distinguen con claridad la subrogación que es un pago de la cesión que es una venta. La consecuencia que se desprende del principio es evidente; la Corte de Casación de Bélgica la ha formulado: el cedente está obligado á la garantía; el acreedor subrogante no lo está. (3) La Corte de Casación de Francia se ha pronunciado por la opinión contraria, siguiendo las conclusiones de Pelangle; no conocemos estas conclusiones y la sentencia de la Corte apenas está motivada. Asienta como principio lo que debiera demostrarse, que la subrogación consentida por el acreedor, "teniendo por objeto la transmisión de un crédito," queda sometida á las reglas de una cesión; de donde concluye que, lo mismo que en materia de cesión, la existencia del crédito que se va á caer es la condición esencial de la validez de la subrogación. (4) Nó, la subrogación no tiene por objeto la translación de un crédito; el texto mismo del Código dice lo contrario, porque la califica de "pago" con subrogación; así, pues, el pago es el ob-

1 Pothier, *Introducción a la costumbre de Orleans*, tit. XX, núm. 63.

2 Bigot-Práameneu, *Exposición de motivos*, núm. 128 (Loché, tomo VI, pag. 170).

3 Denegada, 12 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 1, 34).

4 Casación, 4 de Febrero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 49), y Montpellier, 15 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 29).

eto del hecho jurídico, ¿y el pago puede obligar al acreedor que lo recibe? Sin duda que este pago no es ordinario, porque el acreedor transfiere su crédito al tercero que lo paga. Hé allí, diráse, la translación. Sí, pero una translación ficticia; y ¿quién, da á la Corte derecho para extender á una cesión ficticia lo que la ley dice de una cesión real? Muy cierto es que la existencia del crédito es necesaria para que haya subrogación, como es necesaria para que haya venta; pero esa no es la cuestión; se trata de saber cuáles son los efectos de la venta cuando la cosa vendida no existe, y cuáles son los efectos del pago con subrogación cuando el subrogado ha pagado un crédito que no existía. Ahora bien, las diferencias son grandes en una y otra hipótesis.

El acreedor cede un crédito que no existe; está obligado á garantizarlo (art. 1,693). Si el acreedor recibe por error ó á sabiendas lo que no se le debe, se obliga á restituirlo á aquel de quien indebidamente lo recibió. ¿La garantía y la repetición de lo indebido, son por ventura un solo y mismo derecho?

El que procede en garantía, no tiene más que una cosa que probar, la no existencia del crédito. El que procede en repetición de lo indebido, tiene pruebas diferentes que rendir; tiene que probar el pago, y en seguida, que este pago se hizo por error y sin que hubiese una deuda á su cargo. Los resultados de una y de otra acción difieren igualmente. El que promueve garantía está plenamente indemnizado de la pérdida que ha sufrido y del lucro que no ha logrado. El acreedor que recibe lo que no se le debe, tiene que restituir lo que ha recibido, pero nada más en tanto que se ha enriquecido, si es de buena fe; sólo cuando es de mala fe debe la reparación de todo el perjuicio que su dolo ha ocasionado. Hay otras diferencias que dejamos pasar por alto. Así, pues, es muy importante saber si el acreedor

debe la garantía, ó si está obligado á restituir lo que indebidamente ha recibido. Luego la Corte de Casación con funde dos órdenes de ideas enteramente distintas. (1)

15. El art. 1,232 establece el principio de que la subrogación no puede perjudicar al acreedor; la ley deduce de esto que si no es pagado sino en parte, puede ejercitar sus derechos por lo que se le queda debiendo, por preferencia á aquel de quien no ha recibido más que un pago parcial. Más adelante insistiremos sobre esta proposición que se ha hecho mal en criticar; el acreedor no recibe sino lo que se le debe; si consiente en la subrogación, es únicamente por interés del subrogado; síguese de aquí que nunca es posible prevalecer de la subrogación contra él. Cosa distinta pasa con la cesión; el acreedor que cede una parte de su crédito, no podría invocar el art. 1,252; la cesión se hace por su interés y por el del cesionario; luego es justo que estén en un pié de perfecta igualdad; si en caso de cesión parcial hay que soportar una pérdida, debe recaer sobre el cedente y sobre el cesionario en proporción de sus partes en el crédito. (2)

16. Las cesiones de créditos en materia civil, se hacen casi siempre en un precio inferior al importe nominal del crédito; lo que no impide que el cesionario pueda reclamar el pago íntegro del crédito que ha comprado; el tercero deudor no puede prevalerse de lo que ha pasado entre el cedente y el cesionario; permanece extraño á la cesión, y ésta no se hace en interés suyo. Es una especulación que tiene algo de aleatorio: el cesionario debe aprovecharse de la buena suerte, así como sufre la mala. No

1 Mourlón, *De la Subrogación*, págs. 14 y 15. Gauthier, pág. 34, núms. 99-102. Aubry y Rau, t. IV, págs. 174 y siguientes, notas 24 y 25.

2 Aubry y Rau. t. IV, pág. 175. Véase más adelante el número 132.

sucede lo mismo con la subrogación; ésta es un pago; si la ley autoriza la ficción que permite al acreedor transferir al subrogado los derechos del acreedor á quien le paga, es para favorecer la liberación. Luego el pago con ó sin subrogación, se hace por interés del deudor; todo lo que resulta del pago con subrogación, es que el subrogado puede reclamar contra el deudor el reembolso de sus anticipos con las garantías que eran inherentes al crédito primitivo. Luego si el acreedor ha consentido en recibir una suma menor que el importe nominal del crédito, el subrogado no puede reclamar contra el deudor sino lo que ha desembolsado. Todos los autores están de acuerdo en este punto; jurisprudencia no la hay, porque el caso apenas puede presentarse. El acreedor no consentirá en recibir menos del importe nominal de su crédito sino cuando el deudor es insolvente y cuando son insuficientes las garantías personales ó reales del crédito; en estas condiciones, difícilmente habrá un tercero que consienta en pagar por el deudor aún con subrogación. Supongamos que se presente el caso. El subrogado ha pagado 10,000 francos cuando el importe del crédito es de 12,000 francos. El no puede repetir más que 10,000 francos; pero ¿por qué? En el sistema de Merlin es sencillísima la respuesta; la acción del subrogado no es la acción del acreedor, es la acción del mandato ó de la gestión de negocios; es decir, una acción de reembolso de las sumas dadas por el mandatario ó el gerente. En la opinión general que hemos seguido, el subrogado sucede en el crédito mismo que paga. ¿Por qué no puede ejercitarlo por completo? ¿Con qué título el deudor se prevalecerá de un convenio al cual es extraño? La contestación se halla en el principio que domina esta materia (número 11). A diferencia de la cesión, la subrogación no es una especulación, sino un pago; aunque avanzado por el tercero, el pago se hace por interés del deudor, el subro-

gado hace el negocio del deudor, luego no puede reclamar más que sus anticipos. La ley no lo dice, y no tenía para qué decirlo, porque esto resulta de la naturaleza misma del pago, y la subrogación es un pago. (1)

17. Comunmente se dice, y en general es cierto, que el tercero que paga tiene interés en conseguir la subrogación, que le asegura las garantías accesorias inherentes al crédito que él paga. El cesionario tiene las garantías de pleno derecho, puesto que la cesion de un crédito comprende los accesorios del crédito, tales como fianza, privilegio é hipoteca (art. 1,692). Pero el subrogado tiene, además, una acción que el cesionario no tiene; por lo común paga como mandatario ó como gerente de negocios; luego tiene la acción de mandato ó de gestión de negocios, además de la inherente al crédito que ha cubierto. Generalmente esta última es más favorable y hace inútil la otra. Sin embargo, puede suceder que la acción personal nacida del mandato ó de la gestión de negocios, presente más ventajas que las garantías reales que son objeto de la subrogación. Si la deuda que el tercero ha cubierto no produjese réditos, el subrogado no puede reclamarlos á nombre del subrogante; pero como mandatario ó gerente de negocios, tiene derecho al rédito de las sumas que ha avanzado; luego está interesado en intentar la acción de mandato ó de gestión de negocios, con tal que el deudor sea solvente. (2)

18. Acabamos de señalar las importantes diferencias que existen entre la cesión y la subrogación. También hay analogías incontestables. Las analogías son tales, que se prestan á la confusión; entre el tercero subrogado y el deudor, la subrogación tiene los efectos de la venta. En uno y otro

1 Durantón, t. XII, pág. 188, núm. 122. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 358, núm. 189 bis. VIII. Aubry y Rau, t. IV, pag. 174, nota 23, pfo. 321. Mourlón, *De la Subrogación*, pág. 26. Demolombe, t. XXVII, pág. 278, núm. 328.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 611 y siguientes.

caso, el deudor sigue siendo deudor, y de la misma deuda; las garantías personales y reales subsisten, y únicamente hay cambio de acreedor, sin que, no obstante, haya novación. (1) Siendo tan considerables las analogías, la confusión es fácil, porque las diferencias consisten en distinciones bastante delicadas. En efecto, ¿cómo se distinguirá, de hecho, la subrogación de la translación? Cuando se trata de contratos que tienen mucha analogía, tales como la venta y el trueque, se toman en consideración los términos de la escritura, términos cuya significación todo el mundo conoce.

Los autores tienen razón para decir que, en el caso que tratamos, hay que desconfiar de los términos de que se sirven las partes ó el que redactó la escritura; los prácticos emplean indiferentemente las excepciones "ceder" y "subrogar," y á veces las acumulan. ¿Será una cesión? ¿Será una subrogación? Los autores establecen presunciones, y cada cual tiene las suyas. Hay un carácter que es decisivo cuando consta; si la operación se hace por interés del deudor, es un pago; si se hace por interés del acreedor, es una cesión. Pero ¿cómo saber si el tercero paga por interés del deudor ó por su propio interés? Aquí se presentan las probabilidades, las presunciones de hecho; (2) creemos inútil reproducirlas, porque dudamos mucho que esas presunciones esclarezcan el debate, y apenas sirven para dar algunos argumentos á los litigantes. En las circunstancias de cada causa es en donde el juez debe tomar los elementos de su decisión; después de todo lo que acabamos de decir de los caracteres que distinguen la subrogación, es inútil repetirlo para deducir presunciones. (3)

1 Durantón, t. XII, pág. 188, núm. 121.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 360, núm. 189 bis. XII. Demolombe, t. XXVII, pág. 329, núm. 385. Durantón, t. XII, pág. 191, núm. 122. Aubry y Rau, t. XV, pág. 175, nota 27, pfo. 321.

3 Véase un ejemplo en el caso juzgado por la Corte de Casación de Bélgica, que hemos citado varias ocasiones.

## § II.— DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL.

19. La subrogación es convencional ó legal (art. 1,249). Es convencional en dos casos: desde luego cuando lo consiente el acreedor, y después cuando la consiente el deudor (art. 1,230, 1.º y 2.º).

*Núm. 1. De la subrogación consentida por el acreedor.*

*I. ¿Quién puede consentir la subrogación y en provecho de quién?*

20. El art. 1,250, 1.º, contesta á nuestra pregunta. “El acreedor, al recibir su pago de tercera persona, la subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas contra el deudor.” Así, pues, todo pasa entre el acreedor y el tercero que le paga: éste ofrece el pago al pedir la subrogación y el acreedor consiente en ello. El deudor no interviene, permanece extraño á la subrogación, aunque ésta se haga, en cierto concepto, contra él, puesto que el subrogado sucede en todos los derechos que el acreedor tenía contra su deudor. ¿Por qué el deudor no concurre en la subrogación? porque ningún consentimiento tiene que dar, ni que rehusar. El acreedor podría vender el crédito sin que el deudor lo supiese, y á su pesar; si puede hacer una cesión verdadera, debe también tener derecho para hacer una cesión ficticia. Esto es más evidente aún cuando se considera cuál es el objeto principal de la subrogación: esto es un pago; ahora bien, el deudor no debe intervenir en el pago que un tercero hace de la deuda; hasta puede pagar el tercero en su propio nombre (art. 1,236), y, en la opinión común, puede pagar á pesar del deudor. (1) Luego el deudor no debe intervenir ni en el pago, ni en la subrogación. Cambia de acreedor, es cierto, y está interesado en saber á quien debe y puede pagar; así, por el legislador ha-

1 Véase el tomo XVII de estos *Principios*, pág. 539, núm. 485.

bría debido prescribir una notificación cualquiera de la subrogación al deudor. No lo ha hecho, y este es un vacío, pero que no perjudica al deudor; el pago que haga de buena fe á su acreedor primitivo será válido. En definitiva, no tiene interés alguno en el convenio de subrogación que intervenga entre el acreedor y el subrogado.

21. ¿Quién tiene derecho á subrogar? El acreedor que recibe su pago de un tercero. Según el art. 1,239, el pago debe hacerse al acreedor ó á quien tenga poder suyo, ó que esté autorizado por justicia ó por ley á recibir por aquél. Se pregunta si todos los que tienen poder para recibir por el acreedor tienen derecho á subrogar. Cuando el poder de recibir el pago deriva del poder de administración, no es dudosa la afirmativa: el tutor, el marido, el mandatario general tienen derecho á recibir porque son administradores y, con este carácter, pueden también consentir la subrogación; el que subroga no se obliga y, al subrogar, recibe el pago que tal vez no habría recibido del deudor; así pues, el administrador mejora, al subrogar, la condición de aquél cuyos intereses gobierna; lo que es decisivo. No sucede lo mismo con el mandato especial; resulta de la naturaleza de este poder, que está limitado al objeto para el cual se ha dado, y es de principio que el mandatario no puede hacer más de lo que se expresa en el mandato (artículo 1,989). Síguese de aquí que el mandato para recibir el pago no da derecho á subrogar. En vano se dirá que el acreedor no tiene interés alguno en no subrogar, que, al contrario, puede estar interesado en consentir la subrogación; contestamos que esto incumbe al mandante. El acreedor puede negarse á subrogar, y aun la ley dice que el tercero que paga no puede exigir la subrogación; luego una cosa es recibir el pago, y otra distinta es subrogar; lo que decide la cuestión bajo el punto de vista del mandato. ¿Cuál será el efecto de la subrogación si la consiente un manda-

tario especial que únicamente tiene el derecho de recibir el pago? La subrogación será nula, pero, según los principios que rigen el mandato, la subrogación será validada si el acreedor la ratifica y, según los términos del art. 1,998, la ratificación puede ser expresa ó tácita. (1)

22. Conforme á estos principios es como debe resolverse la cuestión de saber si el comisario encargado de recibir el pago tiene poder de subrogar al que pagare por el deudor.

La jurisprudencia ha vacilado sobre esta cuestión, que es tan sencilla cuando uno se atiene á los principios que el Código formula en el título "Del Mandato." Se ha fallado en términos absolutos, que la subrogación consentida por el comisario es válida respecto del deudor. (2) La Corte de Casación ha resuelto, en sentido contrario, que el mandato dado á un comisario de recibir el pago de una letra de cambio y, á falta de pago, de proceder á la encarcelación del deudor, no confiere al oficial ministerial el poder de subrogar al tercero que le ha pagado en los derechos de su mandato contra los endosantes de este efecto: el mandato de recibir habría exonerado á los endosantes si el deudor hubiese pagado, ó á un tercero por él, sin subrogación, mientras que la subrogación consentida por el comisario, hacia revivir la deuda contra los endosantes. Se vé, por esto, que recibir el pago no es lo mismo subrogar. (3)

¿Qué viene á ser la subrogación irregularmente consentida por el comisario? La Corte de Nancy ha fallado que el comisario, portador de un poder especial, el de embargar los bienes de los deudores si éstos no pagasen el im-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 303, núm. 350. Aubry y Rau, tomo IV, pág. 170, pfo. 321.

2 Colmar, 21 de Diciembre de 1832 (Dalloz, en la palabra *Embargo Ejecutivo*, núm. 67).

3 Lyon, 2 de Febrero de 1844 y denegada, 2 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 206).

porte de las obligaciones hipotecarias por allos subscriptas, no podía, "quizás, en virtud" de este poder, consentir la subrogación, porque había sido obligado á hacerlo por el interés bien entendido de sus mandantes; que al recibir el pago de un tercero y al subrogarlo, el comisario había, "evidentemente," procedido y podido proceder como gerente de negocios. La sentencia agrega que los acreedores habían puesto inmediatamente en caja las sumas percibidas por el comisario y logrado así el objeto que se proponían sin correr riesgo alguno, puesto que los recibos entregados al tercer pagador expresaban que estaba subrogado sin garantía alguna. Entablada apelación, recayó sentencia de denegación. Pero la Corte de Casación se cuida mucho de reproducir la teoría de la gestión de negocios en lo que la Corte de Nancy había fundado su decisión. La jurisprudencia abusa singularmente de la gestión de negocios; diríase que es una panacea que puede remediar todos los vicios y cubrir todas las nulidades. Los intérpretes olvidan que la gestión de negocios es un cuasi-contrato, lo que supone ausencia de consentimiento del dueño; y, en el caso de que se trata, había consentimiento, pero consentimiento de recibir, y no consentimiento de subrogar; el contrato excluía el cuasi-contrato. Tratábase de un mandatario que había excedido los límites de de su mandato; lo que hacía era nulo, pero el mandante podía ratificar; la Corte de Casación falló que él había ratificado al poner en caja el dinero percibido por el comisario. (1) Esto es la aplicación del art. 1,998; la ratificación equivale al mandato, pero excluye la gestión de negocios; ésta, cuando existe, hace veces de mandato sin ratificación ninguna.

23. ¿Quién puede pedir la subrogación? El art. 1,250

1 Nancy, 3 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 261) y denegada, Sala de lo Civil, 7 de Abril de 1858 (Daloz, 1858, 1, 155).

contesta: "La tercera persona que paga por el deudor." Luego todos los que pagan pueden ser subrogados por el acreedor que recibe el pago. La condición esencial para que haya subrogación, es que el tercero pague; es decir, que entregue el dinero al acreedor. ¿Podría un mandatario entregar el dinero á nombre del tercero? Ni debía proponerse la cuestión, porque equivale á preguntar si podemos hacer por mandatario lo que la ley permite que hagamos personalmente. ¿Pero si el deudor fuere portador del mandato? No vemos motivo para dudar. Muy cierto es que el deudor no interviene en la subrogación que el acreedor consiente; pero, figurar en un acto como mandatario, ¿es acaso intervenir? El mandante es el único que es parte, luego el tercero que paga, y no el deudor que únicamente tiene mandato para entregar el dinero. Se insiste y se invoca la autoridad de Renusson. Pero Renusson supone un préstamo, de suerte que el deudor ha pedido prestado, y por lo tanto, es propietario del dinero que entrega al acreedor en su propio nombre. No es este el caso del art. 1,250, núm. 1, sino del núm. 2; es decir, de la subrogación consentida por el deudor; para que haya subrogación en este caso, no basta que el deudor entregue al acreedor el dinero prestado, se necesitan otras condiciones y otras formas que expondremos más adelante. No es esa nuestra hipótesis. El deudor se presenta, no como quien pide prestado, á nombre de alguno, se presenta como mandatario de un tercero que paga; si consta el mandato, estamos en el caso previsto por el núm. 1 del art. 1,250: la subrogación es perfectamente válida. Se teme el fraude; la subrogación se hará por el que presta sin las garantías que la ley exige, Ya se entiende que el fraude es excepción; siempre es admitido á probarlo por todo medio de prueba, y si el acto es fraudulento, se anulará.

## II. *Requisitos para la validez de la subrogación:*

24. El acreedor es el que subroga. La ley quiere que la subrogación sea expresa. ¿Por qué? Porque la subrogación es una ficción; en la realidad de las cosas, el pago extingue el crédito, así como los accesorios. Para que el crédito subsista en el momento mismo en que se le extingue pagándolo, se necesita una declaración de voluntad muy formal. Cuando se trata de una excepción, la ley y los principios quieren que se estipule expresamente; con mayor razón se necesita un convenio expreso para una ficción; es decir, para un hecho jurídico que se halla en oposición con la realidad de las cosas. Paga un tercero y se supone que compra; el acreedor recibe lo que se le debe, y se supone que vende. Si las partes pretenden hacer otra cosa de la que hacen, fuerza es que lo digan.

¿En qué sentido debe ser "expresa" la subrogación? Muchas veces hemos tropezado con este término, que suele ocasionar las más vivas controversias (art. 843). Ateniéndose al texto y á la significación de la palabra, no hay duda alguna; la ley quiere que el acreedor exprese la voluntad de subrogar, y ¿cómo se expresa la voluntad? Por medio de palabras; se necesitan, pues, palabras, no sacramentales, sino palabras que traduzcan el mismo pensamiento que el vocablo "subrogar." (1) ¿Debe agregarse que la mejor y más sencilla de todas las expresiones es la que emplea la ley? Hay, pues, en lo que se refiere á la subrogación consentida por el acreedor, una derogación de los principios generales que rigen el consentimiento. El consentimiento puede ser tácito, mientras que en materia de subrogación debe ser expreso. ¿Por qué la ley no se conforma con la voluntad tácita del acreedor? Acabamos de contestar que los principios de derecho exigen una decla-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 109, núm. 121.

ración que no deje duda alguna sobre la voluntad de las partes contrayentes. Esto se funda también en la razón. La subrogación que interesa á los terceros, puede dar lugar á muchos fraudes; importa que sea cierta, evidente en el momento mismo en que el acreedor recibe su pago; y no hay más que un medio de darle esa certeza, y es exigir una declaración expresa.

El art. 1,230 dice que el acreedor subroga al tercero en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas contra el deudor. ¿Es preciso que la escritura de subrogación reproduzca esa enumeración? La negativa es clara y está aceptada por todos. Más adelante diremos que ni siquiera se necesita escritura; es, decir, nada solemne. Si el art. 1,250, núm. 1, enumera los derechos en que sucede el subrogado, se necesita, dice Toullier, atribuir esta enumeración á la malhadada costumbre de emplear siempre, en el estilo de práctica, redundancia y acumulaciones de palabras inútiles, por temor de dejar olvidada alguna que sea necesaria. ¿Cuándo aprenderán los redactores de las escrituras á escribir sencillamente? Aquí la ley misma da el mal ejemplo; es claro que la enumeración del art. 1,250 es perfectamente inútil; la ley se aparta de ella en el núm. 2, en donde únicamente habla de la subrogación “en los derechos” del acreedor; sucede lo mismo en el art. 1,249. Esto basta; la palabra “subrogar,” sin añadir, “en los derechos,” es suficiente, porque tiene una significación técnica; y cuando el acreedor declara que subroga al deudor, se subentende que lo subroga en sus derechos, acciones, privilegios, hipotecas y cauciones. (1)

1 Durantón, t. XII, pág. 185, núms. 118 y 119. Colmet de Sante-re, t. V, pág. 36, núm. 190 *bis*. J. Aubry y Rau, t. IV, pág. 171, notas 9 y 10, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 314, núms. 364-367. La jurisprudencia se halla en el mismo sentido. Denegación, 4 de Febrero de 1839; Bourges, 19 de Junio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 1842 y 1848, II).

25. El art. 1,250 prescribe una segunda condición: "La subrogación debe hacerse al mismo tiempo que el pago." Bigot-Prémeneu da la razón de esto en la "Exposición de Motivos," y es evidente: "El acreedor no podría posteriormente ejercitar ningún derecho resultante de una obligación extinguida á su respecto." Esta condición se funda no solamente en el rigor del derecho, sino que es necesaria para impedir que se pueda hacer revivir un crédito extinguido, con el designio de procurar una preferencia á acreedores nuevos sobre acreedores anteriores. (1) Síguese de aquí que la subrogación consentida después del pago, aun cuando fuese el mismo día, es nula, tanto respecto al tercero, como respecto al deudor; sería nula aun cuando no hubiese ningún fraude, ó por mejor decir, sería inexistente. La subrogación es una cesión ficticia: y ¿se puede ceder un crédito que ya no existe? Esto sería una venta sin objeto, y semejante venta es radicalmente nula, en el sentido de que no tiene existencia á los ojos de la ley. Los tribunales usan de extremo rigor en la aplicación de esta disposición, y con razón; el derecho lo exige así, tanto como el interés de los terceros. El acreedor ofrece la subrogación antes del pago; en seguida, en el recibo dado en el momento del pago, él se reserva realizarlo ulteriormente, sin indicar á la persona á quien quiere subrogar.

Manifestar la intención de subrogar, no es subrogar ac-  
tualmente. Sin embargo, la Corte de Grenoble había admitido la subrogación, porque tal había sido siempre la intención de las partes; de esto infería que nada se oponía á que la subrogación se realizase en un acto posterior al pago. Su decisión fué casada. La Corte de Casación dice que había un obstáculo en la ley, cuyo texto preciso, no deja á

1 Exposición de motivos, núm. 128 (Loché, t. VI, pág. 170). Toullier, t. IV, 1, pág. 100, núm. 116. Durantón, t. XII, pag. 183, número 116.

disposición de las partes ni de los tribunales el cuidado de establecer las reglas y las garantías que pueden asegurar la validez de la subrogación convencional; no depende de las partes, dice la sentencia, emanciparse de las condiciones prescriptas por la ley, ni de los tribunales de dispensar las de su cumplimiento. En el caso de que se trata, el pago se había efectuado el 10 de Febrero y la subrogación se había consentido hasta el 10 de Abril, sin que, al hacerse el pago, se hubiese convenido la subrogación, por lo que era nula. (1)

26. Se hacen á veces pagos parciales; es decir, sucesivos: ¿se puede, al hacer el último pago, estipular la subrogación por todo el crédito? En principio, nó; porque cada exhibición es un pago, y, por consiguiente, la deuda se extingue hasta la concurrencia de la suma pagada; no se puede, al estipular la subrogación por el crédito entero, hacer revivir la parte que se ha extinguido. (2)

Sin embargo, no hay que exagerar el rigor de la ley; ésta no exige escritura para la validez de la subrogación, luego no es necesario que el recibo compruebe que en el momento mismo del pago, el acreedor ha consentido en subrogar al tercero que le paga, sino que basta que la voluntad de subrogar se haya declarado expresamente al entregar el dinero. Aquí se tiene que examinar una cuestión de hecho. El recibo subroga al tercero á el acreedor; expresa que el dinero se ha exhibido fuera de la presencia del notario; pero la Corte establece, de hecho, que el dinero no se había exhibido sino á cargo de subrogación; había, pues, un convenio verbal por el cual el acreedor, al recibir el pago, consentía en la subrogación; esto era decisivo. Pero

1 Casación, 30 de Julio de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,843, I).

2 Limojea, 27 de Noviembre de 1841 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,843, IV).

importaba que en la carta de pago entregada posteriormente, se hubiese dicho que el dinero se había ya exhibido; la subrogación no databa de la carta de pago sino del pago; la carta de pago no hacía mas que comprobarla. (1)

Con mayor razón se cumple con la condición de simultaneidad cuando el pago no se ha hecho antes del acto de subrogación. Unos banqueros abren en 1848 á un industrial, un crédito de 45,000 francos garantido por una hipoteca. En 1853, un tercero les ofrece pagar por el deudor y mediante subrogación, una suma de 15,000 francos que constituye el resto de la cuenta de este último. Los acreedores aceptan la oferta é inscriben en sus libros una suma de 15,000 francos. En seguida, un mes más tarde, el día en que se les exhibieron los valores, dieron al tercero una carta de pago subrogatoria. Se atacó la validez de la subrogación. Anulado por el primer juez, fué mantenida en apelación. La Corte de Besançon dijo muy bien que nada definitivo había habido en las operaciones hasta el día de la exhibición de las especies y de la escritura subrogatoria; que dicho día había sido realmente el del pago; de donde se seguía que se habían cumplido las condiciones del art. 1,250. Interpuesta la apelación, recayó una sentencia denegatoria; la dificultad consistía en determinar el efecto de la inscripción que los banqueros habían hecho en sus libros: ¿era eso un pago? En este caso, la subrogación era nula. En realidad, eso no era un pago, porque el pago exige un concurso de voluntades; el acreedor no puede pagarse sin el consentimiento del tercero; ahora bien, la inscripción había tenido lugar sin que el tercero lo consintiese, y no fué aceptada sino hasta el día en que exhibió las especies; lo que decidía la cuestión. (2)

1 Metz, 10 de Junio de 1847, y denegada, 31 de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 209).

2 Denegada, 14 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 150).

La Corte de Casación se pronunció en el mismo sentido en un negocio que no debiera haberse llevado hasta la Corte Suprema. Un tercero confía á un notario la suma que debe servir para pagar al acreedor, mediante subrogación. Más tarde, la suma se entrega al acreedor, y al mismo tiempo se tira la escritura de subrogación. ¿Era válida la subrogación? Esto equivale á preguntar si el depósito es un pago, y esto no debería preguntarse. ¿Puede haber un pago sin oferta y sin aceptación? El depósito, en el caso de que se trata, ni siquiera era una oferta, y menos una aceptación. El pago no se realizó sino en el momento en que se consintió la subrogación. Luego se estaba dentro de los términos mismos de la ley. (1)

La cosa parece más dudosa cuando el dinero se ha puesto en manos del acreedor; la exhibición consta en escrito bajo firma privada acompañado de una procuración notariada dada á un tercero para cumplir la translación del crédito. Trátase de apreciar lo que pasó entre las partes. ¿Hicieron un pago verdadero sin subrogación? En tal caso, la subrogación era posterior al pago, y, por lo tanto, nula. La Corte de Tolosa dió otra interpretación al documento privado y á la procuración. Claro es que el tercero no quería pagar sino con la condición de ser subrogado, y el acreedor consentía en recibir su pago bajo esa condición, puesto que en el momento mismo en que recibía el dinero, daba procuración de consentir la translación. La Corte de Casación se ajustó á esa interpretación y decidió que en la venta de las partes y según el tenor del acuerdo celebrado entre ellas, la exhibición del dinero no constituía un pago que extinguiese la deuda, sino el precio pagado de antemano de una translación del crédito, cuya translación desde entonces convenida y "hasta ejecutada," debía ser res-

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1866, 1, 151).

lizada más tarde por instrumento notariado. (1) Si la transiación estuviese ya "ejecutada," dejaba de tratarse de "realizarla." A decir verdad, todo estaba cumplido desde la exhibición del dinero; había concurso de voluntades, convenio expreso resultante de actos; la subrogación notariada levantada más tarde, no hizo más que hacer constar, en la forma auténtica, una subrogación que estaba perfeccionada.

Se necesita la mayor precisión en una materia en que todo es de rigor. Léese en una compilación de sentencias, que basta con la existencia de la simultaneidad entre el saldo y subrogación. La sentencia, analizada de este modo, no dice eso; la decisión que confirmó la corte de casación dice lo contrario. Decíase en la escritura de subrogación que un vendedor, al recibir de un tercero una suma de 12,000 francos por el comprador, lo subrogaba de preferencia á sí mismo y hasta la debida concurrencia en su privilegio de vendedor. La Corte de Rennes concluye de esto que la subrogación se había hecho al mismo tiempo que el pago. ¿Cuál era el motivo para dudar? El notario hacía constar que la suma de 12,000 francos no se había recibido en su presencia, luego, decíase, antes de la subrogación; lo que anulaba la escritura subrogatoria. Nó, dice la corte, el notario no dijo eso, sino al contrario, que el pago se había efectuado "por medio de los presentes," lo que ciertamente quiere decir que el pago no se había efectuado sino con la condición de que el tercero fuese subrogado al vendedor. La Corte de Casación se expresa en el mismo sentido: dice que la exhibición hecha sin presencia del notario, no extinguía la deuda y no constituía el pago; que el pago no había tenido lugar sino por medio de la escritura misma que contenía la subrogación, que era su consecuencia

1 Denegada, 25 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 468).

y su condición. (1) La sentencia de la Corte de Apelación y la de la Corte de Casación están muy mal redactadas, pero el pensamiento de ambas cortes no es dudoso. Es claro que ellas no dicen lo que se les hace decir, á saber, que basta que exista la simultaneidad entre la carta de pago y la subrogación; esto sería confundir la prueba de la simultaneidad con el hecho jurídico de la simultaneidad. Esta confusión es demasiado fácil, y vamos á encontrarla en la doctrina y en la jurisprudencia; razón de más para que los intérpretes tengan una precisión matemática.

### *III. Forma de la subrogación y prueba.*

27. La ley no exige que las partes tiren una escritura que compruebe el pago y la simultaneidad de la subrogación. Síguese de aquí que la subrogación consentida por el acreedor permanece bajo el principio del derecho común; es perfecta desde el momento en que hay consentimiento expreso y en que este consentimiento se da al hacer el pago. No se necesita escrito para la validez, y menos aún para la existencia de la subrogación; el escrito, si es que alguno se redacta, no sirve más que de prueba; luego la subrogación es válida, independientemente de todo escrito, y la nulidad de éste no implica la nulidad de la subrogación, salvo el probar ésta según las reglas establecidas por el Código en el capítulo "De la prueba de las obligaciones." La subrogación podrá probarse con testigos si el objeto de la subrogación no excede de 150 francos; también se admitirá la prueba testimonial si hay un principio de prueba por escrito. Si las partes, como es costumbre y como la prudencia lo exige, levantan acta de su convenio, están en libertad para redactar un documento privado ó para hacer

1 Rennes, 3 de Enero de 1854, y deuegada, 6 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 428).

una escritura ante notario. Pueden, además, recurrir á la confirmación y al juramento. Esto no es más que el derecho común, y se aplica porque la ley no lo deroga. Ahora bien, si la subrogación es de estricta interpretación, en el sentido de que hayan de observarse rigurosamente los requisitos que la ley prescribe, en cambio no se pueden agregar á la ley condiciones que ella no exige. (1)

28. Podríamos limitarnos al principio tal como acabamos de formularlo, remitiendo al lector al capítulo en donde expondremos las reglas sobre la prueba. Pero la materia de las pruebas es una de las más difíciles del título "De las Obligaciones;" sus principios son poco conocidos, de lo que resultan numerosas disputas y alguna vacilación en la doctrina, y, sobre todo, en la jurisprudencia. Hay, pues, que detenernos en las cuestiones que los autores tratan ó que se han presentado ante los tribunales.

Gauthier, en su "Tratado de la Subrogación," dice muy bien que el escrito levantado por las partes, no sirve más que de prueba; después agrega que le costaría trabajo aceptar que la subrogación se probara por medio de testigos. (2) Esto es contradictorio, y si hacemos notar la contradicción, es para excusarnos de escribir tan extensamente sobre los principios de derecho civil; ya se verá que hasta los principios más elementales son desconocidos por los autores. Decir que el escrito no sirve más que de prueba, es decir que la subrogación se queda en el derecho común en lo concerniente á la prueba; por lo tanto, hay también que aplicar el derecho común en lo concerniente á la prueba testimonial. Es inútil insistir, porque esto no es dudoso.

29. Se discute la cuestión de saber si se necesita una

1 Mourlón, *De la Subrogación*, pág. 224. Colmet de Santerre, tomo V. pág. 362, núm. 190 bis. II. Demolombe, t. XXVII, pág. 323-núm. 377.

2 Gauthier, pág. 116, núm. 111 y nota.

sola acta que compruebe el pago y la subrogación, ó si el pago podría comprobarse por tal recibo y la subrogación por documento separado. Si la cuestión supone la necesidad de un escrito, por esto mismo implica una herejía jurídica. Pero se le puede entender en el concepto de que dos escritos separados, hechos después de un cierto intervalo, probaran que la subrogación no se ha hecho al mismo tiempo que el pago, lo que nulificaría la subrogación. En este sentido es como Gauthier dice que la carta-pago y la subrogación forman un convenio único é indivisible, que debe comprobarse sin interrupción, en un solo contexto. El lenguaje es inexacto, porque confunde el convenio con el escrito que se levanta para probarlo. Larombière enseña, al contrario, que la subrogación es perfectamente válida, aunque se hayan levantado dos actas distintas, una para establecerla y otra para comprobar el pago; cosa que nos parece evidente. No hay que confundir el convenio con su prueba. La subrogación, dice muy bien Larombière, considerada como convenio, no forma más que un todo con el pago; el art. 1,250 quiere que sea consentida en el momento en que el pago se efectúa. Pero la ley no exige que una sola acta contenga la carta-pago y la subrogación; esto es exagerar el rigor de la ley, ó, por mejor decir, es aumentar el texto, es hacer la ley. (1)

Los editores de Zachariæ distinguen. Entre las partes, es válida la subrogación, aun cuando se haga en documento distinto de la carta-pago. Pero respecto á terceros, la simultaneidad del pago y de la subrogación no se probará "en general," sino cuando la carta-pago mencione igualmente la subrogación; de suerte que no se podría oponer la subrogación á los terceros si se relatase en un escrito distinto de la carta-pago, aun cuando los dos documentos

1 Gauthier, pág. 114, núm. 109. Larombière, t. III, pág. 188, número 6 del art. 1,250 (Ed. B., t. II, pág. 192).

llevarse la misma fecha. Se funda esta distinción en el artículo 1,321; el escrito que comprueba la subrogación, modificaría los efectos de la carta-pago lisa y llana; así, pues, constituiría una carta en contrario respecto á los terceros interesados en sostener la extinción absoluta de la deuda. Demolomba, el último autor que ha escrito sobre la materia, no cree que la subrogación fuese necesariamente nula por el hecho solo de que se hubiesen levantado dos actas; y tiene razón, porque la ley se limita á exigir la simultaneidad de hechos jurídicos, y no prescribe la simultaneidad de los escritos. Sin embargo, dice Demolombe, esta manera de proceder sería peligrosa, porque los terceros podrían sostener que hay contra-letra. (1) ¡Y podrían hacerlo! La cuestión está en saber si estaría fundada tal pretensión. ¡Cuánta incertidumbres, hasta en los autores más exactos! Creemos nosotros que hay que atenerse estrictamente al principio de que la subrogación es independiente del escrito; luego la redacción de dos escritos que comprueban uno el pago y otro la subrogación, no prueba que no haya habido simultaneidad del pago y de la subrogación. El convenio es anterior al escrito que no hace más que hacerlo constar, luego hay que ver lo que pasó al celebrarse el convenio; la subrogación es válida, aunque la escritura se haya tirado más tarde. La jurisprudencia ofrece de esto algunos ejemplos que ya citamos al tratar de la simultaneidad (núm. 26). En cuanto á los principios que rigen las contra-escrituras, no se trata de ellos: el pago y la subrogación son dos hechos distintos, luego nada impide que se comprueben con documentos separados.

30. La jurisprudencia es todavía más confusa que la doctrina, porque habitualmente los prácticos confunden el convenio con el escrito que lo comprueba; para ellos, "el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 172 y nota 15, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 318, núm. 371.

acta" es el "convenio;" y esta práctica ejerce pésima influencia en las resoluciones judiciales.

Se ha preguntado si la subrogación consentida por el acreedor debe constar en documento auténtico. Ha habido una corte que haya decidido la cuestión afirmativamente. (1) El error es evidente, y basta leer el art. 1,250 para convencerse de ello. Como dice muy bien la Corte de Bruselas, la ley distingue dos casos de subrogaciones convencionales, la que el acreedor consiente y la que es consentida por el deudor; (2) para estas últimas, el art. 1,250 prescribe documentos auténticos, mientras que para la primera ni siquiera se necesita documento, pues está regida por el derecho común, supuesto que el Código no la deroga. Tal es también la doctrina de la Corte de Casación de Francia.

¿Puede hacerse la subrogación en documento privado? Esta es una de esas cuestiones que ni siquiera deberían proponerse. Lo que excusa á los intérpretes es que el lenguaje del legislador es acaso tan inexacto como el de los prácticos. Así, el art. 1,582 dice que la venta puede hacerse por documento auténtico ó por documento privado, lo que parece decir que se necesita un documento; no se necesita para la venta y tampoco para la subrogación. Sin embargo, la cuestión se ha presentado en varias ocasiones ante la Corte de Casación. En el primer caso, había un documento privado, y las partes lo habían reemplazado con un documento auténtico; se pretendía que el primer escrito probaba la simultaneidad de la subrogación y del pa-

1 Grenoble, 13 de Mayo de 1824 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1.864, II).

2 Bruselas, 2 de Febrero de 1857 (*Pasicrista*, 1858, 2, 59). Denegada, 2 de Julio de 1863 (Dalloz. 1863. I. 337). Una sentencia de la Corte de Metz decide que la subrogación puede ser válida, pero lo hace así en virtud de un falso principio; la Corte ~~identifica~~ la subrogación con la cesión. Sentencia de 10 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, I, 209).

go, y que dicho escrito no tenía ninguna fuerza probatoria porque no era más que una nata informe. (1) Y ¿qué importa? ¿Acaso es preciso que las partes redacten un escrito de sus convenios en el instante mismo en que consienten? Como lo dice la Corte de Casación en otro negocio, la ley no exige escrito, y basta con un convenio verbal; hay, pues, que fijarse en el momento del convenio para ver como pasaron las cosas. (2)

31. Las partes que redactan un escrito obran prudentemente. Pero nosotros estamos discutiendo cuestiones de derecho y no de pendencia. ¿Qué probará el escrito? Se aplica el derecho común. Así, pues, se trata de una cuestión de interpretación. Los documentos están á veces tan mal redactados, que no se sabe lo que el redactor ha querido decir. Una escritura de subrogación dice que el acreedor ha sido pagado en la suma que se le debía, "tanto ante como presentemente," parte con dinero del deudor, parte con dinero del tercero subrogado. Estas expresiones son á tal punto vagas, dice la Corte de Casación, que no puede reconocerse qué suma había sido pagada por el tercero en el momento de la subrogación; ni siquiera se sabe si una suma cualquiera la pagó él en esa época. En esta incertidumbre ¿qué hacer el primer juez? Ha tenido que resolver que no estaba establecido que el pago se hubiese hecho al mismo tiempo que la subrogación; que, por consiguiente, las prescripciones del art. 1,250 no se habían cumplido. (3) En el caso de que se trata, el notario con todo intento había redactado la escritura en términos incomprensibles. De hecho, el acreedor había recibido el pago de su deudor, y, por lo mismo, no podía tratarse de subrogación consentida por el acreedor. La sentencia de la Corte de Nimes comprobó este hecho, y por ello se le enta-

1 Denegada, 16 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 145).

2 Denegada, 20 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 309).

3 Denegada, 13 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 166).

bló querella; la Corte de Casación contesta que la de Apelación había examinado subdiariamente los hechos de la causa que venían en apoyo de su decisión; la decisión misma se fundaba en la escritura de subrogación, cuyos términos probaban que el art. 1,250 no se había observado.

32. Los documentos privados tienen grandes inconvenientes; en primer lugar, no hacen fe alguna por sí mismos, y se necesita que la escritura sea reconocida ó verificada judicialmente; en segundo lugar, no hacen fe de su fecha respecto á terceros. Este último punto es, sobre todo, muy importante en materia de subrogación. El subrogado tiene un escrito privado que comprueba el pago y la subrogación. ¿Puede oponerlo á los terceros si el escrito no trae fecha cierta conforme al art. 1,328? En principio, nó; el artículo 1,328 establece una regla general que debe recibir su aplicación en todos los casos; luego los terceros pueden oponerlo al subrogado. Sin duda que el escrito no es necesario para la validez de la subrogación, pero sí puede ser necesario para la prueba, porque con frecuencia el subrogado no tiene otro modo de probar la subrogación.

El principio que acabamos de asentar es incontestable, pero su aplicación no carece de dificultades. Desde luego hay que ver cuál es el tercero que invoca el art. 1,328. ¿El deudor es un tercero? Sin duda; sin embargo, él no puede oponer al subrogado que la escritura de subrogación no tiene fecha cierta. Generalmente carece de interés. ¿Qué importa que la subrogación no sea válida? No por eso deja de ser deudor, luego debe pagar, si no al subrogado, al menos al subrogante. Ha sucedido que el deudor se ha prevalido de la carta-poder á la vez que rechazaba la subrogación. La Corte de Casación rechazó esa pretensión por una razón perentoria; no es permitido rescindir una prueba invocada por una parte y apartada por la otra; el que invoca la escritura como carta de pago debe también acep-

tarla como subrogación. Lo que decimos del deudor se aplica á todos los que estan ligados por la deuda, sea personal, sea hipotecariamente. (1)

Hay otros terceros que pueden invocar el art. 1,328, sin que pueda oponerseles ninguna ecepción. El subrogado tiene un recibo bajo firma privada que lo subroga en los derechos del acreedor; esta carta de pago no tiene fecha cierta; cuando él quiere ejecutar sus derechos contra el deudor ó los fiadores, un cesionario se presenta portador de un documento que tiene fecha cierta, posterior á la carta de pago: ¿quien predominará? ¿el cesionario ó el subrogado. El subrogado no puede oponer la carta de pago al cesionario, porque no tiene fecha cierta, lo que decide la cuestión. Pasaría lo mismo si un primer subrogado estuviese en conflicto con un segundo subrogado; el segundo triunfaría, si tuviese un documento auténtico ó privado con fecha cierta, y si el primero no tuviese más que un escrito privado sin fecha cierta. De la misma manera si un tercer acreedor del subrogante hubiese practicado un secuestro en manos del deudor, el subrogado no podría oponerle la subrogación si el documento no tuviese fecha cierta. La jurisprudencia se halla en este sentido. (2)

Según el texto y los principios, no hay duda alguna. Sin embargo, se objeta que la jurisprudencia permite que se opongan á los terceros costas de pago que no han adquirido fecha cierta conforme al art. 1,328. Examinaremos esta doctrina al tratar de la prueba de las obligaciones. A nuestro juicio, es inadmisibile. Aun cuando se la admitiese, no se podría aplicar á la escritura subrogatoria; en

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 178 y nota 7, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 364, núm. 379). Denegada, 20 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 309), y 7 de Abril de 1858 (Daloz, 1858, 1, 156).

2 Denegada, 31 de Enero de 1843 (Daloz, *Obligaciones*, número 1,853). Aubry y Rau, t. IV, pág. 170 y nota 8, pfo. 321. Duranton, t. XII, pág. 327, núm. 331.

efecto, no es un simple hecho de pago lo que el subrogado opone á los terceros, sino un pago acompañado de subrogación, y él quiere probar con el escrito que opone á los terceros la simultaneidad de la subrogación y del pago. Hé aquí una cuestión del todo diferente á la que la jurisprudencia ha resuelto; no se trata de saber si una carta de pago tiene fuerza probatoria contra el tercero, sino de saber si puede uno prevalerse contra ellos de una escritura subrogatoria que no ha recibido fecha cierta conforme al art. 1,328. (1)

33 Los principios rigurosos del derecho civil reciben aplicación en materia mercantil. Según los términos del art. 109 del Código de Comercio, las compras y las ventas se comprueban por la prueba testimonial, en el caso en que el Tribunal crea que debe admitirla; la jurisprudencia aplica esta disposición á todo género de convenios mercantiles; se ha fallado que la subrogación puede probarse entre banqueros por medio de su correspondencia. El artículo 109 da á los jueces consulares un poder de apreciación que les permite admitir ó rechazar toda especie de pruebas que no fuesen admitidas en materia civil. Este poder discusional contesta á la objeción que se hace de que la correspondencia y, con mayor razón, los testimonios favorecen el fraude; en materia mercantil, la ley se atiene al juez, que desechará la prueba si hay sospecha de fraude, y la aceptará si la prueba no le infunde sospechas. (2)

34. Aun cuando la escritura fuese regular en la forma y capaz de oponerse á los terceros, éstos pueden atacar la subrogación y sostener que es nula. El escrito que se les

1 Larombière, t. III, pág. 219, núm. 36 del art. 1,250 (Ed. B., tomo II, pág. 203). Demolombe, t. XXVII, pág. 327, núm. 381.

2 Besançon, 9 de Febrero de 1858 y denegada, 14 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1852, 1, 150). Denegada, 2 de Julio de 1863 (Daloz, 1863, 331).

opone no es más que una prueba, y toda prueba puede combatirse. Aquí también hay que distinguir: todo tercero es admitido á probar que la subrogación es nula, sea porque el subrogado no ha hecho el pago, sea porque la subrogación fué consentida después del pago. Pero la nulidad puede cubrirse por una confirmación expresa ó tácita. Esto no es más que el derecho común, que la ley no deroga. La confirmación no puede hacerse sino cuando la escritura es nula, porque no se confirma una escritura inexistente. Queda por saber cuándo la subrogación es nula y cuándo es inexistente. Sería inexistente cuando fuese fraudulenta; es decir, cuando el pretendido subrogado no hubiese pagado el crédito en el cual fué subrogado: no se concibe subrogación sin pago, porque la subrogación no es más que una modalidad del pago si realmente hubiese pagado el subrogado; pero si la subrogación se hubiese consentido posteriormente al pago, los elementos de la subrogación existen; en tal caso, se concibe la confirmación. Luego si el deudor ha aceptado la subrogación, ya no puede admitirse á que la ataque. (1)

35. Si no ha habido confirmación, los terceros interesados pueden atacar la escritura, aunque tenga fuerza probatoria respecto de ellos. La escritura no prueba más que una cosa, el hecho material de la declaración que hace constar, pero no prueba la verdad de esa declaración. Si los terceros ponen en duda la realidad material de las declaraciones, deben alegarlo judicialmente. Si únicamente descubren la verdad de las declaraciones, pueden combatir la escritura por toda clase de pruebas legales. Esto no es más que el derecho común. ¿Pueden pedir pruebas por testigos y por presunciones que la subrogación no tuvo lugar al hacerse el pago? No tiene duda la afirmativa, si ellos atacan la subrogación como fraudulenta. Pero si no alegan

1 Denegada, 31 de Mayo de 1848 (Daloz, 1848, 1, 209).

fraude alguno ¿será preciso que prueben sus alegaciones con escritos que tengan fecha cierta? Se les opone una carta-pago subrogatoria; ellos sostienen que la deuda estaba ya extinta al hacerse la subrogación, sea por el deudor, sea por cualquiera otra persona que la que se prevale de la subrogación, sin que por otra parte se reproche ninguna exclusión á esta última. Ensenábase que no son admitidos á probar la extinción anterior de la deuda sino por medio de escritos que hayan adquirido fecha cierta antes de la carta-pago subrogatoria. Si ellos alegan escritos, claro es que éstos deben tener fecha cierta, conforme al art. 1,328; esto no es más que el derecho común. Pero ¿no podrían probar la extinción anterior por testigos y por presunciones? Así lo creemos; en llegado el caso de aplicar el artículo 1,348. Cuando el demandante se ha visto en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, se le acepta la prueba por testigos, sea cual fuere el importe del litigio. Y esta es precisamente la posición de los terceros que permanecen extraños á todo lo que ha ocurrido entre el acreedor y el tercero subrogado. (1)

36. Cuando la subrogación consentida por el acreedor es nula ¿el subrogado tendrá una cesión de garantía? Se ha fallado que no había lugar á garantía, cuando la subrogación es nula por falta de simultaneidad en la subrogación y el pago. La Corte de Casación dice que si se considera la nulidad como resultante de un vicio de forma, á ninguna de las partes se le puede declarar responsable, porque aquella nulidad no es culpa suya; y que si la nulidad se considera como un vicio de fondo, no compromete más al acreedor subrogante, porque, en el caso de que se trata, el acreedor había subrogado sin garantía ni restitución de dinero. (2) Esta decisión implica que el acreedor estaría

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, págs. 172 y 173, pfo. 321.

2 Denegada, 13 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 165).

sometido á la garantía si hubiese subrogado al tercero en un crédito que no existía. Antes hemos dicho (núm. 24) que, en nuestra opinión, el subrogante nunca está obligado á garantía, porque la subrogación no es una cesión; es un pago en cuya virtud el tercero que paga puede tener una acción de repetición de lo indebido contra el acreedor que ha recibido lo que no le es debido.

*Núm. 2. De la subrogación consentida por el deudor.*

*1. Objeto y utilidad.*

37. Según los términos del art. 1,250, núm. 2, hay, además, subrogación convencional “cuando el derecho pide prestada una suma para pagar su deuda y subroga al prestador en los derechos del acreedor.” Tal subrogación coincide con todos los principios. ¿Es concebible que el deudor ceda los derechos que pertenecen al acreedor? La subrogación es una cesión ficticia; se confunde la ficción cuando el propietario del crédito lo cede, pero no se comprende que el deudor ceda derechos que pertenezcan al acreedor contra éste. Hay, además, otro principio en materia de subrogación que está en oposición con el derecho que el artículo 1,250 da al deudor. El acreedor no interviene en una subrogación que tiene por objeto la cesión de sus derechos; aun más, aquella se hace á pesar de su oposición; sin embargo, el art. 1,232 dice que no se puede forzar al acreedor á que subroga á aquel que le paga; y hé aquí que el deudor forza al acreedor á que ceda su crédito al prestador que le ha procurado el dinero con el cual paga. ¿Cómo explicar estas extrañas anomalías?

38. El origen de esta subrogación nos da á conocer su objeto y lo explica, si no como una institución jurídica, al menos como una institución útil. Fué introducida por un edicto de Enrique IV de Mayo de 1609. El tipo más

común de las rentas atrazadas que era al 12 p.℞, había bajado al 6½ p.℞. Los deudores de rentas constituidas al tipo de 8½ trataron de pedir prestado al tipo de 6½ para reembolsar su deuda, aprovechándose de la reducción de la renta. Pero los capitalistas exigían garantías que muchos deudores no podían dar sino subrogando á los nuevos prestadores en los derechos de los acreedores primitivos. Esta subrogación no podía hacerse sino con consentimiento de los acreedores, y éstos, naturalmente, se negaban á recibir el reembolso de capitales impuestos al 12, cuando ya no podían imponerlos sino al 16. La mala voluntad de los acreedores, dice Enrique IV, privaba á los deudores del beneficio de la reducción de la renta. No había más que un medio de vencer su resistencia, permitir á los deudores que subrogasen á los prestadores sin el consentimiento de los acreedores, y, en caso necesario, á pesar de su oposición, tal fué el objeto del edicto de 1609. La subrogación autorizada así por la voluntad del deudor, ha sido mantenida por los autores del Código. Ya no es de temerse ni de preverse la reducción de las rentas, por la excelente razón de que ha venido á ser inútil, siendo libre el tipo del rédito; pero esta misma libertad hace que la subrogación sea útil y necesaria. El tipo del interés varía según el valor en curso del dinero. El que se ve obligado á pedir prestado al 8 p.℞ cuando escasea el dinero, tiene vivísimo interés en arreglar un préstamo al 4 p.℞ cuando el dinero es abundante; si el primer préstamo está garantizado con hipotecas, él encontrará con facilidad quien le preste, subrogando al nuevo acreedor en los derechos del antiguo.

Queda por justificar esta subrogación bajo el punto de vista de los principios. La operación es ventajosa para el deudor y esto ni tiene que decirse; es útil al prestador, pues que halla una imposición segura á sus capitales. Sola-

mente el acreedor es el lesionado, en el sentido de que se ve obligado á recibir el reembolso de un capital impuesto á un rédito elevado, siendo que éste ha bajado; en realidad, el reembolso no es para él una pérdida, sino la baja del interés; en cuanto al pago, tenía que esperarlo, puesto que es un derecho del deudor; que el deudor pague con dinero propio ó con prestado, no le importa al acreedor; y que el nuevo prestador sea subrogado en sus derechos, no le causa daño alguno; luego bajo el punto de vista práctico, la subrogación se justifica perfectamente. En cuanto á la dificultad de derecho, está resuelta por el legislador que se guía por motivos de interés general: ¿qué importa que la subrogación sea consentida por quien no tiene poder para consentirla? Después de todo, la subrogación no atenta contra ningún derecho, desde el momento en que el legislador es libre para obrar como se le ocurra. (1)

## II. Condiciones.

39. El art. 1,250 dice que la subrogación se opera cuando el deudor "pida prestada" una suma para pagar su deuda y que subroga "al prestador" en los derechos del acreedor. Luego la ley supone que el deudor paga á su acreedor con dinero "prestado" y que el nuevo "prestador" se aprovecha de la subrogación. ¿Es preciso que el deudor haya recibido el dinero á título de préstamo? Generalmente se decide que la ley no es demostrativa, que prevee el caso ordinario sin que quiera excluir los demás. Esta interpretación encuentra algún apoyo en la tradición. Veamos un caso que se presentó bajo el imperio del Código Civil y que era frecuente en el antiguo derecho. Un padre constituye á su hija una dote en dinero; se estipula que los dineros dotales se emplearán en pagar una deuda hipotecaria, no

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 191 bis, L. IV. Toullier, t. IV, 1, pág. 97, núm. 98.

dando subrogación. Se falló que la subrogación podía hacerse en virtud del art. 1,250. (1)

Hacemos á un lado el derecho antiguo; el edicto de 1609 estaba concebido en términos generales que permitían al deudor subrogar á todos los que "facilitaban" (tal es la expresión del edicto), sin que importase con qué título, el dinero con que aquél cubría su deuda. El Código no habla más que de dinero prestado y de la subrogación del prestador. ¿Puede extenderse el texto á un caso que el no prevee? Muy dudoso nos parece esto. Nada hay "demostrativo" en materia de subrogación; todo es de derecho estricto. Dicese en vano que ninguna razón hay para subrogar la disposición en caso de préstamo; contestaremos que ese es precisamente el caso para que se introdujo; en el espíritu del edicto, la subrogación se establecía por interés del que pedía prestado, mientras que la subrogación consentida mediante dineros dotales, tendría más bien por objeto garantizar el reembolso de la deuda. Tal no es la hipótesis que el legislador ha tenido en la mente. Si se tratara de un principio de derecho común, podría extendersele por vía de analogía, pero la suprogación por el deudor es demasiado anómala para que pueda explicarse por vía de analogía.

40. ¿Es preciso que el deudor haga el reembolso íntegro de su deuda para que tenga lugar la subrogación en provecho del prestador? Así lo han pretendido; la Corte de Lieja ha rechazado tan singular pretensión. (2) Es indudable que el acreedor puede rehusar un pago parcial, y entonces no es cuestión de subrogación. Pero si el acreedor consiente en recibir un pago parcial, no puede impedir la subrogación, porque permanece extraño á ella; la

1 Metz, 16 de Agosto de 1811. Mourlón, *De la Subrogación*, página 328 y todos los autores, con excepción de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,865.

2 Litj, 3 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 299).

subrogación es perfectamente válida, porque se está dentro del texto y del espíritu de la ley.

41. El art. 1,250 supone que el "deudor" pide prestado. ¿Hay que limitar la subrogación al deudor principal? Todos admiten que la subrogación la puede consentir el que tiene interés en pagar y que, en razón de este interés, queda subrogado en virtud de la ley cuando paga con su propio dinero; si pide dinero para pagar, debe tener el derecho de subrogar al prestador. Esto no se discute en el caso previsto por el art. 1,251, núm. 1; es decir, cuando el que es acreedor paga á otro acreedor que le es preferente en razón de sus privilegios é hipotecas. Hay una sentencia de la Corte de Casación á favor de esta opinión. (1) No equivale esto á extender una disposición anómala más allá de los límites que la ley ha trazado á la ficción. Tal sería nuestra opinión. El art. 1,250 habla únicamente del "deudor" que pide prestado; y el acreedor que paga á otro anterior no es, ciertamente, deudor. Luego no se está dentro del texto de la ley, y su espíritu es igualmente extraño á dicha hipótesis. El acreedor que paga á otro anterior no lo hace con el fin de aprovecharse de una reducción ó de una baja de créditos; su objeto es muy diferente, como más adelante lo diremos. Que haya razones para autorizar la subrogación en provecho del prestador en todos los casos en que la ley la establece en provecho del que paga, fácilmente lo aceptamos; pero los mejores argumentos del mundo no bastan para admitir una ficción y para extenderla; ahora bien, la subrogación no es una ficción y, en el núm. 2 del art. 1,250, está, además, en oposición con los principios de derecho; el legislador es el único que podrá establecerla, y en vano buscamos un texto que la establez-

1 Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Aubry y Rau, t. IV, pág. 176 y notas 30 y 31 del pfo. 321. Demolombe, tomo XXVII, pág. 343, núms. 397 y siguientes.

ca. Tal es, no obstante, la opinión universalmente aceptada, y hay que tenerla en cuenta en la discusión que vamos á emprender.

42. ¿El adquirente de un inmueble que emplea el precio en el pago de los acreedores hipotecarios, puede subrogar al prestador que le ha facilitado el dinero con el cual paga á los acreedores? Que puede subrogarlo nadie lo pone en duda. En efecto, si se admite la subrogación en provecho del prestador en el caso del núm. 1 del art. 1,250, con mayor razón se debe admitir en el caso del núm. 2, puesto que el adquirente de un inmueble gravado con hipotecas es deudor en cierto concepto y está obligado hipotecariamente al pago de la deuda. La dificultad está en determinar los efectos de la subrogación.

Véase el ejemplo que se dá. Yo vendo á usted un inmueble en 100,000 francos, gravado con tres hipotecas á favor de A, B y C. Usted pide prestada una suma á 50,000 francos para apartar de todo interés á los acreedores A y B. Después, el inmueble es embargado y vendido á un subadquirente. Se presentan al orden, el prestador por 50,000 francos, el acreedor C que no ha sido pagado y el vendedor por los 50,000 francos que se quedan debiendo. ¿El prestador subrogado en los acreedores A y B tendrá primacía sobre el acreedor C y el vendedor? La cuestión era controvertida en el antiguo derecho y todavía lo es en derecho moderno. Nosotros creemos que el prestador tiene la primacía sobre el vendedor y el acreedor posterior.

La dificultad es esta: ¿el adquirente que paga á los acreedores con dinero prestado subrogando al prestador, lo subroga en los derechos de los acreedores ó lo subroga en los derechos del vendedor? Si el prestador es subrogado al vendedor, éste puede invocar el principio del artículo

lo 1,252, según el cual, la subrogación no daña al subrogante; así, pues, el vendedor tendrá primacía sobre el prestador, y éste estará también en segundo lugar del acreedor, que es el que tiene acción sobre el vendedor. Si, al contrario, el prestador es subrogado en los derechos de los acreedores á quienes paga, prevalecerá el vendedor y el acreedor posterior, porque él ejercita los derechos de los acreedores que ciertamente habían prevalecido sobre el vendedor y sobre el acreedor posterior.

En nuestra opinión, la cuestión está resuelta por el texto del art. 1,251, núm. 2. La ley subroga al adquirente que paga á los acreedores inscriptos sobre el inmueble vendido ¿A quién lo subroga? Naturalmente á los acreedores á quienes paga, luego el adquirente que paga el precio de sus dineros es subrogado en los derechos de los acreedores; en consecuencia, si él paga á sus acreedores con dinero prestado, subroga al prestador en los derechos de dichos acreedores. Esto nos parece decisivo.

Hay, sin embargo, una objeción muy seria. En el caso del art. 1,250, núm. 2, el "deudor" es quien subroga al prestador en los derechos del acreedor. ¿Y quién es, en el caso de que se trata, el deudor, y quién el acreedor? El adquirente es el deudor y el vendedor es el acreedor; para cubrir esta deuda es por lo que el adquirente paga su precio á los acreedores inscriptos; éstos no son, en realidad, más que los mandatarios del vendedor; el adquirente no es su deudor, es tercer detentor, y quien dice tercer detentor dice "tercero" en la "deuda;" luego el adquirente no es su deudor, y ellos no son sus acreedores. Por lo tanto, no estamos en las condiciones de la subrogación del art. 1,250, núm. 2; el prestador estará, á la verdad, subrogado, pero no estará subrogado á los acreedores, sino al vendedor, de quien los acreedores no son más que los mandatarios. La consecuencia es que el deudor y sus coausantes pueden

oponer el art. 1,252 al prestador. Es de todo punto cierto que el adquirente no es el deudor personal de los acreedores suscriptos, pero si está obligado respecto de ellos hipotecariamente, y á este título de deudor hipotecario la ley le permite que pague con subrogación á los acreedores suscriptos; luego realmente está subrogado á estos acreedores. El adquirente reúne dos calidades en su persona, es deudor personal y es deudor hipotecario; como deudor personal, puede pagar al vendedor con subrogación; en este caso, será suplantado en virtud del art. 1,252; como deudor hipotecario, puede pagar á los acreedores suscriptos y, en este caso, el vendedor no puede oponerle el art. 1,252, puesto que no es á él á quien el prestador queda subrogado. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Nimes á favor de esta opinión, y la Corte de Casación la ha confirmado. Las dos decisiones son muy motivadas.

43. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, basta el simple consentimiento del subrogante, y no se requiere ninguna formalidad; si las partes levantan un escrito, es únicamente para tener una prueba literal de su convenio. No pasa lo mismo con la subrogación consentida por el deudor; para que sea válida, dice el art. 1,250, 2.º, se necesita que el acta de préstamo y la carta de pago se hayan celebrado ante notario. Esto no es suficiente, la ley indica lo que debe contener el acta de préstamos; es preciso que en ella se declare que la suma fué pedida prestada para hacer el pago. Y es preciso que en la carta-pago se declare que el pago se hizo con dinero prestado.

¿Cuál es la razón de estas formalidades? Mourlón dice que es muy difícil precísalas. No basta con contestar que la ley ha querido prevenir el fraude, sino que debe decir-

1. Nimes, 29 de Enero de 1861, y Denegada, 28 de Abril de 1863 (Daloz, 1863, 2, 21, y 1863, 1, 329).

se en qué consiste el fraude y en qué sentido las formalidades prescriptas por la ley lo impiden ó lo dificultan.

Yo poseo un inmueble por valor de 50,000 francos hipotecado á dos acreedores; Pedro está registrado por 50,000 francos y Pablo por 50,000. Paga el primero, la hipoteca se extingue; el segundo acreedor viene á ser el primero. Urgido por la necesidad, quiero pedir prestado nuevamente una suma de 50,000 francos; no tengo ninguna garantía que ofrecer, porque mi inmueble está hipotecado por todo su valor. Para asegurar una garantía al nuevo prestador antidato el préstamo dándole una fecha anterior al pago del primer acreedor hipotecario, como si el préstamo si hubiese hecho para pagar á este acreedor. El documento es fraudulento; me procurará una suma de 50,000 francos, pero será á expensas del segundo acreedor hipotecario, que, convertido en primer acreedor por efecto del pago real, volverá al segundo lugar por efecto de la subrogación fraudulenta. El documento auténtico que exige el art. 1,250 previene este fraude, porque no se antidatan los documentos auténticos. Hay que agregar que no es necesario un documento auténtico, puesto que bastaría exigir un documento privado con fecha cierta.

Veamos otro fraude. Yo pago al primer acreedor hipotecario con caudales que me pertenecen, pero en vista de futuras eventualidades, quiero procurarme, por fraude, el medio de recobrar los 50,000 francos que pago al acreedor. Con tal fin, hago un documento de préstamo simulado y subrogo al prestador ficticio en los derechos del acreedor; pago á éste con mis caudales, pero haciendo constar por la carta-pago que estos caudales han sido pedidos prestados. Armado con estos dos documentos, podré, coludido con el prestador, presentarme á la orden sobre el inmueble vendido y hacerme pagar de preferencia á los acreedores posteriores á quienes realmente despojo de sus derechos por

este fraude. ¿El documento auténtico que la ley prescribe prevendrá el fraude que quiero practicar con perjuicio de mis acreedores? Nó, pero sí lo dificultará más. El fraude podrá siempre hacerse si encuentro un cómplice, pero los acto-formas retroceden á menudo ante la necesidad de hacer constar el fraude en un documento auténtico; en seguida el notario, si se apercibe del fraude, rehusará su ministerio; por último, el prestador ficticio puede él mismo ser engañado y abrirá los ojos por lo que pase en presencia del notario. Así, pues, la autenticidad es un freno contra el fraude, pero un freno que por desgracia es insuficiente. (1)

Es posible, además, que un tercer fraude se dirija sucesivamente á varios capitalistas para pedir prestada la misma suma con la misma subrogación. Si me encuentro dos que consientan en adelantarme la suma que pido, uno de ellos será el engañado. ¿La autenticidad prevendrá este fraude? Nó, únicamente lo hace difícil, supuesto que da cierta publicidad á los actos. Existe una garantía más eficaz, y es la publicidad legal y completa prescrita por nuestra ley hipotecaria. Más adelante insistiremos sobre este punto.

Lo que acabamos de decir es concerniente á la autenticidad del documento de préstamo. En cuanto á la autenticidad de la carta de pago, ella previene las "posdatas." He pagado desde hace varios años á un acreedor que tenía una primera inscripción sobre un inmueble. Hago un nuevo préstamo entendiéndome con el antiguo acreedor, que consiente en darme una nueva carta de pago como si acabara de recibir su pago. Por este convenio fraudulento con el primer acreedor, hago revivir su crédito y lo extingo ficticiamente con el nuevo préstamo. Este fraude sería fácil si los documentos pudieran hacerse bajo forma privada, porque se posdata con la misma facilidad que se an-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 365, núms. 191 bis, VI-VII.

tidota. El fraude se dificulta más cuando la subrogación tiene que hacerse ante notarios. Mi antiguo acreedor habría podido darme una nueva carta-pago, á la ligera, sin comprender mi intención fraudulenta; se iría para atrás cuando sepa de qué se trata. Además, como acabamos de decirlo, se decide uno más fácilmente á hacer el papel de esta forma, en secreto, que en público. De todas suertes, si el fraude se ha hecho más difícil, es imposible estorbarlo cuando se encuentran defraudadores dispuestos á pasar por todo.

44. Ahora que conocemos el objeto de las formas prescritas por el art. 1,250, queda por determinar su carácter jurídico. Se ha escrito que la subrogación consentida por el deudor, es un acto "solemne." (1) Actos solemnes son aquellos para cuya existencia tienen que observarse ciertas formas: por ejemplo, la donación. ¿Quiere acaso decir, se que la subrogación será inexistente si el documento de préstamo y la carta de pago no están en la forma que la ley exige? A nuestro juicio, la subrogación no es un acto solemne en ese sentido. Las solemnidades que se requieren para la existencia de un acto jurídico, son las que se refieren al consentimiento; se tiene á éste por no existente cuando no se ha expresado en las formas solemnes. Ahora bien, las formalidades del art. 1,250 nada tienen de común con el consentimiento de las partes contrayentes; luego no hay lugar á considerarlas como substanciales. Pero sí son necesarias para la validez de la subrogación. No basta con que el préstamo y el pago mediante los caudales pedidos prestados, consten para que el prestador sea subrogado; se necesita un documento auténtico de préstamo y una carta auténtica que contenga las indicaciones que la ley exige. (2)

1 Murlon, *De la Subrogación*, pág. 318, Compárese Demolombe, t. XXVII, pág. 381, núm. 434.

2 Denegada apelación, 14 de Noviembre de 1353 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1874, 1°).

¿Debe inferirse de que las formalidades se requerían únicamente para la validez y no para la existencia de la subrogación, que la nulidad pudiera cubrirse por la confirmación expresa ó tácita de las partes interesadas? Es verdad que los actos nulos son susceptibles de confirmación, mientras que no se confirman los actos inexistentes; pero hay otro principio que se opone á que se confirme la subrogación irregular, y es que las formas se prescriben por interés de los terceros para prevenir el fraude, luego son de interés general; ahora bien, las nulidades de orden público no pueden cubrirse con la confirmación; confirmar es renunciar al derecho que se tiene de pedir la nulidad; las partes interesadas pueden muy bien renunciar á un derecho que se ha establecido en su favor, pero no pueden renunciar á lo que es de interés general. Esto es decisivo.

45. Se necesita un documento de préstamo auténtico y una carta-poder auténtica. Síguese que no habría subrogación si no hubiese documento de préstamo, aun cuando la carta de pago dijese que la deuda ha sido pagada mediante dinero prestado. En efecto, nada haría constar el origen y el destino de esos caudales. (1) La subrogación sería todavía nula si el préstamo y el pago se hubiesen hecho sin documentos, y que en seguida las partes se hubiesen presentado con un notario para comprobar auténticamente el préstamo y el pago. Esto fué resuelto así por la Corte de Rouen. Ningún acto, dice la sentencia, hacía constar en qué día el deudor había hecho el préstamo, ni en qué día había reembolsado á su acreedor, ni si, al pedir prestado, había declarado que su intención era hacer con el dinero prestado todo el reembolso de su deuda, ni si, al pagar, había declarado realizada esa intención. A la verdad, el prestador y el que pide prestado se habían pre-

1 Orléans, 14 de Julio de 1843 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1884).

sentado oportunamente ante un notario y habían declarado, el uno que había prestado anteriormente al deudor una suma que éste reconocía que había recibido para servir al reembolso de la renta debida á su acreedor; el otro que había empleado esta suma en hacer el pago; por último, el acreedor reconocía que había recibido anteriormente el reembolso de la renta. La Corte resolvió que las declaraciones de las partes ante el notario de lo que habían hecho á espaldas de éste, no podían suplir los documentos los actos que el art. 1,250 les impone; la necesidad de proceder favorecería los fraudes que la ley precisamente ha tenido por objeto de impedir. (1) Creemos que esta decisión se funda en el rigor de los principios, por más que haya sentencias menos severas, como más adelante diremos.

46. No debemos inferir de esto que sea enteramente necesario redactar dos documentos auténticos, el primero para comprobar el préstamo y la destitución de caudales prestados, el segundo para comprobar el pago hecho con el dinero prestado. Basta levantar un solo escrito que compruebe á la vez el préstamo y el pago, con la doble mención de que los fondos se prestaron para pagar al acreedor, y que el pago se efectuó con los fondos que provenían del préstamo. Según el texto de la ley, parece que son necesarios dos documentos, pero no hay que aislar, en esta materia, el texto de la tradición; ahora bien, la tradición es constante y admitía que un solo documento era suficiente. No es por una relajación que sería una desviación del origen del derecho, sino, al contrario, porque semejante procedimiento llena mejor las aspiraciones de la ley. En primer lugar, el documento único, como lo suponemos, contiene todas las deducciones que la ley exige; en cuanto al origen, al destino y al empleo del dinero, comprueba los hechos jurídicos que constituyen la subrogación. ¿No

1 Rouen, 21 de Mayo de 1852 (Daloz, 1853, 2, 113).

sería frustratorio y casi pueril exigir que el notario redactara dos escrituras para comprobar hechos que pasan simultáneamente en su presencia y que él puede hacer constar en una sola y misma escritura? ¿Por qué la ley exige documentos auténticos que contengan las menciones que ella prescribe? Para tener la certeza de que los fondos prestados se emplearon en el pago del crédito en el cual el prestador es subrogado. Ahora bien, la certeza es completa cuando el notario hace constar por una sola y misma escritura, que el deudor pidió prestado á Pedro para resarcir á Pablo y subrogarlo en los derechos del acreedor pagado con el dinero que se pidió prestado. (1)

47. El art. 1,250 quiere que en la escritura de préstamo se declare que la suma se pidió prestada para hacer el pago. Ya dimos la razón de esto: el origen y el destino de los caudales deben constar auténticamente, á fin de que se tenga la certeza de que la operación tuvo por objeto subrogar al prestador en el acreedor que sea pagado con el dinero prestado. Se pregunta si debe declararse la deuda que ha de pagarse mediante el préstamo. Tal es la opinión general, salvo el disentimiento de Morlon. (2) Hay un motivo muy serio para dudar en esta materia, que es de derecho estricto, y es que la ley no exige formalmente la indicación de la deuda. No obstante, creemos que la necesidad de esta indicación resulta del texto y del espíritu del art. 1,250. La ley comienza por decir que hay subrogación cuando el deudor pide prestada una suma á efecto de pagar "su deu-

1 Renussón, pág. 277, cap. X, núm. 13. Mourlón, pág. 294; Aubry y Rau, t. IV, pág. 179, nota 39, pfo. 321, Orléans, 19 de Diciembre de 1863, y Denegada apelación de 14 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 255).

2 Gauthier, *De la Subrogación*, pag. 98, núm. 63 bis, Aubry y Rau, t. IV, pág. 177, nota 33, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 357, núm. 409. En sentido contrario, Mourlón *De la Subrogación*, página 263.

da;" es decir, una deuda determinada, y de subrogar al prestador en los derechos del acreedor; es decir del acreedor de esa deuda. Viene en seguida la condición de forma, la escritura de préstamo en la que se declara que la suma se pidió prestada para hacer ese pago: ¿el pago de qué? De la deuda que debe cubrirse con el dinero prestado; es decir, del crédito determinado de que habla el principio del artículo. ¿Se concebiría la subrogación en un crédito indeterminado, puesto el prestador en el lugar de un acreedor que no se designa y ejercitando derechos que no se conocen? Es inútil insistir.

48. La carta de pago debe contener la declaración de que el pago se hizo con dinero procurado para tal objeto por un nuevo acreedor. Esta es una disposición tradicional cuyos motivos explica Renusson. La ley no se conforma con una carta-pago que simplemente comprueba que se pagó la deuda, porque una carta-pago lisa y llana del acreedor que descarga á su deudor extingue la deuda, y una deuda extinta ya no puede revivir; esto implica contradicción. En segundo lugar, se ha querido impedir los fraudes. A cada paso tropezamos con el fraude en esta materia. Renusson indica uno nuevo propósito de una carta-pago lisa y llana. Sucede con frecuencia, dice él, que las personas que han pedido prestado dinero para cubrir sus deudas, se hacen dar carta de pago lisas y llanas, levantando actas separadas para hacer constar la subrogación; por tal medio disimulan sus negocios, ocultan el préstamo que se ven obligadas á contraer; las cartas poder atestiguan en apariencia que pagaron con sus propios caudales; encuentran facilidad para contraer nuevos préstamos, porque los terceros creen que sus negocios se hallan en mejor estado; después de esto, se palpa que los bienes son insuficientes para pagar las deudas, y los terceros se ven burlados y frustrados de lo que se les debe.

49. ¿Quién debe hacer las declaraciones que la ley prescribe? Acerca de este punto el art. 1,250 guarda silencio, y se expresa de una manera indeterminada: la ley quiere que "se declare," pero no dice que deban hacerse las declaraciones. Esto es decisivo. La Corte de Orléans tiene razón para decir que sin duda hay que exigir la reunión de todas las condiciones exigidas por la ley, pero que hay que cuidarse también, añadiendo algo á su texto, de hacer que parezca una subrogación legalmente convenida. En seguida, la Corte decide que no determinando la ley por quién deben hacerse las declaraciones, basta que se hagan por la parte que comparece ante notario. Creamos que la decisión es buena, pero no pasa lo mismo con los motivos alegados por la Corte; el importe en toda materia y sobre todo en la nuestra, es que los jueces motiven rigurosamente sus sentencias, puesto que ellas sirven de precedentes para la ciencia del derecho. Los documentos de préstamo y de carta-pago, dice la sentencia, comprueban convenios unilaterales. Esto no es exacto; todo convenio exige el concurso del consentimiento de las dos partes; no hay préstamo sin el consentimiento del prestador y del que pide prestado, y no hay pago sin una oferta hecha por el deudor y una aceptación del acreedor. Así pues, no podemos admitir que el documento de préstamo se haga sin la presencia del prestador y que la carta de pago se formule sin el concurso de voluntad del deudor. Lo que si es cierto, es que las partes pueden indistintamente hacer las declaraciones que deben hallarse en los documentos de préstamo y de carta-pago. La doctrina esta de acuerdo con la jurisprudencia. (1)

50. Cuando las escrituras no contienen las declaraciones prescritas por la ley, no hay subrogación. La juris-

1 Orléans, 14 de Agosto de 1845 (Daloz, 1845, 2, 72). Gauthier, pág. 182, núm. 166. Demolombe, t. XXVII, pág. 357, núm. 410.

prudencia de la Corte de Casación es, en lo general, muy severa en este punto, y con razón, porque se trata de amparar el interés de terceros, poniéndolos al abrigo de los fraudes que abundan en esta materia. En un documento de préstamo se dice que el deudor reconoce deber una suma por préstamo que el prestador le ha procurado "tanto procedentemente como presentemente al contado, á la vista, y á espaldas del notario." No se decía cual era la porción de la suma que se hubiese pagado precedentemente, ni en que época más ó menos próxima una porción cualquiera de esa suma se hubiese pagado presentemente; ni siquiera se decía si el préstamo anterior se había hecho con ese destino y que se emplearía en cubrir las deudas del que pedía prestado. Así, una parte desconocida del préstamo no se había hecho ante notario; este parte se había entregado al que pidió prestado en una época igualmente desconocida, y ni siquiera se había articulado que esta parte le hubiese sido entregada con designación de empleo. La Corte de Rouen concluyó de todo esto que la subrogación era nula y, interpuesta apelación, la Corte de Casación resolvió que la sentencia atacada había hecho una justa aplicación del art. 1,250. (1)

En otro caso juzgado por la Corte de Casación, el documento litigioso no comprobaba ni el préstamo actual del dinero, ni el pago hecho con éste. El documento se limitaba á recordar un pago, y, por consiguiente, un préstamo anteriormente hecho; se decía que la suma había sido pagada al acreedor por el deudor, que reconocía haberla recibido sin presencia del notario y de los testigos. Dos consecuencias necesarias resultaban de esta enumeración, dice la Corte de Orléans: la primera, que se había hecho un pago sin enunciación del origen y del empleo del dinero; este

1 Denegada apelación, 10 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1878).

pago había extinguido el crédito, y no se había podido hacerlo revivir por una declaración posterior para ceder los privilegios y las hipotecas inherentes, pero que se habían extinguido en el crédito principal. Admitiendo, pues, que el dinero hubiese sido procurado por un prestador, éste no habría tomado la precaución prescrita por la ley de hacer censtar, en el momento del préstamo, el destino especial del dinero prestado y exigir la subrogación en los derechos del acreedor que debía ser reembolsado con el dinero prestado. Llevado el asunto á casación, la Corte falló que el crédito hipotecario habiéndose extinguido lisa y llanamente por un pago hecho al acreedor, sin declaración del origen y del empleo del dinero, la Corte de Apelación no había podido tener en cuenta declaraciones tardías hechas después para procurar una subrogación desprovista de las garantías prescritas por el art. 1,250. (1)

51. ¿Las declaraciones hechas en las escrituras de préstamo y de carta-pago son ó nó suficientes? Esta es una cuestión de interpretación que los jueces del hecho deciden soberanamente. Citarémos un caso en el cual la declaración se juzgó insuficiente, siquiera sea para recordar á los notarios que la más sencilla prudencia les exige que se ajusten estrictamente á la ley. En la escritura constaba un préstamo con garantía hipotecaria; se decía en él que el que pedía prestado “prometía” emplear el dinero en pagar el precio que aún debía de un dominio y subrogar al prestador en el privilegio del vendedor. La Corte dijo que el prestador no aceptó aquella “promesa;” eso equivale, dice ella, á dar fe al que pedía prestado y conformarse con una simple “esperanza” de que se cumpliría la promesa, lo que no le daba acción alguna para obligarlo á ejecutarla. (2)

1 Orléans. 4 de Julio de 1842. Denegada apelación, 28 de Enero de 1845 (Dalloz, 1853, 1, 147).

2 Pau, 25 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 3118).

A nuestro juicio, esta interpretación es demasiado rigurosa é inexacta á fuerza de rigor. La palabra "prometer" en derecho, es sinónima de obligarse; el que "promete" vender, vende si hay también "promesa" de comprar (artículo 1,589). En cuanto á la aceptación de la promesa, resulta de la firma del prestador, supuesto que la ley no exige que se haga de una manera expresa. Luego habla más que una simple "esperanza," había compromiso de subrogar con indicación del empleo; luego se satisfacía el art. 1,250 en lo concerniente á la escritura de préstamo.

52. ¿Se necesita una declaración expresa de subrogación? La negativa es clara; el art. 1,250 no exige subrogación expresa, y el silencio de la ley resuelve la cuestión, puesto que no incumbe al intérprete agregar nada á la ley exigiendo una condición que el legislador no ha prescripto. (1) Esta es una derogación nada feliz del antiguo derecho. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, la ley quiere que sea expresa. ¿Por qué? Porque es una excepción; es decir, una disposición excepcional por excelencia. ¿Y acaso la subrogación consentida por el deudor no es una ficción? Es más que una ficción, es una anomalía, puesto que el deudor cede ficticiamente un crédito que no le corresponde. Luego había un motivo más para exigir que la subrogación fuese expresa.

53. ¿Los instrumentos notariados deben levantarse en el momento mismo del préstamo y del pago? Esta cuestión es controvertida y es dudosa. Cuando se dice que el notario debe levantar acta del préstamo en el momento en que éste se verifica, esto no quiere decir que el dinero deba entregarse en presencia del notario por el prestador al que pide prestado; una cosa es el convenio de préstamo, y

1 Durantón, t. XII, pág. 211, núm. 133. Aubry y Rau, t. IV, página 179, nota 37, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 330, número 413.

otra la entrega de los valores. Del mismo modo, cuando se dice que el notario debe levantar acta del pago, es decir de la extinción de la deuda, esto no quiere decir que el deudor debe entregar el dinero al acreedor en presencia del notario; las partes interesadas pueden declarar al notario que el pago acaba de hacerse mediante el dinero prestado; así, pues, la extinción puede preceder al acto por el cual el acreedor reconoce que ha recibido el pago hecho con el dinero prestado. Hagamos á un lado por el momento el hecho natural de la entrega del dinero, para examinar primero la cuestión de saber si el instrumento notariado debe hacerse en el momento mismo en que se hace el préstamo y el pago.

Hay que precisar el verdadero punto de la dificultad. Existe un caso en el cual es claro que la subrogación es nula, y es cuando el instrumento notariado hace constar un préstamo hecho anteriormente, sin indicación de empleo. Los dineros, en este caso, han pasado á ser propiedad del que los pidió prestados, y dispone de ellos como le ocurre; por lo mismo, no se concibe que más tarde se obligue á emplearlos en cubrir una deuda, porque ya no son prestados, sino propiedad del que los pidió; ahora bien, solamente en caso de préstamo hecho con cierto destino, es cuando la ley permite la subrogación; luego en el momento en que el préstamo se hace, es cuando el destino de la suma prestada debe ser estipulado por las partes interesadas. Si ellas empiezan por consentir lisa y llanamente un préstamo, todo queda consumado, y cesa de haber subrogación. Pasa lo mismo si se hace un pago mediante dinero cuyo origen y destino no constan y sin indicación de empleo, este es un pago liso y llano que extingue la deuda; y una vez que ésta se extingue, no se la puede resucitar para cederla á título de subrogación. En vano se levantaría después una acta notariada en la que se decla-

caso que hubo un préstamo con destino del dinero prestado y un pago realizado con ese dinero; no se puede subrogar en un crédito que ya no existe. La jurisprudencia se halla en este concepto, y ya hemos citado las sentencias (números 45, 50). Esto nos parece incontestable.

Però veamos otra hipótesis en la cual la cuestión se pone dudosa. Necesito una suma de dinero para pagar inmediatamente á mi acreedor que me ha demandado. Usted me presta esa suma, con estipulación expresa de que servirá para extinguir la deuda y que yo subrogaré á usted en los derechos del acreedor. Yo pago la deuda con el dinero prestado, haciendo la declaración de empleo. Ninguna escritura se tira por el momento, pero queda subentendido que las escrituras se tirarán más tarde; si así se hace y si comprueban los hechos tales como acabamos de suponerlos ¿habrá subrogación? En esta hipótesis, á diferencia de la primera, ha habido un convenio de subrogación anterior á las escrituras; no puede decirse que el dinero se haya prestado sin condición de empleo, porque la condición quedó estipulada; no puede decirse que haya habido pago liso y llano, porque se ha hecho con condición de subrogación. Si la ley no exigiese escrito auténtico en donde constase el préstamo y el pago, todo quedaría consumado y la subrogación existiría. ¿Qué falta, pues, á la subrogación para que sea válida? Que los hechos que han pasado consten en el acto notariado. Cuando estos actos se levantan, quedan cumplidos los requisitos de la ley; hay una escritura ó escrituras auténticas que comprueban que el pago se hizo con la mira de la subrogación, con dinero pedido prestado para ese objeto y bajo esa condición.

Se objeta que esta interpretación del art. 1,250 está en oposición con el espíritu de la ley. El legislador, dicen, ha querido impedir que, por declaraciones inexactas, sea sobre el destino de la suma prestada, sea sobre el origen del

dinero empleado en el pago, pudiera hacerse una subrogación que no se hubiese convenido en el momento del préstamo, ó que se hubiese hecho imposible por un pago liso y llano; se comprende que fallaría completamente dicho objeto si declaraciones ulteriores debieran considerarse estableciendo de una manera suficiente el destino de los fondos prestados ó su empleo en el pago de la deuda. (1) Al invocar el espíritu de la ley, implícitamente se confiesa que el texto no prescribe la simultaneidad del convenio y de la escritura que lo hace constar; esto decide la cuestión; desde el momento en que el texto no exige simultaneidad, el intérprete no puede exigirla como una condición de validez de la subrogación. Más decimos: el legislador ha hecho muy bien en no establecer esta presunción de fraude, porque en eso viene á parar la doctrina que estamos combatiendo. Es indudable que pueden ser inexactas las declaraciones que las partes hacen posteriormente al convenio por ante notarios; los terceros, en este caso, tienen derecho á atacarlas. Pero ¿había que presumirlas inexactas *á priori* por el hecho solo de que no fuesen simultáneas? El legislador no lo ha hecho así, y ha tenido razón para no hacerlo. ¿Hay una garantía de sinceridad por el hecho solo de que el acta se hace en el momento mismo en que se celebran los convenios? ¿No pueden ser falsas las declaraciones de las partes en cualquier momento en que se hagan? Todo lo que puede decirse, es que el fraude será más fácil cuando la escritura se tire más ó menos tiempo después que se celebren los convenios. Pero de que pueda haber escrituras simuladas, ¿hay que inferir que todas las escrituras posteriores á los convenios sean simuladas? Tal es la verdadera cuestión. El silencio de la ley prueba que el legislador no ha querido establecer semejante presun-

1 Aubry y Rau, t. IV, pag. 178, nota 34, pfo. 321.

ción. Habría un exeesivo rigor en anular la subrogación por el hecho solo de que esas escrituras no se hubiesen recibido en el momento mismo del préstamo y del pago. El legislador debe tener en cuenta la realidad de las cosas. Muchos motivos pueden impedir á las partes levantar inmediatamente una acta notariada de sus convenios; sería contrario al derecho y á la equidad anular la subrogación, aunque sincera, porque las partes han estado en la imposibilidad de dirigirse á un notario en el momento mismo en que contrataban. Puede haber negligencia; pero ¿una simple negligencia debe privar al prestador del beneficio de la subrogación, cuando los convenios que han precedido á la escritura son sinceros? Puede haber fraude; pues bien, los terceros tendrán la acción de nulidad. No debe presumirse el fraude cuando la sinceridad es posible. (1)

54. Si el convenio puede preceder á la escritura en que consta, con mayor razón no puede exigirse que el dinero se entregue por el prestador al que lo pide en el momento de la escritura de préstamo, ni que el dinero se ponga en manos del acreedor en el momento en que el notario formula la carta-pago. Que la ley no lo exige, parécenos claro, pues únicamente quiere que el dinero que sirve para pagar al acreedor provenga del préstamo. Un primer punto si es aceptado por todos, y es que no es necesario que el dinero entregado al acreedor sea idénticamente el dinero entregado por el prestador al que lo pide. Esta identidad sería imposible las más de las veces, á menos que se exija la simultaneidad de toda la operación; es decir, el préstamo y el pago, en un solo y mismo contexto; y esto ciertamente que la ley no lo ha exigido; el legislador se ha conformado

1 Compárese Larombière, t. III, pág. 278, núm. 78 del art. 1250 (Ed. B., t. II, pág. 224). Colmet de Santerre, t. V, pág. 367, número 191 bis IX. Demolombe, t. XXVII, pág. 362, núm. 415. Mourlón, pág. 280 y siguientes. Gauthier, pág. 188, núm. 190.

con declaraciones recibidas por el notario, (1) salvo que el tercero ponga en duda su sinceridad. Mal habría hecho el legislador en exigir más. Este excesivo formalismo se habría excedido del objeto. La entrega del dinero en presencia del notario, al hacerse el préstamo y la carta de pago ¿sería una garantía de sinceridad? Né, la experiencia prueba lo contrario, puesto que nada es tan fácil como hacer entregas simuladas. Y si la entrega fuese real, podría comprometer los intereses del prestador. Gran imprudencia de su parte, es desprenderse del dinero que presta en el momento en que se contrata el préstamo; en efecto, el que pide prestado puede disiparlos ó emplearlos en otro destino. Había, pues, que dejar toda latitud á las partes interesadas. Es indudable que hay otro interés, el de los terceros, pero está suficientemente resguardado por la acción de nulidad que le pertenece. En cuanto á la entrega del dinero en el acto que comprueba el pago, el prestador tendrá ciertamente interés en que sólo en ese momento se hiciera, pero posible es que haya debido hacerse más pronto; cuando el acreedor ejercita persecuciones, ó amenaza perseguir al dador, "el préstamo y el pago" deben hacerse seguidamente, antes de que se pueda recurrir á un notario para hacer las escrituras. Así, pues, el legislador ha tenido que permitir á las partes, que procedan según las circunstancias. (2)

55. La jurisprudencia vacila; los jueces resuelven según la convicción que tienen de la sinceridad de las escrituras, y formulan los principios según las circunstancias. Una sentencia de la Corte de Orléans decide en términos formales que exigir que el documento de préstamo comprue-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 179, nota 88, pfo. 321. Colmet de Sauterterre, t. V, pág. 369, núm. 191 *bis* XI. Demolombe, t. XXVII, pág. 37, número 422.

2 Orléans, 19 de Diciembre de 1863, y Denegada apelación 14 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, I, 255).

be la realización, á la vista del notario, de los caudales procurados, equivaldría á aumentar el texto de la ley (1) Otra sentencia de la misma Corte es más severa, al menos, si nos atenemos á los considerandos. Una carta de pago formulada el 17 de Septiembre hace constar que el pago tuvo lugar el 11 de Julio. La sentencia dice que esto prueba que la deuda estaba definitivamente extinguida en el momento en que se había levantado la carta de pago subrogatoria. Esto es posible de hecho, pero la Corte ha hecho mal en exigir el hecho en derecho. Es indudable que la liberación se opera por el pago, el cual, se comprueba únicamente por el recibo finiquito, ¿quiere decir esto que cuando el recibo se escribe posteriormente al pago, la subrogación se hace imposible? Sí, si el pago ha sido liso y llano; es decir, si no se hizo con condición de subrogación. Nó, si al hacerse el pago, se dijo que se hacía con dinero prestado, con condición de subrogación y con la reserva de que se hará una carta-pago subrogatoria por escritura notariada. Es, pues, preciso examinar lo que ha pasado entre las partes al hacerse el pago antes de resolver en derecho.

La Corte de Douai ha fallado en términos más absolutos todavía, que no puede lograrse el objeto de la ley sino por la simultaneidad del pago y de la carta de pago subrogatoria; que si fuera permitido separar estos dos hechos por un intervalo de tiempo, resultaría de ello no solamente una falta de certidumbre sobre el origen del dinero empleado en el pago del acreedor, sino también la posibilidad de hacer revivir con las garantías hipotecarias un crédito extinguido por un pago liso y llano. ¿La posibilidad del fraude basta para presumirlo en todos los casos? ¿y la ley ha establecido esa presunción? Tal es la verdadera dificultad y sobre este punto la sentencia nada dice.

1 Orléans, 10 de Enero de 1850 (Daloz, 1851, 2, 124).

La Corte de Casación casi no pronuncia, en esta materia, más que sentencias de denegación y estas sentencias no tienen mucha autoridad de doctrina. Sin embargo, ha permanecido más fiel al texto de la ley que las cortes cuyas decisiones acabamos de analizar. En un caso, el recurso sostenía la tesis que hemos combatido; es decir, que en el momento mismo del préstamo, el dinero debe entregarse al que lo pide prestado y que esta entrega debe constar auténticamente. La Corte contesta que esta doctrina excede la ley; el art. 1,250 no exige la autenticidad sino para la escritura de préstamo, no impone, como condición esencial de la validez de la subrogación, la numeración inmediata de los fondos prestados. La entrega de los valores que realiza el convenio primitivo y consume el préstamo, puede, pues, efectuarse después del acto público de préstamo y no estar comprobado sino por recibos privado. El préstamo se había hecho bajo forma de apertura de crédito y el convenio se había comprobado por instrumento notariado; no se podía, ciertamente, exigir la exhibición previa ó inmediata de los fondos, puesto que es propio de este contrato que el acreedor perciba los fondos á medida que los necesita, y estas exhibiciones sucesivas se comprueban con un simple recibo. (1)

56. ¿El préstamo y el pago deben ser simultáneos. En la opinión que estamos combatiendo debería llegarse hasta ese punto, puesto que ese es el único medio de evitar el fraude, y ni aun así se evitará si todas las partes contratantes quieren hacerse cómplices del fraude. Pero en este punto son formales la tradición y el texto de la ley. Pothier dice: "No importa el tiempo que haya pasado entre el préstamo hecho por el nuevo acreedor y el pago hecho al antiguo." (2) El art. 1,250 consagra la doctrina tradicional;

1 Denegada apelación, 28 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, I, 329).

2 Pothier, *Introducción a la Coutume de Orléans*, tit. XX, núm. 81.

supone dos actos, un préstamo y una carta de pago; es decir, un intervalo entre estos dos actos; la ley nada prescribe sobre la duración de este intervalo. (1) ¿Por qué el Código no ha exigido la simultaneidad del préstamo y del pago? Porque á menudo habría sido imposible la simultaneidad; ahora bien, el legislador favorece la subrogación; para establecerla, recurre á una ficción, deroga los principios; por lo mismo debía también dejar á las partes interesadas la latitud necesaria para proceder á las diversas operaciones según las circunstancias.

Sin embargo, mientras más largo es el plazo que transcurre entre el préstamo y la subrogación, más probable es el fraude. El que pide prestado para pagar una deuda es urgido para pagar, puesto que por interés ó por necesidad contrae el préstamo, luego ninguna razón tiene para esperarse; si espera, la operación se vuelve sospechosa, y es de temerse que haya alguna simulación. ¿Quiere decir esto que haya presunción de fraude? No puede tratarse de una presunción legal, puesto que no hay ley; en cuanto á las presunciones del hombre, se abandonan á la prudencia del magistrado. Esta es una cuestión de prueba. ¿A quién corresponde probar? Supuesto que no hay presunción legal, quedamos dentro del derecho común. Al que ataca la subrogación corresponde probar que las escrituras son fraudulentas, y el subrogado nada tiene que probar. Desde el momento en que hay un documento de préstamo y un recibo escritos en las formas legales, la subrogación existe hasta que la anule la sentencia del Juez. (2)

Los tribunales juzgan de hecho. Una escritura de préstamo se recibe el 20 de Diciembre de 1846; el pago com-

1 París 11 de Abril de 1829 (Daloz, en la palabra *Efectos de comercio*, núm. 599).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 368 núm. 189 bis X. Demolombe, t. XXVII, pág. 372, núm. 424, Aubry y Rau, t. IV, pág. 179, notas 40 y 41, pfo. 321.

probado por recibo no se hace sino hasta el 10 de Febrero de 1847. La Corte de París falló que á pesar de este intervalo no dejaba de ser cierto que los fondos que habían servido para extinguir la deuda provenían del prestador. (1) Los jueces no siempre se limitan á juzgar de hecho; habituados á fallar de derecho, fácilmente ceden á la tendencia que los lleve á transformar el hecho en derecho. Se lee en una sentencia de la Corte de Orléans que el pago y la subrogación tienen que hacerse en un tiempo cercano que á los tribunales corresponde apreciar. De hecho, esto es exacto. Pero ¿de aquí ha de inferirse que si el intervalo entre el préstamo y el pago se prolonga, resultará una presunción contra la sinceridad del acto, en el concepto de que al subrogado corresponde á probar que la subrogación es sincera? La Corte así lo dice invocando la doctrina de los antiguos jurisconsultos; los menos rigurosos, y en las circunstancias los más favorables, fijaban el intervalo en seis meses. ¿Quién no ve que el legislador sólo podría establecer esta condición y deducir de ella una presunción de fraude? La Corte dice que aceptar que en cualquiera época en que se haga el pago, aun cuando sea cinco años después del préstamo, la escritura, no obstante, hará fe por sí misma, sería abrir la puerta á los fraudes y poner á los acreedores en la imposibilidad de defenderse, supuesto que sería imposible seguir el dinero para saber si sirvió al destino ofrecido. (2) Remitimos estas consideraciones al legislador, el único que puede establecer condiciones, el único que puede crear presunciones. El intérprete no puede hacerlo sin violar la ley. ¿Y qué resultaría de esto? Lo arbitrario más absoluto, y lo arbitrario es péssima garantía.

57. Los terceros tienen las garantías del derecho común,

1 París, 30 de Junio de 1853 (Daloz, 1854, 2, 108).

2 Orléans, 3 de Abril de 1851 (Daloz, 1851, 2, 66).

y ellas les bastan, porque dan á los jueces un poder casi discrecional. Se supone que la subrogación es regular en la forma; puede no obstante ser fraudulenta, y los terceros en cuyo perjuicio se practicó el fraude pueden promover la nulidad. Esto es incontestable; pero ¿qué prueba deberán rendir? Se les opone escrituras auténticas; ¿promoverán ellos la falsedad? Nó, porque los instrumentos notariados no hacen fe hasta que se pide la falsedad de las declaraciones que en ellos constan; los que atacan esa sinceridad son admitidos á rendir la prueba por toda vía legal. Puede agregarse que cuando los terceros atacan una escritura como manchada de simulación y de fraude, pueden probar la simulación y el fraude por testigos y por simples presunciones (arts. 1,348 y 1,353). Esto no es más que el derecho común que expondremos en el capítulo "De las Pruebas." (1)

La Corte de Casación ha aplicado este principio al caso en que haya transcurrido un largo intervalo de tiempo entre el préstamo y el pago. De esto surgían dudas sobre la identidad de los fondos prestados y de los que habían servido al pago, y, en consecuencia, sobre la sinceridad de las declaraciones consignadas en las escrituras. La Corte de Apelación, fundándose en las circunstancias de la causa; es decir, en presunciones, decidió que las declaraciones no eran sinceras, lo que acarreaba la nulidad de la subrogación. La decisión fué confirmada por la Corte de Casación, porque la Corte de Apelación no había hecho más que una apreciación que entraba en sus atribuciones soberanas. (2)

58. Renusson dice que en su tiempo se practicaba un fraude que los autores del Código han hecho mal en no preveer, por más que sea facil prevenirlo ordenando la publicidad de la subrogación como condición de validez respecto á los terceros. El deudor, después de haber pedido

1 Douai, 3 de Abril de 1851 (Daloz, 1851, 2, 66).

2 Denegada apelación, 16 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 102).

prestado con condición de emplear el dinero en pagar una deuda subrogando al prestador en el acreedor, contrae un segundo, un tercer préstamo, siempre con la condición de subrogar á los prestadores en los derechos del acreedor. Renusson dice que el deudor puede disipar el dinero prestado y no emplearlo en nada; puede también, pagando su deuda, no declarar con qué dinero la paga, ó puede no hacer esta declaración sino en provecho de uno de los prestadores; se puede también suponer que cumple con las formalidades legales en provecho de todos. Con frecuencia ha sucedido, agrega Renusson, que ciertas personas, viéndose mal en sus negocios, han pretextado que van á construir casas y, habiendo propuesto tal empleo, han pedido prestado á varias personas dinero que han excedido diez veces el valor de lo construido. De aquí una dificultad de derecho en la cual no están de acuerdo los autores. ¿Cuál de los prestadores será subrogado? (1) Si, como Renusson dice, el deudor ha disipado el dinero prestado sin emplearlo en nada, la cuestión cae, supuesto que no hay subrogación cuando no se han satisfecho las formalidades legales. Si el que pide prestado no ha llevado las formalidades sino para uno de los prestadores, éste será el único subrogado, los otros no pueden invocar la subrogación, puesto que no han sido subrogados. Queda la hipótesis en que todos hubiesen sido subrogados; ¿quién lo será? Cada autor tiene su solución y sus presunciones; (2) á nuestro juicio, la cuestión queda resuelta por la fecha de la carta-pago, que es un documento auténtico que hace fe con su fecha. El primer prestador subrogado, predominará sobre los demás,

1 Renusson, pág. 319, cap. XI, núm. 4.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 370, núm. 191 bis XII. Larombière t. III, pág. 274, núm. 76 del art. 1250. (Ed. B., t. II, pág. 223). Demolombe, t. XXVII, pág. 375, núm. 427.

porque el deudor no puede subrogar dos ó tres veces en el mismo crédito; la primera subrogación, tiene por objeto transferir la propiedad del crédito al subrogado; por lo mismo el deudor no puede ya quitarle su derecho para cederlo en todo ó en parte á otros acreedores.

El legislador belga ha puesto término á estas dificultades y al fraude que las hacía nacer, exigiendo que la subrogación en un crédito hipotecario se haga pública para que tenga efecto respecto á terceros (Ley Hipotecaria artículo 5). Insistiremos acerca de esta innovación en el título "De las Hipotecas."

59. El art. 1,250 dice al final: "Esta subrogación se opera sin el concurso de la voluntad del acreedor." Esto no es más que la consecuencia del principio en que se funda la subrogación en el caso previsto por el núm. 2; es consentida por el deudor, y el acreedor es extraño á ella. Se necesita, no obstante, que el acreedor reciba su pago, lo que es la condición de toda subrogación; y se necesita, además, que dé carta de pago y que en este documento se declare que el pago se hizo con dinero prestado por el nuevo acreedor. ¿Qué pasará si el acreedor se niega á recibir el pago, si no quiere dar carta de pago, ó si se opone á que en ésta se inserte la declaración prescrita por la ley? Puede suponerse esta mala voluntad al acreedor, puesto que la denegación de los acreedores es lo que ha dado lugar al edicto de 1,609. Déjase entender que la resistencia del acreedor no puede ser un obstáculo para el ejercicio de una facultad legal; pero ¿cómo se quebrantará esa resistencia? El deudor hará ofertas reales y consignará la suma debida. Esto no basta; se necesita además una declaración recibida por un oficial público; ahora bien, el comisario que hace las ofertas tiene calidad para ofrecer, pero no la tiene para recibir una declaración. Por otra parte, en el momento de la consignación es cuando debe hacerse la declara-

ción, supuesto que la consignación es la que hace veces de carta de pago. Siguese de aquí que el funcionario encargado de hacer las consignaciones será el que compruebe la declaración del deudor. La ordenanza francesa de 3 de Julio de 1816, relativa á las atribuciones de la caja de depósitos y consignaciones, contiene una disposición formal. "En el caso en que los dineros consignados provengan de un préstamo y que hubiese lugar á apocar una consignación á favor del prestador, se hará mención expresa de la declaración hecha por el deponente conforme al art. 1,250 del Código Civil, la cual producirá el mismo efecto de subrogación que si se hubiese hecho ante notario. (1)

60. En lugar de rehusar, el acreedor interviene en la operación; ¿habrá en este caso subrogación en virtud del número 1 ó del núm. 2 del art. 1,250? La validez de la subrogación puede depender de la solución que se dé á la cuestión: la subrogación es, á la verdad, convencional en los dos casos, pero la del núm. 2 está cruzada de formalidades cuya inobservancia acarrea la nulidad; mientras que la del núm. 1 no está sujeta á ninguna forma. Además, el préstamo, base de la subrogación consentida por el deudor, puede ser nulo por haberse hecho á un incapaz y sin préstamo no puede haber subrogación en virtud del núm. 2, mientras que la subrogación sería válida si fuese consentida en virtud del núm. 1. La cuestión es de hecho, puesto que todo depende de la voluntad de las partes interesadas. Es preciso, pues, ver lo que ha pasado. No basta que el acreedor intervenga para que haya subrogación convencional del núm. 1; él debe intervenir aun cuando el deudor subrogue, puesto que recibe el pago y da recibo. (2) Pero si hace más, si consiente la subrogación, entonces ya no se está en el núm. 2, sino que se vuelve al núm. 1. Se ha fa-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 378, núm. 429 y todos los autores.  
2 Nimes, 29 de Enero de 1861 (Daloz, 1863, 2, 21).

llado que, en esta hipótesis, la subrogación era válida, por más que el préstamo fuese nulo. (1)

### § III.— DE LA SUBROGACIÓN LEGAL.

#### *Núm. 1. Principios generales.*

61. La subrogación tiene lugar de pleno derecho, en virtud de la ley, en los cuatro casos previstos por el artículo 1,251. ¿Por qué la subrogación es convencional en los dos casos; es decir, subordinada al consentimiento de las partes interesadas, y por qué es legal en el caso del art. 1,251; es decir, independiente de su consentimiento? La subrogación legal no difiere, en su esencia, de la subrogación convencional, puesto que también se funda en un pago; el que paga es subrogado al acreedor que recibe su pago. No podría haber subrogación sin pago, puesto que la subrogación no es más que una modalidad del pago. Es el acreedor quien, al recibir su pago, pone en su lugar al tercero que le paga; esto se verifica, ora con el consentimiento del acreedor, ora con el consentimiento del deudor, ora en virtud de la ley. ¿Por qué la ley interviene en una materia que es toda de interés privado? Hay casos en que la equidad exige que el que paga al acreedor sea subrogado en sus derechos; cuando el tercero está interesado en pagar para ocupar el lugar del acreedor, supónese naturalmente que él no me paga sino con la intención de ser subrogado. ¿Para qué exigir una estipulación cuando la voluntad de ser subrogado resulta del hecho mismo del pago? La ley determina los casos en los cuales esta voluntad debe suponerse, á fin de prevenir la resistencia que el acreedor pudiera oponer á la subrogación. Regularmente toda subrogación debería ser convencional, en el sentido de que se

1 Casación, 9 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864. 1, 299).

hiciese por un concurso libre de voluntades. El art. 1,250, núm. 2, deroga este principio al permitir al deudor que subrogue sin el consentimiento del acreedor, y aun á poder de éste, lo que sin embargo no quiere decir que la subrogación se haga contra el derecho del acreedor; la ley no sacrifica el derecho de una de las partes en interés de la otra. Sucede lo mismo con la subrogación legal; ésta se funda en la conciliación de los diversos intereses, lo que se llama la equidad. (1)

62. Del principio de que toda subrogación se funda en un pago síguese que el que no paga al acreedor no podrá reclamar dicho beneficio. Se abre un orden para la distribución del precio de inmuebles vendidos sobre uno de los deudores, sobre un fiador ó sobre el tercero detentador; algunos de los acreedores son colocados inútilmente; es decir, que el precio no basta para que puedan recibir lo que les es debido: ¿pueden reclamar el beneficio de la subrogación legal que se ha operado en provecho de aquél cuyos bienes han servido para pagar á los acreedores útilmente colocados? La negativa es evidente; estos acreedores no han pagado á los que estaban inscriptos ante ellos; el propietario de los bienes embargados y vendidos es quien les ha pagado indirectamente, luego él sólo debe aprovecharse de la subrogación. (2)

63. ¿Basta que haya pago hecho por quien tenía interés en pagar para que haya subrogación legal? Nó, la subrogación legal es esencialmente de derecho estricto, y lo es con doble título: toda subrogación es una ficción, y las ficciones son de estricta interpretación; y, con mayor razón es así cuando el legislador, fundándose en la equidad, pone á un tercero que paga en lugar del acreedor. No hay,

1 Demante, t. V, pág. 370, núm. 190. Mourlon *Repeticiones*, t. II, pág. 618.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 185 y nota 69 del pfo. 321.

pues, subrogación legal sin ley, y los casos en los que la ley la establece deben interpretarse restrictivamente, en el sentido en que no pueden extenderse, aun cuando hubiese motivos de analogía; la aplicación analógica no se admite en las materias excepcionales, y no hay otras que sean más excepcionales que las ficciones legales. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes en proclamar este principio; es inútil citar autoridades, siendo la cosa de toda evidencia.

64. La subrogación legal difiere de la que consiente el deudor; ésta se halla sometida á formalidades severas, mientras que la subrogación legal no está sometida á ninguna forma. Nada de escritura auténtica, ni siquiera de documento con fecha cierta. (1) Entiéndase bien que si el pago se pone en duda, debe rendirse la prueba según el derecho común; pero esto no es nunca más que una cuestión de prueba; mientras que la subrogación por el deudor no existiría sin las escrituras auténticas prescriptas por la ley, aun cuando constase el pago hecho con dinero prestado. La ley no prescribe precaución alguna contra el fraude, porque los diversos casos en que la ley establece la subrogación no es de temerse el fraude, se aplicaría el derecho común, sería un fraude á la ley, y todo esto ejecutado con fraude de la ley es nulo.

La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios á un caso que no debiera de haberse llevado ante la Corte Suprema, tan evidente así era la decisión. Halla escrituras que comprobaban la subrogación legal; se atacaron las enunciaciones de dicha escritura alegando lo que se habría dicho fuera de los escritos. Esto era desconocer el principio elemental de la fe que merecen las escrituras; las partes interesadas no tienen más que un derecho, el de atacar la escritura por la demanda de false-

1 Gauthier, *De la Subrogación*, pág. 336, núm. 291.

dad ó por la prueba contraria, según que discuten los hechos materiales enunciados en la escritura, ó la verdad de esos hechos. (1)

65. Según los términos del art. 5 de nuestra ley hipotecaria, la subrogación en un crédito privilegiado ó hipotecario no puede oponerse á los terceros si no se ha hecho público en las formas prescritas por la ley. ¿Se aplica esta disposición á la subrogación legal? Aplazamos la cuestión para el título "De las Hipotecas."

Déjase entender que el subrogado debe conservar los derechos en los cuales sucede. Para aprovecharse de los privilegios é hipotecas es por lo que se decide á pagar una deuda que no es la suya, ó por la cual no es demandado; ahora bien, los privilegios é hipotecas no se conservan sino por la inscripción. Así, pues, el subrogado debe cuidar de revocar la inscripción, si no quiere que su derecho perezca. Esto no tiene ni la menor duda, aunque la cuestión se haya llevado ante la Corte de Casación; el subrogado no puede tener más derecho que el subrogante cuyo lugar toma, y porque los ejerce el subrogado, los privilegios é hipotecas no cambian de naturaleza; el interés de los terceros, que exige la publicidad, es siempre el mismo. (2) Es inútil insistir.

66. También se ha discutido ante la Corte de Casación la cuestión de saber si el subrogado puede renunciar á la subrogación. No vemos en esto ni el más leve motivo para dudar. ¿Qué importa que la subrogación sea legal? La ley no impone los beneficios que ella otorga. Hay, es cierto, ciertos derechos legales que no es permitido renunciar: tal es la hipoteca legal; la ley la establece en provecho de los incapaces, y déjase entender que ni los incapaces ni los

1 Denegada apelación, 13 de Marzo de 1872 (Daloz, 1872, 1, 255).

2 Denegada apelación, 25 de Enero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 12). Bourges, 30 de Abril de 1853 (Daloz, 1854, 2, 52). Aubry y Rau, tomo IV, pág. 187, nota 77, pfo. 321.

que tienen el encargo de defender sus intereses, pueden renunciar á garantías que el legislador establece á favor de los que no pueden por sí mismos vigilar sus intereses. La subrogación legal es de puro interés privado, luego hay que aplicar el principio de que cada cual tiene derecho á renunciar lo que á su favor se haya establecido. (1)

*Núm. 2. Subrogación establecida por el n.º 1 del art. 1,251.*

67. El art. 1,251, núm. 1, dice: "La subrogación tiene lugar de pleno derecho en favor de quien, siendo el mismo acreedor, paga á otro acreedor que le es preferible en razón de sus privilegios ó hipotecas." Esta subrogación tiene esta singularidad que no se hace por interés del deudor; el que hace el pago no es deudor sino acreedor, por lo que en su calidad de acreedor, debe tener interés en pagar. ¿Qué interés es este? Paga á otro acreedor privilegiado ó hipotecario. ¿Es acaso para transferir estas garantías reales á su crédito que no está garantido ó que ocupa inferior lugar en virtud de su inscripción? NÓ, su crédito sigue siendo lo que era, quirografario si sencillamente era personal, y si es hipotecario, conserva el lugar que la inscripción le asegura. Tal es la consecuencia de nuestro sistema hipotecario; cada acreedor tiene sus derechos, su lugar, que no pueden cambiar, porque á ello se opone el interés de los demás acreedores; no habría garantía hipotecaria si el rango de los acreedores pudiera trastornarse con subrogaciones.

Si el acreedor que paga á un acreedor por el cual este primado, conserva su lugar y sus derechos, ¿qué interés tiene en pagar al acreedor anterior? El está puesto en su lugar pagándole, disfrutará de las garantías hipotecarias inherentes al crédito que él paga; pero ¿para qué pagar 10,000 francos á un acreedor privilegiado para volver á entrar en la misma suma mediante el privilegio? Este no

1 Denegada apelación, 12 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 438).

es tal vez el objeto de la subrogación, puesto que se limita á pagar con la mano derecha lo que recobra con la izquierda. Para que el acreedor posterior tenga interés en pagar al acreedor anterior, se necesita desde luego suponer que él no tiene ninguna garantía, porque es simple acreedor quirografario, ó que su garantía hipotecaria es insuficiente, porque el inmueble hipotecado está gravado con inscripciones superiores á su valor. Si, en este caso, el acreedor inscripto primero provocara la expropiación, ¿qué resultaría de esto? Enormes gastos que absorben una parte del precio; en seguida, si la venta se hace en circunstancias desfavorables, el precio no bastará para resarcir á los últimos acreedores inscriptos. Ahora bien, el primer acreedor inscripto no tiene por qué preocuparse ni de los gastos, ni del precio, pues su rango le procura la certeza de que será pagado íntegramente; luego puede siempre provocar la expropiación, con grave perjuicio de los últimos acreedores inscriptos. Por esto éstos tienen interés en apartarlo, y la subrogación les da la manera de hacerlo; nada aventuran con exhibir el importe del primer crédito, puesto que el reembolso está asegurado; si el inmueble ha de venderse, pueden escoger el momento favorable; en todo caso, los gastos de orden serán menores, y ellos pueden esperar á que se restablezcan los negocios del deudor, lo que permitirá que éste pague sus derechos íntegramente. Así pues, la subrogación se hace también por interés del deudor, en el sentido de que él la aprovecha, aun cuando el subroga lo sólo hubiese pensado en su provecho personal; éi que será desembarazado de un acreedor que no tenía para qué considerar; su nuevo acreedor, al contrario, le merece consideraciones para la conservación de sus derechos. Así es que la subrogación concilia los diversos intereses. El acreedor que recibe su pago no puede quejarse,

puesto que recibe lo que se le debe. No obstante, por capricho ó por mala voluntad, él habría podido negar su consentimiento á una subrogación voluntaria; y por esta razón la ley misma hace la subrogación.

*I. ¿A quién se concede la subrogación?*

68. El art. 1,251 establece la subrogación en provecho de aquel que es el mismo acreedor. Luego todo acreedor puede usar de ese derecho. La ley no exige que el que ofrece el pago á otro acreedor, pruebe que tiene un interés legítimo. Ella supone que este interés existe: no se resuelve nadie á anticipar una suma más ó menos considerable cuando en ella no lleva interés. ¿De esto debe concluirse que la suposición es una presunción y que esta presunción puede combatirse por la prueba contraria? Así se ha pretendido, pero esta opinión no ha encontrado favor. (1) Lo que se llama presunción no es otra cosa que el motivo por el cual establece la ley la subrogación; no se puede transformar el motivo en un requisito para la validez de la subrogación y obligar al acreedor á que pruebe el interés que tiene en la subrogación. El intérprete no tiene nunca el hecho de crear condiciones, y, sobre todo, no puede hacerlo en una materia que es de derecho estricto. Creemos inútil insistir, porque la cuestión no es controvertible.

69. ¿El acreedor quirografario puede aprovecharse del beneficio del art. 1,250, núm. 1? Ateniéndose al Código, la cuestión no es dudosa. El texto está concebido en los términos más generales; habla de acreedores sin levantar la subrogación á determinada categoría. Se objeta que el artículo 1,250, al decir que el acreedor pagado, debe ser preferible, en razón de sus privilegios ó hipotecas, al que pa-

1 Mourlón, *De la subrogacion*, págs. 365 y siguientes. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVII, pág. 400, núm. 455.

ga, supone que éste es un acreedor hipotecario privado por un acreedor anterior, y en apoyo de esta interpretación se invoca el antiguo derecho. Esta interpretación restringe la ley; el texto se aplica al acreedor quirografario tanto como al hipotecario, porque la hipoteca es esencialmente un derecho de preferencia; y ¿respecto á quién se ejercita este derecho? Regularmente respecto á acreedores quirografarios; así, pues, éstos están muy interesados en prevenir la expropiación de su deudor; es decir, la pérdida de su crédito y su ruina, resarciendo á acreedores hipotecarios que, no teniendo nada que arriesgar, se verían tentados á usar de todo el rigor de su derecho. En cuanto á la tradición, la hacemos á un lado porque no tiene ninguna autoridad frente al texto y al espíritu de la nueva ley. Los autores del Código la tenían á la vista, no la reprodujeron, y tuvieron razón.

El motivo que da Pothier en apoyo de la antigua doctrina es muy débil, ó por mejor decir, es falso: “La subrogación, dice, no se concede al acreedor sino para conservar y fortificar el derecho que tiene sobre los bienes de su deudor; ahora bien, solamente el acreedor hipotecario tiene derecho en los bienes, porque el simple quirografario no tiene derecho más que sobre la persona de su deudor y ninguno sobre sus bienes.” Es indudable que el acreedor quirografario no tiene derecho real; pero se trata, en caso de subrogación del derecho real; es decir, del derecho de consecución? Absolutamente nó, se trata de la expropiación del deudor; ahora bien, todo acreedor puede expropiar al deudor, con tal que tenga un título auténtico; á este respecto, no hay diferencia alguna entre los acreedores quirografarios y los hipotecarios, nada más que los acreedores hipotecarios tienen un derecho de preferencia, y en razón de este derecho los acreedores quirografarios tienen interés en adquirir la subrogación contra los acreedores hi-

potencarios que ocupan lugar preferente. Tal es la opinión general de los autores, salvo el disentiimiento de Grenier; (1) y la jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina (2)

70. Según el texto del art. 1,251, el acreedor es subrogado al que le es "preferible" en razón de sus privilegios é hipotecas; luego también al acreedor anterior. ¿El acreedor anterior sería también subrogado al acreedor posterior? La negativa es clara; esto es una aplicación del principio que la subrogación es de derecho estricto y que no es permitido extenderla fuera de los casos previstos por la ley, aun por motivo de analogía; sin embargo, en el antiguo derecho, Renusson enseñaba la opinión contraria como una cosa clara: "No se puede dudar, dice él, que el acreedor que quisiera pagar al acreedor posterior no fuese igualmente subrogado á su acreedor por el pago. En efecto, puede suceder que un acreedor anterior, para cuidar los bienes del deudor común y evitar disputas, quiera pagar al acreedor posterior, y en tal caso, es razonable que el acreedor anterior tenga análoga ventaja que el posterior." Sin duda que esto es razonable; como dice Renusson, podría suceder que siendo de poco valor los bienes del deudor, se consumiesen en gastos por un acreedor posterior que los mandase vender, pagando el acreedor anterior al posterior para hacer cesar la persecución ó impedir la, no es justo que por el pago sea subrogado de pleno derecho al acreedor posterior? Renusson, al razonar de este modo, olvida el principio que domina esta materia y que él mismo establece, á saber: que no hay subrogación legal, sino en los casos determinados por la ley. Los autores modernos,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 180, núm. 45, pfo. 321 y los autores que él cita. Hay que agregar á Demolombe, t. XXVII, pág. 402, núms. 458 y 459.

2 Donai, 20 de Noviembre de 1830 (Daloz, *Obligaciones*, número 1904); Cass, 26 de Noviembre de 1870. (Daloz, 1873; 2, 181).

á la vez que lamentan que la ley no haya generalizado el principio de la subrogación, deciden que es imposible admitirla á favor del acreedor anterior. (1)

71. Todo acreedor posterior puede prevalerse del artículo 1,251, núm. 1. Se ha preguntado si podría invocarse la subrogación por aquel que á la vez fuese acreedor y adquirente, y que pagase á un acreedor anterior en su calidad de acreedor. La Corte de Casación se ha pronunciado por la afirmativa. Había un motivo para dudar que fué lo que decidió á la Corte de Rouen. El acreedor había venido á ser adquirente, y su contrato lo obligaba á exhibir su precio á los acreedores suscriptos, luego al pagar no hacía más que cubrir su propia deuda; ahora bien, un deudor personal no puede nunca desasirse del lazo que lo encadena y no podría, sea cual fuere la calidad, hacer un pago subrogativo cuyo resultado sería transferirle el beneficio de un crédito que lo obliga personalmente; esto sería contradictorio. La Corte de Casación contesta, y es decisiva la respuesta, que en el caso de que se trata, el acreedor no estaba obligado á la deuda sino como adquirente, y no como deudor en virtud de una obligación personal y directa; desde luego él podrá hacer el pago en calidad de acreedor inscripto sobre el inmueble. (2)

72. Para que los acreedores posteriores sean subrogados al acreedor anterior á quien pagan, preciso es que este acreedor les sea preferible en razón de sus privilegios é hipotecas. La ley está concebida en términos restrictivos. Toda preferencia de que disfrutase un acreedor anterior no bastaría para legitimar la subrogación en provecho de los acreedores posteriores que le pagarían; es preciso que la preferencia resulte de los privilegios é hipotecas. El texto

1 Renousson, pág. 93, cap. IV, núm. 14. Durantón, t. XII, página 242, núm. 152, y todos los autores.

2 Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 40).

es formal, no se limita á decir: "el acreedor que le es *preferible*," sino que agrega: "en razón de sus privilegios ó hipotecas." Y cuando los términos son restrictivos, no corresponde al intérprete extenderlos en una materia en que todo es de derecho estricto. Siguese de aquí que la subrogación no puede invocarse sino cuando el acreedor anterior es privilegiado ó hipotecario.

73. La prenda da un privilegio al acreedor que con ella está afianzado; luego el acreedor posterior que paga al acreedor prendista le está subrogado. ¿Cuál será la consecuencia de la subrogación? Acerca de este punto, hay alguna duda. La existencia del privilegio está subordinada á la posesión de la prenda: el acreedor prendista que está en posesión en el momento en que un acreedor posterior le paga ¿deberá entregar á éste la cosa empeñada? La afirmativa nos parece clara; la ley da al acreedor posterior el privilegio; ahora bien, el privilegio es inherente á la posesión; la ley le da, pues, derecho á la posesión. Se objeta que el acreedor no puede desasirse de la prenda sin el consentimiento del deudor al cual pertenece la cosa. La objeción para nada tiene en cuenta la subrogación legal; la ley es la que desprende al acreedor prendista, y, por lo mismo, el consentimiento del deudor es inútil, porque ese consentimiento es forzado; no tiene derecho á rehusarlo, porque esto sería darle derecho á ponerse en oposición con la ley. (1)

74. Según los términos del art. 93 del Código de Comercio, el comisionista que ha hecho anticipos sobre las mercancías que le consignan de otra plaza, para ser vendidas á cuenta de un comitente, tiene privilegio para el reembolso de sus anticipos y gastos sobre el valor de las mercancías si están á su disposición. Siguese de aquí que un segundo comisionista que paga sus gastos y anticipos al pri-

1 Compárese Aubry y Ran, t. IV, pág. 181, nota 48. pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 464, núm. 467.

mero, puede invocar la subrogación del art. 1,251. La Corte de Casación así lo ha fallado, y esto no es dudoso. (1)

75. Cuando el acreedor anterior no tiene ni privilegio ni hipoteca, no hay subrogación. Síguese de aquí que una anticresis no daría lugar á la subrogación, porque el acreedor anticresista no tiene privilegio, como lo diremos en el título "Del Afianzamiento." (2) Hay en este punto una especie de contradicción entre la subrogación convencional y la subrogación legal; es claro que el que se hiciese subrogar por convenio al acreedor anticresista ejercitaría el derecho de anticresis. Pero en materia de subrogación legal, la primera cuestión es saber si hay subrogación, y, en el caso de que se trata, la negativa no es dudosa.

76. Sucede lo mismo con el derecho de resolución que pertenece al vendedor. El que paga al vendedor y le es subrogado, tiene no solamente el privilegio del vendedor, puede también ejercitar el derecho de resolución. Pero si el vender promueve la resolución antes de toda subrogación ¿un acreedor del adquirente podrá pagar al vendedor para ser subrogado en su acción resolutoria? La negativa fué fallada por la Corte de Casación. La sentencia, muy bien motivada, comienza por asentar como principio, que la subrogación es de derecho estricto, que no puede extenderse al acreedor á quien se ha hecho una oferta de pago sino en los casos determinados por la ley. La Corte añade, y con condición de no dañarlo; hemos dicho que esta es condición de toda subrogación. En el caso de que se trata: el acreedor invocaba el art. 1,251. ¿Qué supone esta disposición? Un concurso entre varios acreedores, uno de los cuales es preferible al otro, en razón de un privilegio ó de una hipoteca; el acreedor privilegiado ó hipotecario nin-

1 Denegada apelación, 7 de Diciembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Comisionista*, núm. 164).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 131, nota 49, pfo. 321. Demolombe, tomo XXVII, pág. 413, núm. 466.

gún interés tiene en rehusar el pago que le ofrece el acreedor posterior, supuesto que recibe lo que se le debe. Si el vendedor reclamara su precio por privilegio, el acreedor posterior podría ofrecerle este precio, y estaría, por consiguiente, subrogado al vendedor cuyos derechos todos ejercitaría, incluso la acción resolutoria. Pero en el caso de que se trata, que tiene dos derechos, el privilegio y la resolución, renunciaba al privilegio é intentaba la acción resolutoria; por lo mismo, el acreedor del adquirente no podía pedir la subrogación pagando al vendedor; él no está dentro de los términos de la ley, porque no se halla en presencia de un acreedor privilegiado, sino en presencia de un vendedor que quiere recuperar su propiedad; la subrogación tendería, pues, no á ser subrogada á un acreedor privilegiado, sino á ser subrogada á un propietario. El acreedor tampoco puede invocar el espíritu de la ley; al concederle la subrogación, la ley quiere prevenir persecuciones de expropiación; ahora bien, el vendedor que pide la resolución de la venta, no expropia al adquirente; no hay ni secuestro, ni venta, ni orden, luego no hay lugar á subrogación. La Corte añade una última consideración que es perentoria. Al conceder la subrogación de pleno derecho al acreedor posterior, la ley quiere evitar la expropiación del deudor, luego quiere consolidar en sus manos la propiedad del inmueble que el acreedor anterior amenaza expropiar. ¿Es también este el objeto del acreedor que pide ser subrogado cuando éste promueve resolución? Nó, él promueve por interés propio; pretende atribuirse exclusivamente las ventajas de la resolución; en definitiva, pretende adquirir la propiedad del inmueble con exclusión del vendedor que tiene el derecho de recobrar su propiedad. No es para eso para lo que se estableció la subrogación. (1)

1 Denegada apelación, Cámara Civil, 8 de Julio de 1854 (Daloz, 1854, 1, 247).

*II. Condiciones de la subrogación.*

77. La ley no exige más que una condición, y es que el acreedor pague al acreedor que le es preferible, el pago es la base de toda subrogación. Se subentiende que el acreedor paga con su peculio. Los acreedores presentan á veces singulares pretensiones. Un acreedor delega á su acreedor las rentas de un año para cubrirse con él; el acreedor se vió obligado á sufrir una reducción bastante fuerte sobre las rentas en razón de las contribuciones prediales que los arrendatarios habían pagado para cubrir al propietario; él sostuvo que las contribuciones habían sido pagadas con su dinero, puesto que habían sido cubiertas con las rentas que le pertenecían como delegatario, y, por consiguiente, se pretendió subrogado en el privilegio del tesoro público. Estas pretensiones, aceptadas por el Tribunal de 1.ª Instancia, fueron desechadas por la Corte de Apelación y por la de Casación; el arrendador al delegar las rentas á su acreedor, no había podido delegarle más que la porción libre de dichas rentas; ahora bien, los arrendamientos estaban afectados al pago del impuesto; luego la delegación no había podido hacerse sino con la condición tácita de que el delegatario cubriese el impuesto si el propietario no lo hacía. Así es que el pago no se había hecho con peculios del acreedor, y, por consecuencia, la condición esencial de la subrogación, faltaba. (1)

Otra pretensión igualmente extraña se ha abierto paso. Se inició un orden; el primer acreedor inscripto es el único que es colocado útilmente. Tenía, además, otras garantías. Los acreedores posteriores, sobre los cuales faltaron los fondos, sostuvieron que estaban subrogados en estas garan-

1 Denegada apelación, 15 de Junio de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,907, I). Mourgón, pág. 375; Gauthier, pág. 252, núm. 229.

tías en virtud del art. 1,251, 1.º, porque con peculios que le pertenecían había sido pagado el acreedor colocado. La Corte de Nimes contesta que no tenían ellos derecho en el dinero proveniente de la venta sino cuando fuesen colocados, pero que ese dinero, antes de serles distribuido, pertenecía á su deudor, lo que excluye toda idea de subrogación. (1)

78. ¿Tendría la subrogación lugar si el acreedor posterior pagase con dinero prestado? Sí, y sin duda alguna, aunque la cuestión se haya llevado varias ocasiones ante la Corte de Casación. El que pide prestado, se hace propietario del dinero pedido, luego realmente paga con su dinero. Importa poco que el acreedor declare que paga con dinero prestado; la ley no se fija en el origen del dinero, como lo dice la Corte de Casación. Importa también poco que esa declaración no sea suficiente para que el prestador pueda invocar la subrogación del art. 1,250, 2.º; no se trata de la subrogación convencional, sino de la legal, y no es el prestador el que reclama el beneficio de la subrogación, sino el que pide prestado. (2)

79. ¿El acreedor que hace un pago parcial, puede reclamar el beneficio del art. 1,251? Los autores no están de acuerdo; unos conceden la subrogación, otros distinguen. (3)

Creemos inútil entrar en este debate; á nuestro juicio, no puede tratarse, en este caso, de subrogación legal. La subrogación es legal en el sentido que el subrogado puede reclamarla sin el concurso del subrogante, porque la ley es la que lo subroga. Ahora bien, esto no puede ser cuan-

1 Nimes, 24 de Febrero de 1845 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,907, VI).

2 Denegada apelación, 22 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 5). Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 409). Gauthier, pág. 253, núm. 230.

3 Demolombe, t. XXVII, pág. 418, núm. 473. Mourlón, pág. 365.

do el acreedor ofrece al acreedor anterior un pago parcial, porque la ley dice que el deudor no puede forzar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda. Luego ella no puede de pleno derecho subrogar á aquel que ofrece un pago parcial al acreedor anterior, porque esto sería contradictorio. Se necesita el consentimiento del acreedor anterior para que el posterior sea recibido á hacerle un pago parcial. Esto equivale á decir que la subrogación ya no es legal sino convencional. Habrá que aplicar el artículo 1,250, número 1; en consecuencia, la subrogación no existirá sino cuando el acreedor la ha acordado expresamente.

80. ¿El acreedor anterior á quien el acreedor posterior ofrece el pago de lo que le es debido, puede rehusarlo? En principio nó, puesto que no es llamado á consentir; ahora bien, el que no debe consentir no tiene derecho á rehusar. Sin embargo, puede rehusar el pago; entonces se le harán ofertas reales, se abrirá una discusión sobre la validez y los efectos de las ofertas. Si el acreedor anterior tiene un derecho que fuese lesionado por el pago, puede rehusarlo, y, por consiguiente, no habrá subrogación. Esto no es más que la aplicación del principio general, según el cual la subrogación no debe perjudicar al subrogante.

Veamos un caso muy singular que se presentó ante la Corte de Casación. El acreedor á quien el acreedor posterior ofrece el pago del crédito por el cual es primado, tiene otro crédito simplemente quirografario; se le ofrece únicamente el pago del crédito que le asegura el primer lugar: ¿puede rehusarlo? La Corte de Casación ha resuelto, y con razón, que sí podía. En primer lugar tiene él interés en conservar su crédito privilegiado ó hipotecario, porque le procura un medio indirecto de conseguir el pago de su crédito quirografario, estando el deudor en su dependencia en razón de la acción hipotecaria que contra él puede ejecutar; y la subrogación le arrebataría ese medio de ac-

ción; luego en este sentido le perjudicaría, y es de principio que no puede perjudicarle. Además, y este es el argumento decisivo invocado por la Corte de Casación, si la subrogación tuviese lugar, á pesar del acreedor privilegiado, á favor del acreedor posterior, el subrogante podría inmediatamente después pedir la subrogación contra el subrogado, en virtud de su crédito quirografario, y, por supuesto, el subrogado podría renovar este pago. Le llamamos pago, porque el circuito de subrogaciones, cada una de las cuales es el ejercicio de un derecho, viene á parar en hacer imposible la subrogación; no hay más salida para este debate que el mantenimiento de las partes interesadas en su respectiva situación. (1)

Los autores están de acuerdo con la jurisprudencia. Aceptan, no obstante, una excepción á la decisión que acabamos de citar. Si el acreedor posterior estuviese personal ó hipotecariamente obligado á pagar la deuda, el acreedor anterior no podría rehusar el pago, porque el que se lo ofrece tiene el derecho absoluto de pagar, porque el artículo 1,236 da á toda persona interesada el derecho de pagar la deuda que se vería obligada á cubrir. (2) Esta restricción nos deja alguna duda. Cuando la ley subroga de pleno derecho al acreedor posterior que paga á aquel que le es preferible, supone naturalmente que el acreedor posterior tiene el derecho de pagar; en efecto, este mismo artículo 1,236, que se invoca para fundar en él una excepción, da á todo tercero, aunque no esté interesado, el derecho de pagar; el tercero no interesado y las personas interesadas

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 2 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1870. 1, 346). Compárese Gauthier, pág. 295, núm. 258; Larombière, t. III, pags. 305 y siguientes, núm. 7 (del art. 1,251; Ed. B., tomo II, pág. 235). Aubry y Rau, t. IV, pag. 181, nota 50, pfo. 321; Demolombe, t. XXVII, pág. 421, núms. 476-479.

2 Aubry y Rau t. IV, pág. 182, nota 51, pfo. 321. Gauthier, página 360, núms. 303, 314.

están, pues, en la misma línea en virtud de la ley; siendo el mismo su derecho, se les debe aplicar á todos la misma regla. Por otra parte, hay que tener en cuenta el derecho del acreedor á quien se ofrece el pago; él también tiene un derecho, el de pedir la subrogación si se la imponen; así, pues, en derecho, neutraliza siempre el derecho del acreedor posterior que le ofrece el pago. (1)

81. La ley no prescribe ninguna forma para la validez de la subrogación. Sin embargo, el subrogado debe probar el pago si se pone en duda. ¿Cómo se rendirá esta prueba? Conforme al derecho común, puesto que la ley no lo deroga. Si la carta-pago es auténtica, ¿estará probado el pago respecto á terceros hasta la demanda de falsedad? Un tribunal de primera instancia así lo había fallado. Esto era confundir el hecho material de la declaración recibida por el notario y la sinceridad de esta declaración; el hecho material está probado hasta la demanda de falsedad, pero la verdad, la realidad del hecho jurídico, no está establecida sino hasta prueba en contrario. (2) Esto no es más que la aplicación de los principios generales que expondremos en el capítulo de la "Prueba de las obligaciones."

*Núm. 3. De la subrogación del núm. 2 del art. 1,251.*

82. "La subrogación tiene lugar de pleno derecho en provecho del adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á quien estaba hipotecada esa heredad." ¿Cuál es el objeto de esta subrogación? Importa precisarlo; es el espíritu de la ley, y sirve para decidir las cuestiones controvertidas que no faltan en esta materia. El que adquiere un inmueble gravado con hipotecas está obligado hipotecariamente

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 82, nota 54, pfo. 321. Gauthier, página 359, núms. 303, 304.

2 Douai, 10 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 199).

á las deudas; luego puede ser perseguido por los acreedores, y, por esta persecución deberá, ó dejar el inmueble ó pagar; de lo contrario será expropiado. El adquirente arriesga, pues, ser despojado; la ley le da un medio de ponerse al abrigo de ese riesgo, y es pagar su precio á los acreedores hipotecarios. Al pagar á los acreedores, extingue las hipotecas y emancipa, por consiguiente, el inmueble de las cargas que lo gravan. Esa es una ventaja evidente que le procura el pago de su precio en manos de los acreedores. Pero no se ve aún al que tiende la subrogación en los derechos de los acreedores á quienes él paga; estando libertado por su inmueble ¿de qué le sirven las hipotecas en las cuales es subrogado? Parece, al contrario, que tiene interés en borrarlos para libertar el inmueble; ahora bien, la subrogación implica que él los conserva renovando las inscripciones hipotecarias. Para que el adquirente esté interesado en la subrogación hay que suponer que el precio de su inmueble no basta para resarcir á todos los acreedores; si el inmueble está gravado con hipotecas superiores á su valor, quedarán acreedores no pagados. Estos podrán perseguir al adquirente, y para ponerlo al abrigo de estas persecuciones es por lo que la ley lo subroga en los derechos de los acreedores que él ha pagado. En primer lugar, la subrogación impedirá generalmente que los acreedores promueban, porque para ello no tienen ningún interés. Se supone que el adquirente ha pagado el inmueble en su justo valor, 50,000 francos, por ejemplo; estos 50,000 francos se han distribuido á los acreedores inscriptos, los primeros, cuyo lugar toma el adquirente y cuyos derechos ejerce. Si los acreedores posteriores persiguen la expropiación del inmueble, será vendido por su valor, que es de 50,000 francos; se abrirá un orden, y en la distribución, el adquirente subrogado será colocado por esta suma, y nada quedará para los acreedores posteriores; luego es-

tán interesados en perseguir al adquirente. Pero aun cuando no tengan ningún interés, si tienen derecho, y pueden usar de este derecho con la esperanza de que el inmueble sea vendido más caro, lo que puede acontecer si los inmuebles han aumentado de valor por cualquiera causa accidental. En esta hipótesis, la subrogación no impedirá la evicción; el inmueble será vendido en 50,000 francos, por ejemplo, á menos que se constituya en adjudicatario, y, en este caso, pierde 50,000 francos. Hay otra hipótesis en la cual el comprador sufrirá la pérdida. Los gastos de apoderación inmobiliaria son muy considerables; el adjudicatario que tiene que soportarlos ofrecía, pues, un precio menor que el valor real del inmueble, 45,000 francos, por ejemplo. Si el inmueble le es adjudicado por este precio, el adquirente subrogado por 50,000 francos no percibirá más que 45,000. En definitiva, la subrogación puede no poner al adquirente al abrigo de la evicción, puede constituirlo en pérdida. La ley le da un medio más eficaz de imposibilitar toda persecución hipotecaria, y este es el expurgo. En el sistema de la ley hipotecaria belga, sobre todo, el expurgo ofrece una ventaja que no presenta la subrogación; éste no borra más que las hipotecas, mientras que el expurgo hará caer también la acción de resolución del vendedor no pagado. No obstante, apesar de esta ventaja del expurgo, puede haber adquirentes que prefieran la subrogación, porque es más sencillo pagar su precio á los acreedores inscriptos, que llenar las formalidades del expurgo. (1)

83. La subrogación del núm. 2 del art. 1,251 presenta una dificultad bajo el punto de vista de los principios. Si el adquirente paga á los acreedores hasta concurrencia de su precio, toma el lugar de ellos y ejercita sus derechos.

1 Colmet de Santaire, t. V, pág. 373, núm. 191 bis, I y II. Demolombe, t. XXVII, pág. 452, núms. 497-502.

¿Cómo concebir que el propietario ejercite una hipoteca sobre su propio predio? La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad; ¿puede el propietario tener un derecho desmembrado sobre un predio cuya propiedad entera, absoluta, le pertenece? Si hubiera tenido una hipoteca sobre el predio, antes de ser propietario, esta hipoteca se habría extinguido por confusión, desde el instante en que hubiese adquirido la propiedad del predio. ¿No debe pasar lo mismo con las hipotecas que él adquiere por vía de subrogación? Veamos la respuesta que se da á la objeción. El derecho hipotecario del adquirente no se realiza sino en caso de evicción, cuando los acreedores hipotecarios no pagados persiguen la expropiación contra él; ahora bien, si es despojado, su derecho de propiedad queda resuelto; se le tendrá por no haber sido propietario del inmueble, lo que hace que él haya podido adquirir por la subrogación las hipotecas de que está gravado. Esta explicación es inadmisibile. Está en oposición con los principios y con el texto mismo de la ley. No es exacto decir que la propiedad del adquirente despojado queda resuelta; la adjudicación sobre expropiación forzosa es una venta, y la venta no resuelve, ciertamente, el derecho del vendedor, en el sentido de que sea considerado como que nunca haya sido propietario. Lo que lo prueba es que las hipotecas por él concedidas sobre el inmueble existen; el art. 2,177 (Ley Hipot., art. 105) lo dice; luego no hay resolución retroactiva y no puede decirse que el adquirente ejercite un derecho de hipoteca sobre un inmueble del que nunca ha sido propietario. (1)

Hay otra explicación. El art. 2,177 (Ley Hipotecaria, artículo 105) dice que los derechos reales que el tercer detentor tenía sobre el inmueble antes de su posesión, renacen después de la adjudicación hecha sobre éste. ¿Por qué

1 Mourgón, *Repeticiones*, t. II, pág. 619.

reviven esos derechos? En realidad, jamás se han extinguido. La confusión, á diferencia de los otros modos de extinción de los derechos reales y de las obligaciones, no es más que un obstáculo para el ejercicio del derecho, y el derecho mismo no está extinguido; síguese de aquí que el derecho puede ejercitarse desde que el obstáculo desaparece; ahora bien, desaparece cuando el adquirente cesa de ser propietario á causa de la adjudicación que él hace; luego podrá ejercitar sus derechos hipotecarios, tanto los que ha adquirido por subrogación, como los que tenía sobre la cosa antes de haber adquirido su propiedad.

84. Hay que hacer todavía una observación sobre la subrogación establecida por el art. 1,250, núm. 2. Esto es una aplicación de la subrogación establecida por el núm. 3. Según los términos del núm. 3, la subrogación tiene lugar de pleno derecho á favor de aquél, que estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tuviese interés en cubrirla. Ahora bien, tal es sin contradicción la situación del adquirente y de todo detentor de bienes hipotecados por las deudas de un tercero; está obligado por sí, puesto que puede ser perseguido hipotecariamente y ser obligado á pagar directa ó indirectamente las deudas de que están gravados los bienes; luego tiene interés en cubrirlas para evitar la expropiación y la evicción que es su consecuencia. Por lo tanto, el adquirente que paga el precio á los acreedores hipotecarios queda subrogado en virtud del núm. 3. ¿Por qué la ley, en un solo y mismo artículo, establece un principio general del que consagra una aplicación antes de formular el principio? Se han dado diversas explicaciones de este pleonasma legislativo; la más sencilla es la que se toma en la tradición. La subrogación á favor del adquirente existió en el antiguo derecho, el legislador moderno allí la encontró y la reprodujo. No sucede lo mismo con

la subrogación del núm. 3. Dumoulin la había propuesto, pero, á pesar de su grande autoridad, su opinión no había podido prevalecer, porque era imposible admitir una subrogación legal sin ley. Los autores del Código han consagrado la doctrina de Dumoulin: de aquí el núm. 3 del artículo 1,251. Pero no han reflexionado que el núm. 2 era una aplicación del núm. 3; así, pues, han mantenido la subrogación del adquirente en el núm. 2, por más que esta disposición sea inútil en presencia del núm. 3.

### *I. ¿A quién se concede la subrogación?*

85. El art. 1,251 contesta á nuestra pregunta: "Al adquirente de un inmueble." Esta es una subrogación del todo especial. Se imaginó la subrogación para asegurar el recurso que pertenece á un tercero cuando paga una deuda; el adquirente que paga el precio de adquisición no tiene recurso que ejercitar por este capítulo, porque paga lo que debe, nada más que, en lugar de pagar el precio al vendedor, lo paga á los acreedores inscriptos sobre el inmueble. Si la ley lo subroga á estos acreedores, es para ponerlo al abrigo de las persecuciones hipotecarias que contra él podrían intentar los acreedores no pagados. Así, pues, el objeto de la subrogación es consolidar la propiedad del inmueble en manos del adquirente. Con esto, el legislador favorece el desarrollo de la riqueza pública; la primera condición del crédito y de las operaciones comerciales, industriales y agrícolas, en la seguridad del comprador. Por esto es que la ley trata de garantizar al adquirente contra las evicciones.

La ley no extiende la subrogación al adquirente de un objeto mobiliario, porque la subrogación no es necesaria para resguardar sus intereses; él está suficientemente garantido por la máxima de que en materia "de muebles, la

posesión equivale á título;" este principio lo pone al abrigo de la reivindicación, con tal que sea de buena fe.

¿Qué debe decirse de los derechos reales inmobiliarios? Estos son inmuebles, así es que caen bajo la aplicación del art. 1,251. La Corte de Casación ha aplicado la ley á la concesión perpetua del derecho de extraer de los fondos del concedente la materia propia para la fabricación de la porcelana. (1) Pasaría lo mismo con cualquier otro derecho real inmobiliario, con tal que esté en el comercio y sea susceptible de hipotecarse, lo que excluye los derechos de uso y de habitación, así como las servidumbres que no pueden enajenarse ni hipotecarse separadamente del fundo. (2)

86. ¿Tiene lugar la subrogación en provecho del que ha adquirido de buena fe un inmueble de un vendedor que no era su propietario, si ha empleado el precio de su adquisición en el pago de los acreedores hipotecarios? Supóngase que el verdadero hipotecario reivindica contra él el fundo; queda despojado, y podrá ejercitar sobre el inmueble los derechos de los acreedores hipotecarios á los cuales está subrogado? La subrogación le sería muy ventajosa, puesto que le garantizaría el reembolso de su precio. Es este un motivo para dudar, y es el espíritu de la ley, tal como acabamos de exponerlo. El legislador ha querido consolidar los derechos del propietario poniéndolos al abrigo de la acción hipotecaria de los acreedores inscritos y no resarcidos; no ha pensado en la reivindicación que el verdadero propietario ejercitaría contra el poseedor; la ley no puede consolidar su propiedad, puesto que él no es propietario; si se le despoja, tiene una acción de garantía contra su vendedor. Tal es incontestablemente el espíritu de la ley, que no es favorable á la subrogación. Creemos,

1 Casación, 28 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 10).

2 Demolombe, t. XXVII, pág. 465, núms 518-521. En sentido contrario, Mourlón, pág. 459).

no obstante, que es preferible la opinión contraria. El texto responde á todas las objeciones que se hagan con espíritu de la ley; el art. 1,251 no dice que la subrogación tiene lugar en provecho del propietario, la ley no la establece en provecho del "adquirente;" ahora bien, el que compra de un vendedor no propietario es adquirente; luego está subrogado. Siempre es problemático prevalerse del espíritu de la ley contra un texto claro y formal; en una materia que es de derecho estricto como la subrogación, es de todo punto necesario hacer á un lado esta argumentación y ajustarse al texto. El legislador no nos ha dicho las razones que tuvo para establecer la subrogación, y menos aún ha declarado que la subrogación no tenga lugar sino cuando existan esas razones. El texto es favorable al adquirente, aun cuando no sea más que un simple poseedor; esto es decisivo. (1)

Queda en pie una duda en cuanto á la condición de buena fe que los autores exigen. ¿No es esto apartarse de nuestro principio? Es indudable que el legislador no debe favorecer la mala fe, y si hubiera previsto la cuestión, probablemente la habría resuelto contra el comprador de mala fe. Pero la ley no ha previsto la dificultad; si admite que el simple poseedor puede prevalerse de la subrogación, es únicamente á causa del texto, y éste no distingue; luego todo adquirente puede invocar la subrogación. Por otra parte, la equidad habla en su favor, á pesar de su mala fe; él paga su precio de adquisición á los acreedores hipotecarios, luego liberta al inmueble de las cargas reales que lo gravan, y ¿no es justo que participe de los anticipos que aprovechan al propietario?

87. ¿El adquirente, que al pagar á los acreedores, cubre su propia deuda, puede invocar el beneficio del art. 1,251?

1 Mourlón, págs. 392 y siguientes. Demolombe, t. XXVII, página 463, núm. 515.

La Corte de Casación ha resuelto la cuestión negativamente en el siguiente caso. Un acreedor hipotecario se hace adjudicatario del inmueble hipotecado; absorbiendo su precio por un acreedor anterior, él no queda útilmente colocado. Para llegar al reembolso de su crédito, se hace subrogar en los derechos del acreedor á quien ha pagado. Este acreedor tenía además otros codeudores del mismo crédito; en virtud de la subrogación, el adquirente, que quedó como acreedor de su vendedor, pretendió ejercitar los derechos correspondientes al acreedor pagado por él sobre su precio. La Corte de Aix falló que él no tenía derecho ni á la subrogación legal ni á la subrogación convencional, porque al pagar al primer acreedor inscripto, el adquirente había pagado su propia deuda. En efecto, el adquirente cubría el precio de que era deudor como adjudicatario, y al pagar su propia deuda, él extinguía al mismo tiempo la deuda que cubría, no solo con respecto al vendedor, sino también respecto á los otros codeudores; ahora bien, un crédito extinguido no es susceptible de subrogación, cuando su pago lo ha hecho, quien al cubrirlo no ha hecho más que exonerarse de lo que debe. ¿Se quiere tener una prueba palmaria, dice la Corte, de que es imposible la subrogación? Que se suponga que el adquirente sea subrogado, en virtud de la ley ó de la convención, él habría tenido un recurso para obtener el reembolso de una parte del crédito que él debía pagar con su precio; esto equivale á decir que no se vería exonerado de la totalidad de su precio de adquisición (1)

Esta decisión, muy jurídica, parece, no obstante, á primera vista, en oposición con el art. 1,251. La ley concede la subrogación al adquirente de un inmueble que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á

1 Denogada apelación, 31 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 481).

quienes estaba hipotecado aquel inmueble. Ahora bien, el adquirente no hace más que pagar, para cubrir á su vendedor, el precio que éste le debía. Luego, dirán algunos, no es cierto que la subrogación pueda existir en provecho del que paga á un acreedor por medio de un dinero que él mismo debe al deudor. La objeción de causa en una falsa interpretación del art. 1,251, núm. 2, y de la especial subrogación que él establece. Es de todo punto cierto que el adquirente que paga su precio, paga lo que debe, y que, no obstante, es subrogado al acreedor á quien resarce; pero ¿en qué sentido lo está y respecto á quién? Queda subrogado respecto á los acreedores hipotecarios no pagados que lo demandarían hipotecariamente; el objeto único de la subrogación es impedir la evicción del adquirente. Pero el adquirente no está subrogado en los derechos que los acreedores á quienes ha resarcido pudieran tener contra terceros. Semejante subrogación supondría que el adquirente subrogado tiene un recurso que ejercitar en razón del pago que verifica; y ¿cómo había de tener un recurso, siendo así que no ha hecho más que pagar lo que debe? La situación del adquirente es muy sencilla, está subrogado en la hipoteca de los acreedores á quienes ha pagado con su precio para defenderse contra la persecución hipotecaria de los acreedores que no pudieron ser pagados. Hé aquí toda la subrogación del núm. 2. Si el mismo adquirente está entre esos acreedores, sufrirá la ley común á todo acreedor que no puede ser pagado sobre el inmueble hipotecado, porque dicho inmueble está gravado con cargas superiores á su valor; esto equivale á decir que vuelve á la clase de los acreedores quirografarios, no tiene más que una acción personal, supuesto que le falta la acción hipotecaria. Como acreedor personal, podrá ejercitar los derechos de su deudor. Luego si el vendedor tiene derecho contra los codeudores de las deudas cubiertas mediante el

precio de venta, el adquirente podrá ejercitarlos en virtud del art. 1,166; pero al ejercitar dicha acción, acudirá en contribución con los demás acreedores de su deudor; esto no será beneficio de la subrogación, sino de derecho común.

## II. Condición de la subrogación.

88. La condición esencial de toda subrogación es que se pague una deuda, y tal es lo que dice el núm. 2 del artículo 1,251: el adquirente debe emplear el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á quienes el inmueble estaba hipotecado. Esta condición da lugar á muchas dificultades en lo concerniente á la subrogación del adquirente. Pregúntase desde luego cuándo debe ser pagado el precio. La respuesta parece muy sencilla: después que haya tenido lugar la venta. Si no paga el precio antes de que la venta exista, ni siquiera se le puede pagar, puesto que no hay precio en tanto que no hay venta. Puede no obstante suceder que el que se propone comprar un fundo haga al propietario un anticipo sobre el precio que deba cuando se consume la venta. Si la venta se hace ¿habrá subrogación? Se falló la afirmativa en el antiguo derecho. Renusson critica la decisión; es evidente que no estamos dentro de los términos de la ley, la que no concede subrogación sino al adquirente que paga su precio de adquisición á los acreedores inscriptos; lo que supone una adquisición y un precio pagado por el adquirente. Ahora bien, en el caso de que se trata, no hay ni adquisición ni precio; luego no hay subrogación. (1) En vano se dirá que en el fondo la operación es idéntica en las dos hipótesis: que yo pague mi precio antes ó después de la adquisición, de todos modos yo pago mi precio. Las personas extrañas á nuestra ciencia pueden razonar de ese modo, pero en derecho no ha-

1 Renusson, pág. 120, cap. V, núm. 20. Esa es la opinión de todos los autores (Aubry y Rau, t. IV, pág. 182, nota 53, pfo. 321).

precio sino cuando hay venta; lo que el futuro comprador da al futuro vendedor es un anticipo, un préstamo, y la ley no establece subrogación para anticipos sencillos. ¿Se quiere la prueba palpable de esto? El núm 2 es la aplicación del núm. 3; y ¿se podría, en virtud del núm 3, decir que el futuro comprador está obligado por el futuro vendedor por las deudas que gravan la cosa que él propone comprar? La cuestión carece de sentido.

89. ¿Qué debe resolverse si el adquirente revende el inmueble y si paga á los acreedores inscriptos con el precio que el segundo adquirente se obliga á pagar? Los autores están unánimes en enseñar que el primer adquirente puede invocar la subrogación. La reventa, se dice, no impide que él sea adquirente, ella no hace que desaparezcan las obligaciones que de ella resultan; luego si él paga á los acreedores hipotecarios con el precio que le debe el segundo adquirente, él paga en calidad de adquirente y para libertar su adquisición libertándose de su precio. (1) Parece que los editores de Zachariæ ponen una restricción á su opinión, al decir que la subrogación tiene lugar cuando el precio de venta consignado por el subadquirente ha servido para resarcir á los acreedores hipotecarios. (2) Tal es la decisión de la Corte de Casación. El adquirente de un inmueble hipotecado lo revende; el precio de la reventa se deposita por el subadquirente en la caja de consignaciones; sobre dicho precio, el primer adquirente paga á los acreedores hipotecarios, y queda subrogado en los derechos de éstos. Vamos á transcribir el considerando: "El adquirente, sea como *detentor del inmueble hipotecado* y obligado por ese título con el acreedor hipotecario, sea como vendedor del mismo inmueble y obligado *hipotecariamente sobre su precio de venta*, tenía en una y otra hipótesis interés en cubrir el crédito hi

1 Gauthier, pág. 333; Demolombe, t. XXVII, pág. 462, núm. 513.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 183, pfo. 321.

potecario." El, en efecto, lo ha cubierto con su peculio, puesto que en descargo suyo y sobre su precio de venta, depositado en la caja de consignaciones, los acreedores han sido pagados; luego él está en las condiciones de la subrogación definida y caracterizada por el art. 1,251. (1)

Por esto se verá que la Corte de Casación motiva su decisión en los términos del art. 1,251, núm. 3, por más que se trate de la subrogación del adquirente definida por el núm. 2 del art. 1,251; aceptamos la discusión en este terreno; no obstante, al decidir conforme al núm. 3, no hay que olvidar que se trata del caso previsto por el núm. 2. La ley subroga al adquirente que emplea su precio de adquisición en pagar á los acreedores hipotecarios. ¿Quién queda subrogado? El adquirente que paga su precio. En el caso de que se trata, hay dos adquirentes: ¿cuál de los dos paga su adquisición? El segundo; luego éste debe ser subrogado. Tal es lo que dice el núm. 2, é indudablemente porque este texto habla con tanta claridad contra ella es por lo que la Corte no lo cita. Cito el núm. 3, y ¿este número puede decir cosa distinta que el núm. 2? Esto es imposible, puesto que el núm. 2 no hace más que aplicar el núm. 3. La Corte quiere probar que el primer adquirente está obligado á la deuda y que tenía interés en cubrirla. Está obligado á la deuda, dice la Corte, como detentor del inmueble hipotecado. Este es un error: el primer adquirente ha revendido; desde el momento en que la venta es perfecta ha cesado de ser detentor del inmueble, porque el segundo detentor es el adquirente; luego él es el obligado hipotecariamente. ¿Contra quién deberán proceder los acreedores hipotecarios? Supongamos, como debe hacerse, que la escritura de venta está transcrita; desde ese momento, el segundo adquirente es propietario y poseedor, y él está obligado hipotecariamente,

1 Casación, 29 de Agosto de 1865 (Dalloz 1,865, 1, 329).

juego es el que puede invocar el art. 1,251, núm. 3? La Corte continúa y dice que el primer adquirente está además obligado hipotecariamente sobre su precio de venta. ¿Cómo estaría obligado hipotecariamente, siendo que cesa de ser hipotecario y detentor del inmueble hipotecado? El no estaba obligado sino como detentor del inmueble, cesa de ser detentor, luego cesa de estar obligado. El tenía interés, dice la sentencia, en cubrir los créditos hipotecarios. ¿Cuál es el interés que el adquirente tiene en pagar? Está interesado en ello para ponerse al abrigo de la acción hipotecaria de los acreedores no pagados, á fin de conservar y de consolidar su propiedad. ¿Se dirá que el primer adquirente tiene interés en consolidar su propiedad, siendo que cesa de ser propietario? Sería absurdo decir que él quiere ponerse al abrigo de una acción que ya no puede intentarse contra él. ¿Quién es propietario? El segundo adquirente. ¿Quién está amenazado de ser despojados? También el segundo adquirente. Luego éste se halla dentro de los términos y del espíritu del núm. 3, como está dentro de los términos y del espíritu del núm. 2. (1)

90. Se pregunta si el adquirente que paga á los acreedores hipotecarios con su propio peculio, sea totalmente, cuando ha pagado ya el precio al vendedor, sea parcialmente, cuando paga á los acreedores más que su precio, puede invocar el beneficio del núm. 2 del art. 1,251. Como la subrogación es de estricto derecho, hay que contestar negativamente, supuesto que el adquirente no está ya dentro de los términos de la ley; él me paga su precio de adquisición. Los autores y la jurisprudencia se ptan, no obstante, que está subrogado en virtud del núm. 2, supuesto que existe el mismo motivo de decisión. (2)

1 Véase la nota que acompaña la sentencia de la Corte (Daloz, 1865, pág. 329).

2 Durantón, t. XII, pág. 249, núm. 157 y todos los autores. Bourges, 21 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1872, 2, 171).

Mala razón es esta cuando se trata de una ficción del todo excepcional. Se llega hasta decir que cuando el adquirente paga con su dinero, paga además su precio bajo ciertos conceptos, porque paga como "adquirente" (1) Esto se llama pagarse de palabras y en nuestra ciencia se necesitan razones. No insistimos porque es ociosa la discusión. En efecto, si el adquirente que paga con su dinero no es subrogado en virtud del núm. 2, lo es en virtud del núm. 3; él está obligado por el deudor con calidad de tercero detentor, y como tal tiene interés en cubrir la deuda; luego está subrogado.

De que el adquirente esté subrogado en virtud del número 3 del art. 1,251 ¿debe inferirse, como lo hace un excelente autor, que el adquirente está subrogado no solo sobre el inmueble que ha comprado sino además sobre cualquier otro inmueble hipotecado á la misma deuda? (2) La cuestión está en saber si la subrogación del adquirente tiene efectos tan extensos como la subrogación en general. Más adelante insistiremos sobre este punto.

91. Se presenta una cuestión análoga para el donatario y para el cambista. Ellos no pueden invocar el núm. 2 del art. 1,251, porque no existe precio ni en la donación ni en el trueque, y desde el momento en que no se está dentro de los términos de la ley, deja de haber subrogación legal. Pero si el donatario ó el cambista paga á los acreedores con su dinero, será subrogado en virtud del núm. 3, como tercer detentor obligado hipotecariamente por el deudor y teniendo interés en cubrir la deuda, á fin de consolidar su propiedad. (3)

92. El art. 1,251 dice que la subrogación tiene lugar en provecho del adquirente que "emplea" el precio de su ad-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 470, núm. 524.

2 Colmet de Santerre, t. V, pag. 378, núm. 195 bis III.

3 Colmet de Santerre, t. V, pag. 378, núm. 195 bis III.

quisición en el pago de los acreedores. ¿Quiere decir esto que el mismo adquirente debe entregar su precio en manos de los acreedores á quienes el inmueble está hipotecado? La ley no dice tal cosa, y el intérprete no debe aumentar el texto de la ley manifestándose más severo que ella. No hay, por otra parte, razón ninguna para exigir que el adquirente entregue el dinero á los acreedores; esto puede hacerse por mandatario; la misma dificultad está en saber si el pago puede hacerlo el intermediario del vendedor. En derecho, la afirmativa no es dudosa; ¿por qué el vendedor no habrá de ser mandatario? Ninguna ley, ningún principio se opone á ello. Pero, de hecho, será á veces difícil distinguir dos hipótesis muy distintas: el caso en que el adquirente paga su precio al vendedor y el caso en que lo paga á sus acreedores. Preciso es que lo pague á los acreedores para que quede subrogado en los derechos de éstos; luego si paga al vendedor no será subrogado á los acreedores, á menos que haya dado mandato al vendedor de pagar á los acreedores con el precio que él pone en sus manos. Así, pues, la dificultad se reduce á un punto de hecho: ¿hay ó no hay mandato? Los jueces resolverán según los elementos de la causa. (1)

Esa es la opinión común. Se hacen objeciones que nos parecen bastante insignificantes. ¿Se pueden considerar los fondos entregados al vendedor como que siempre han sido cosa del adquirente? (2) La respuesta es muy sencilla; el mandato prueba que el adquirente está en la inteligencia de que el dinero que exhibe lo entregará el vendedor á los acreedores: esa es la ley que él impone al pago y el vendedor la acepta. ¿Por qué esta ley que las partes se imponen no había de tener su ejecución? Las ja-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 183, nota 53, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 476, núms. 535 y 536. Larambière, t. III, pág. 317, núm. 18 del art. 1.251 (Ed. B., t. II, pág. 239).

2 Gauthier, pág. 335, núm. 290. Mourlón, pág. 385.

jurisprudencia no se ha detenido por estas objeciones: la Corte de Casación, ajustándose al texto de la ley, ha resuelto que no se exige condición alguna, salvo el pago del precio á los acreedores; basta, pues, que el adquirente justifique que su precio ha servido para pagar créditos inscritos sobre el inmueble. Esto quizás sea desistirse del rigor que es necesario en esta materia. La ley dice que el adquirente debe "emplear" su precio en pagar á los acreedores; esto implica una manifestación de voluntad de su parte, mientras que la Corte de Casación parece que se conforma con el hecho material de que los dineros han "servido" para resarcir á los acreedores. En el caso de que se trata no había vestigio de un mandato dado por el adquirente al vendedor. Existía una carta de pago del vendedor y cartas de pago dadas por los acreedores hipotecarios. La sola circunstancia que implicase la voluntad del adquirente, es que el cuaderno de cargos había arreglado el modo de pago y el empleo del dinero en cubrir las gas hipotecarias.

93. Se ha pretendido que no había subrogación cuando el adquirente paga á los acreedores inscritos en virtud de una cláusula del contrato de venta que le impone dicha obligación. Hay una sentencia á favor de esta opinión que Mourlon califica muy severamente. Es, dice, una verdadera alucinación de la jurisprudencia. En efecto, el error nos parece evidente. En primer lugar, la tradición está unánime en favor de la subrogación: Renusson, después de haber establecido que el adquirente queda subrogado cuando emplea su precio en pagar á los acreedores hipotecarios, añade: "El comprador que se ha encargado por su contrato de adquisición, de pagar á un acreedor hipotecario y paga en ejecución de su contrato, es igualmente subrogado." Los antiguos autores hasta suponen siempre la delegación, lo que es muy natural, estando interesados tanto el

vendedor como el comprador á que los acreedores hipotecarios estén pagados, puesto que esta deuda es la suya; se concibe, pues, que de acuerdo común, las partes inserten en el acta de venta una cláusula en virtud de la que el precio deba ser empleado en solventar á los acreedores. ¿Puede esto impedir la subrogación? La condición exigida por el texto está cumplida, ya que el comprador emplea el precio de su adquisición al pago de los acreedores hipotecarios, y esto se hace por voluntad del adquirente, ya que él paga en virtud de una cláusula del contrato en que es parte. (1) ¿Qué se opone á esta interpretación del artículo 1,251, ó mejor dicho, á la aplicación literal de la ley? Se dice que el comprador que paga en virtud de una delegación, no paga sino su propia deuda. Quizá sea este argumento al que Mourlon califica de alucinación. Sin duda el comprador que paga el precio, paga su deuda; pero ¿acaso deja de pagarla cuando solventa á los acreedores sin delegación? En este sentido siempre paga su deuda, pero no lo hace al pagar las que gravan el inmueble, porque tales deudas no son las suyas, no está obligado á ellas mas que hipotecariamente; no es el deudor. Luego puede decirse del adquirente que paga las deudas de un tercero con su deuda. La Corte de Casación, que parecía haber aprobado la decisión de la Corte de Amiens en pronunciar una sentencia de denegada apelación, (2) falló después, aun sin dar los motivos, que el adquirente delegado es subrogado. (3)

94. La ley no prescribe ninguna condición de forma pa

1 Véanse los testimonios en Mourlon, págs. 386 y siguientes. La disposición que critica es de la Corte de Amiens, 13 de Agosto de 1824.

2 Ganthier justifica la sentencia de la Corte de Casación (página 315. núm. 276) haciendo notar que la Corte no se ocupó del artículo 1,251.

3 Casación, 28 de Diciembre de 1853 (Dallez, 1854, 1, 10, y 1856, 1, 355).

ra la subrogación del núm. 2. Queda, pues, ésta, bajo el imperio del derecho común. En caso de contienda, el adquirente debe probar que ha pagado su precio á los acreedores inscriptos sobre su inmueble. La prueba se hace según los principios generales que el Código establece en el título "De las Obligaciones" que más adelante expondrémos. (1)

*Núm. 4. De la subrogación del núm 3 del art 1,521.*

95. Carlos Dumoulin, en las lecciones solemnes que dió en Dôle, sostuvo, contra el parecer de todos los doctores, que el codeudor solidario y el fiador, así como todos los que pagaban lo que debían, con otros ó por otros, quedaban subrogados de pleno derecho. Todos admitían que ellos tenían el derecho de exigir la subrogación, pero se pretendía que debían exigirla. Esto es inútil, dice Dumoulin; debe presumirse que no han pagado sino á cargo de una subrogación que tenían derecho á exigir, porque no debe presumirse que nadie renuncie á sus derechos. Esto era razonar muy bien como legislador; pero Dumoulin olvidaba que no incumbe al intérprete crear una subrogación legal y por vía de presunción. Pothier contestó á Dumoulin que el único derecho de los codeudores solidarios y de los fiadores era exigir la subrogación; que, si ellos querían ser subrogados, debían manifestar su voluntad; la voluntad supuesta, sin ninguna manifestación, no es suficiente para adquirir la subrogación. Toullier dice que este razonamiento puede ser rigurosamente verdadero ó lógico, pero que una buena legislación debe establecer lo que sea más conforme á la equidad sin ajustarse con minuciosa precisión á las consecuencias que el razonamiento puede derivar de un principio abstracto. Pothier no merece este re-

1 Denegada apelación, 11 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 318). Burdeos, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 424).

proche; la decisión entre él y Dumoulin no se refiere á la legislación, porque ellos no eran legisladores; razonaban en el terreno del derecho existente, y bajo este punto de vista, Pothier tenía ciertamente razón contra Dumoulin. Pero el legislador moderno ha hecho muy bien en seguir la opinión de Dumoulin y hay que glorificar al gran jurisconsulto porque tomó la iniciativa de una innovación que ciertamente se fundaba en la equidad. (1)

### I. *Quién es subrogado.*

#### 1. *El principio.*

96. "La subrogación tiene lugar de pleno derecho en provecho de quien, estando obligado *con* otros ó *por* otros al pago de la deuda, tenía interés en subscribirla (artículo 1,251, núm. 3)." ¿Quiénes son los que están obligados con otros? Los que deben soportar la deuda con otros que deben igualmente soportarla; de suerte que cada uno contribuye por su parte; tales son los codeudores solidarios. Cuando un codeudor solidario paga, paga la deuda de los demás deudores al mismo tiempo que la suya, puesto que exonera á sus codeudores; por consiguiente, tiene un recurso contra ellos; es justo que este recurso sea ejercitado con las mismas garantías de que habría gozado el acreedor si hubiera perseguido á los codeudores del que ha pagado toda la deuda. Están obligados *por* otros, los que no son deudores personales, y que, en consecuencia, no deben soportar ninguna parte en la deuda, pero que están obligados á cubrirla por el que á ello está obligado personalmente; tal es el fiador. La equidad que exige la subrogación del codeudor solidario, con mayor razón la exige en favor del

1 Dumoulin, 1ª lección dada en Dôle, núms. 23-28 (t. III, página 391). Pothier, *Introducción a la Costumbre de Orleans*, tit XX, número 280. Toullier, t. IV, 1, pág. 131, núm. 147.

fiador; ella presta un servicio y un servicio gratuito, y es justo que para resarcirse de sus anticipos pueda prevalerse de las garantías inherentes al crédito que paga.

El principio no se aplica únicamente a los codeudores y á los fiadores; la ley ni siquiera los nombra, sino que dice en términos generales: Los que "con" ó "por" otros están obligados al pago de la deuda que tenían interés en cubrir. En qué sentido tienen ellos interés en cubrir la deuda, aun cuando no fuesen perseguidos, lo que debe suponerse, porque si son perseguidos, están más que "interesados" en el pago; están "obligados." Tienen interés en prevenir las demandas judiciales, porque no pueden prever cuando tengan lugar, ni, si en tal ocasión, el estado de sus negocios les permitirá pagar; luego si tienen fondos dispnibles, tienen interés en adelantar el pago. Otra incertidumbre pesa sobre ellos y ésta está llena de peligros. El coobligado ó el deudor principal contra el cual tienen ellos un recurso, puede volverse insolvente; ¡cuántos fiadores se han visto arruinados por la insolvencia del deudor! Así, pues, es grande su interés en pagar, aun cuando el deudor principal sea todavía solvente.

Hay que hacer notar que el solo interés que tengamos en pagar una deuda, no es suficiente para que seamos subrogados. La condición esencial para que exista la subrogación, es que el que paga esté obligado por otros ó con otros al pago de la deuda; el interés que tiene en pagar es una consecuencia de que está obligado. Pero en vano tendría interés en pagar; si no estuviese obligado, tampoco sería subrogado. Así, pues, la subrogación supone que el que paga podría ser obligado á pagar; hay entonces más que equidad, hay justicia que él sea subrogado al acreedor á quien paga.

97. El lazo en virtud del cual el que paga está obligado

al pago ¿debe ser su lazo personal? El que está obligado con otros, está siempre obligado por un lazo personal á pagar la deuda, puesto que se supone que él debe soportar una parte de la deuda; ahora bien, solamente el deudor personal debe pagar en este concepto. Además del deudor solidario, á quien por costumbre se cita, hay, además, el deudor de una deuda indivisible que está obligado con otros, en el sentido de que en razón del objeto de la deuda ó del convenio de las partes, la deuda no tolera partes, lo que conduce á la consecuencia de que los codendores están obligados á pagar cada uno el total de la deuda, como si fueran solidarias. Sin embargo, no están comprometidos á cubrir toda la deuda; síguese de aquí que si la deuda se convierte en daños y perjuicios, cada cual no debe pagar más que su parte. No hay que distinguir, en lo concerniente á la subrogación, la indivisibilidad del pago de la indivisibilidad propiamente dicha: basta, para tener un recurso, que el deudor esté obligado á pagar toda la deuda, por más que no soporte más que una parte (art. 1,221), y este recurso es el que la ley quiere asegurar concediendo la subrogación.

Entre los que están obligados "por" otros al pago de la deuda, solo el fiador está obligado personalmente. Los que están obligados hipotecariamente pueden también invocar el beneficio de la subrogación. La ley es general, no distingue cómo está "obligado" el que paga; con delibera la intención se sirve ella de la expresión estar "obligado" en lugar de decir que el que el que paga está "obligado." El que debe pagar sin estar personalmente obligado está en una situación más favorable que el deudor personal; pagando lo que no se ha obligado á pagar, la equidad reclama en su favor y exige que su reembolso esté asegurado. El texto de la ley no deja duda alguna sobre este punto. Según el mismo art. 1,251, el adquirente, que es un tercer detentor,

es subrogado; del mismo modo, el legatario particular que ha cubierto la deuda de que estaba gravado el inmueble, permanece subrogado en virtud del art. 874, en los derechos del acreedor contra los herederos y sucesores á título universal. Se objeta que según los términos del art. 1,251, hay que estar obligado "al pago de la deuda;" y puede decirse del tercer detentor que está "obligado" á pagar la deuda? La misma expresión "tercer" detentor prueba que es "tercero" en la deuda y que si puede ser perseguido, es únicamente como "detentor" del inmueble hipotecado. El Código civil, es cierto, dice, que él está obligado (artículos 2,167 y 2,168); pero como lo decimos en el título "De las Hipotecas," esta redacción es incorrecta; el tercer detentor, según los verdaderos principios, no está obligado al pago de la deuda; no está obligado más que á una cosa, á dejarse expropiar; en cuanto al pago de la deuda, para él es una facultad y no una obligación. Se contesta la objeción que los arts. 874 y 1,251, núm. 2, por las palabras "obligado al pago de la deuda," la ley da á entender al que está obligado hipotecariamente, tanto como al que lo está en virtud de un compromiso personal. Por otra parte; indirectamente el tercero detentor está obligado á pagar la deuda; si el acreedor hipotecario lo persigue, debe ó dejarse expropiar, y, en este caso, el precio de su inmueble sirve para pagar á los acreedores inscriptos, ó debe abandonar, lo que conduce á la expropiación y por consiguiente al pago de los acreedores hipotecarios, ó debe pagar; de suerte que, en todas las hipótesis, los acreedores inscriptos son pagados por el tercer detentor; esto basta para justificar la subrogación. (1)

## 2. Aplicaciones.

98. Así, pues, el principio establecido por el art. 1,251,

1 Colmet de Saunterre, t. V, pag. 377, núm. 195 bis I.

núm. 3, es general. Dumoulin lo planteaba en los términos los más generales, y el Código Civil ha reproducido su fórmula. No obstante, no hay que perder de vista las condiciones de la subrogación; no basta que un tercero pague, para que sea subrogado, y ni siquiera basta que tenga "interés" en pagar, es preciso que esté "obligado" con otros ó "por" otros. La aplicación da lugar á numerosas contiendas, que son fáciles de resolverse cuando se ajusta uno al texto de la ley.

Se vende parcialmente un inmueble á varias personas, ó el comprador muere dejando á varios herederos. El vendedor no pagado promueve resolución contra uno de los adquirentes, éste paga el monto íntegro de lo que se debe al vendedor: ¿será subrogado en los derechos del vendedor contra los demás adquirentes, como habiendo cubierto una deuda á cuyo pago estaba obligado con otros ó por otros? La Corte de Casación se ha pronunciado por la afirmativa, por el motivo de que la acción de resolución comprendía esencialmente la totalidad del inmueble vendido y tenía, por consiguiente, un carácter indivisible respecto á los adquirentes ó detentores parciales. Siguese de aquí que dichos adquirentes ó detentores estaban obligados los unos con los otros, respecto al vendedor, por las consecuencias de la acción; luego si uno de ellos, por interés de todos, satisface totalmente las sentencias pronunciadas á favor del vendedor, él tiene derecho á la subrogación en virtud del art. 1,251, 3.º (1) La consecuencia es clara si el principio es verdadero. Todo depende, pues, del punto de saber si la acción de resolución es indivisible. No puede tratarse de una indivisibilidad propiamente dicha; pero la indivisibilidad de pago es suficiente, y ésta depende de la intención de las partes contrayentes. Un inmueble puede ser

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 7 de Julio de 1851 (Dañoz, 1851, 1, 200).

vendido á varias personas, de modo que haya tantas ventas como compradores; en este caso, no existe ningún lazo entre ellos y, en consecuencia, no puede decirse que uno esté obligado con el otro. Pero la intención del vendedor puede también ser vender la totalidad del inmueble, en el sentido de que la venta sea mantenida ó resuelta por el total; en este caso, es la verdad decir con la Corte de Casación que la acción de resolución tiene un carácter indivisible, lo que, en caso de pago de todo el precio por uno de los adquirentes, le asegura la subrogación.

99. La mujer registra su dote, pero se olvida de registrar las indemnizaciones de las deudas que contrajo con su marido. Se inicia un orden sobre los bienes del marido; la mujer no queda colocada por su indemnización. Esta es una consecuencia evidente de la caducidad en que incurre la mujer por no haber conservado sus derechos. Pero la mujer había consentido una subrogación en su hipoteca legal á los acreedores, respecto á los cuales se había obligado con su marido; en consecuencia, las sumas que formaban su colocación, se habían distribuido en suborden á esos acreedores; de aquí la cuestión de saber si la mujer estaba subrogada á los acreedores á quienes había pagado mediante los dineros que le correspondían en virtud de la colocación. La Corte de Casación resolvió que la mujer podía presentarse á un suborden abierto sobre su marido para ser colocada en la fecha de la hipoteca convencional, en la cual estaba subrogada en virtud del artículo 1,250. 3.º El recurso objetaba que la Corte de Apelación, al admitir á la mujer caduca en su hipoteca legal, en lo que se refería á la indemnización de las deudas que ella había contraído con su marido, á ponerse en el rango de los acreedores á quienes había resarcido por medio de su colocación, había otorgado indirectamente á la mujer, por la vía de la subrogación, la indemnización que le rehusaba di-

rectamente por efecto de su hipoteca legal. Se ha contestado que todo lo que resultaba de la falta de inscripción por la indemnización de la deuda contraída con el marido, es que la mujer no podía ser colocada por este capítulo en virtud de su hipoteca legal; por esto no había sido colocada en el rango de su hipoteca legal. Pero, prescripta en su hipoteca legal, no por eso lo estaba en el beneficio de la subrogación en los derechos de los acreedores á quienes había debido pagar en el nuevo orden en que estos acreedores estaban colocados. La suma que ella percibía en lugar de los acreedores, la recibía, no en el rango de su hipoteca legal, sino el rango de su hipoteca convencional; además, la suma por la cual era colocada, consistía no en la que ella podía pretender contra su marido á título de indemnización, sino que estaba limitada á la cuantía de los derechos personales de aquellos acreedores. (1) En el título "De las Hipotecas" volveremos á tratar de la subrogación en la hipoteca legal de la mujer y de las condiciones á que está sometida dicha subrogación en virtud de nuestra nueva ley hipotecaria.

100. Se encuentran aplicaciones del principio establecido por el art. 1,251. 3. °, en algunas leyes sobre materias especiales. Vamos á mencionarlas sin entrar en la discusión de las dificultades á que da lugar la subrogación.

La ley de 11 brumario, año VII, dice (art 5): "El conservador de las hipotecas será subrogado de derecho en las acciones que los acreedores á quienes estubiese obligado á pagar tuvieren contra el deudor originario." El Código Civil no ha reproducido esta disposición, pero está implícitamente mantenida por el art. 1,251, núm. 3.

Según los términos de la ley de 22 frimario, año VII (artículo 33) los notarios están obligados al pago de los derechos

1 Denegada apelación, 30 de Diciembre de 1844 (Daloz, 1845, 1. 72 y la nota del compilador.

de registro á que sus escrituras están sometidas, salvo su recurso contra las partes. Estando obligados al pago por las partes y forzados á pagar, pueden invocar el beneficio de la subrogación establecida por el núm 3 del art. 1,251. (1)

Los alguaciles que proceden á la venta de muebles y mercancías son personalmente responsables, con el vendedor, del precio de las adjudicaciones (Cód. de Proc., artículo 625). Se ha fallado que el alguacil que, aun en una venta voluntaria hecha al contado, entrega al vendedor el monto del precio, paga, con descargo del adquirente, una deuda á que estaba obligado y que tiene interés en cubrir; luego es subrogado en virtud del art. 1,251 en los derechos del vendedor. (2)

En materia mercantil, se admite que el comisionista que tiene encargo de comprar mercancías por cuenta de su comitente y las paga con su propio peculio, queda subrogado de pleno derecho al vendedor. La Corte de Casación así lo ha fallado por motivo de que el comisionista tiene interés en cubrir el precio de venta. Este motivo es insuficiente; se necesita, además, que el que paga esté obligado por otro. El verdadero motivo para decidir es que el comisionista procede "en su propio nombre," aunque por cuenta de un comitente (Cód. de Com., art. 91); por esto mismo está obligado por él respecto del vendedor; luego está dentro de los términos del art. 1,251, núm 3. (3)

101. Acabamos de decir que no basta el interés para que haya subrogación. Los intérpretes á veces se han equivocado. Claro es que cuando los deudores son simplemente conjuntos, el uno no está obligado por el otro ni con el

1 Demolombe, t. XXVII, pag. 539, núm. 601.

2 Casación, 29 de Enero de 1852, de la Corte de Casación de Bélgica (*Pasicrisis*, 1852, 1, 221).

3 Casación, 14 de Noviembre de 1810 (Dalloz, *Comisionista*, número 49). Gauthier, pág. 447, núm. 400. Compárese Massé, t. IV, página 66, núm. 2,161.

otro, lo que hace imposible la subrogación; tales son los compradores parciales de un dominio, cuando en la intención de las partes no hay ningún lazo de indivisibilidad (núm. 98). Tal es también la obligación de los herederos cuando las deudas divisibles se distribuyen entre ellos; de suerte que hay tantas deudas como herederos. Sin embargo, se ha sostenido que, durante la indivisión, el heredero que pagaba la totalidad de una deuda quedaba subrogado porque tenía interés en cubrirla. "Razonablemente, dice Toullier, no puede negarse que los herederos están obligados á las deudas los unos con los otros y que tienen grandísimo interés en cubrir la deuda común para apartar á un acreador molesto y precaverse de gastos." Toullier concluye de esto que no se puede rehusar, en este caso, la subrogación al coheredero que ha pagado antes de la partición, una deuda común, aun quirografaria. Esto es olvidar la condición esencial de la subrogación, que el que paga esté obligado con otros ó "por" otros al pago de la deuda. Ahora bien, cada heredero no está obligado sino por su parte en la deuda, puesto que las deudas se dividen de pleno derecho entre los herederos desde que se abre la herencia y antes de toda partición. Luego se está fuera del texto del art. 1,251, y sin ley no puede haber subrogación legal. (1)

102. Un subempresario de trabajos de construcción paga á los jornaleros que él ocupa; pretende quedar subrogado en la acción directa que el art. 1,798 concede á los operarios contra el empresario. La Corte de Casación ha desechado esta pretensión, que no tiene fundamento alguno ni en el texto ni en el espíritu de la ley. El subcontratista que emplea operarios es el único obligado al pago

1 Toullier, t. IV, pág. 137, núm. 151. En sentido contrario Demolombe, t. XXVII, pág. 524, núm. 582. Compárese Durantón, t. XII, pág. 292, núm. 175.

de los salarios respecto de ellos; así es que al pagarlos paga su propia deuda, lo que hace que el art. 1,798 sea inaplicable. Además, el art. 1,798 no puede ya ser invocado por los operarios cuando han sido pagados, puesto que precisamente para el caso de no pagar es por lo que el artículo 1,798 abre una acción á los operarios contra el contratista; y ¿se concibe que se pida ser subrogado en un derecho que no existe? (1)

103. En materia de seguros terrestres, la subrogación da lugar á cuestiones muy controvertidas. Se pregunta, en primer lugar, si el asegurador es subrogado de pleno derecho al asegurado contra los terceros responsables del incendio, y principalmente si puede ejercitar la acción que la ley concede al propietario contra los locatorios (artículos 1,733 y 1,734). La jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa, y tal es también la opinión de la mayor parte de los autores. Una sentencia de la Corte de Rouen dice que esto es de jurisprudencia, como si la jurisprudencia fuese infalible. Demolombe tiene razón para decir que las cuestiones de derecho deben siempre discutirse, sea cual fuere la autoridad de los tribunales; esto no es más que una autoridad de doctrina. En el caso de que se trata, creemos que la jurisprudencia está de acuerdo con los verdaderos principios. La Corte de Casación rechaza la subrogación, porque el asegurador no está obligado con el arrendatario ni por él al pago de la deuda. Una cosa es la deuda del locatorio y otra distinta la de la compañía de seguros; el arrendatario es responsable á causa de una presunción de culpa; la compañía responde del caso fortuito en virtud de un contrato aleatorio que la indemniza del riesgo que corre. Luego, al indemnizar al propie-

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 12 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 1. 57). Aubry y Rau, t. IV, pág. 184, nota 64, párrafo 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 526, núm. 584.

tario por el daño causado por el incendio, la compañía cubre una deuda que le es personal y que nada tiene de común con la deuda del arrendatario; lo que equivale á decir que ella no está obligada con el arrendatario ni por él, y, por tanto, no puede ser subrogada. (1)

De hecho casi ya no se discute la cuestión, porque las compañías procuran estipular la subrogación en la póliza de seguros. Estas cláusulas han suscitado otras dificultades. ¿Es válida la subrogación convencional en el caso de que se trata? Se trata de la subrogación del art. 1,250, 1.º Este artículo supone que el acreedor recibe su pago de un tercero y que lo subroga de una manera expresa en sus derechos en el momento en que es pagado. Se concibe que el asegurador se haga subrogar por el asegurado contra el locatario en el momento en que le paga la indemnización por el daño causado; esta indemnización representa los daños y perjuicios á que el locatario está obligado; en este concepto, la compañía paga la deuda del locatario; luego puede estipular contra él la subrogación. Se ha hecho, sin embargo, una objeción muy especiosa. La subrogación es una cesión ficticia, lo que desde luego supone que el subrogado no paga su propia deuda, y, en segundo lugar, que existe un precio de la cesión. Ahora bien, el asegurador paga ciertamente una deuda que le es propia, y la Corte de Casación hasta ha fallado que esta deuda nada tenía de común con la deuda del locatario. Además, ¿en dónde está el precio de la cesión ficticia? ¿Es la indemnización la que el asegurador paga al asegurado? Pero él paga esta indemnización en virtud del contrato de seguros y ha recibido la compensación de esta indemnización al percibir

1 Casación, 2 de Marzo de 1829 (Dalloz, *Seguro terrestre*, núm. ro 247). Rouen, 14 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 165). Massé, t. IV, pág. 70, núm. 2,163 y la mayor parte de los autores. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVII, pág. 332, núms. 597-600.

la prima. Si el asegurador puede en virtud de la subrogación hacerse reembolsar la indemnización que ha pagado al asegurado, recibirá lo que ya ha recibido bajo la forma de prima. ¿Puede él á un tiempo mismo percibir la prima y la indemnización que representa la prima? Claro es que no es esta la hipótesis prevista por el núm. 2 del art. 1,250, el tercero que es subrogado hace un anticipo, nada debe; paga por el deudor, y por este pago que hace sin estar obligado es por lo que queda subrogado en los derechos del acreedor. (1)

Estas objeciones no han prevalecido. Pero, cosa notable, las sentencias que se han pronunciado á favor de las compañías, no califican de subrogación el acto por el cual suceden en los derechos del asegurado contra los terceros responsables del incendio, sino que dice que es una cesión, y hé aquí cómo lo justifican. El asegurado cede al asegurador sus derechos contra el locatario; ninguna ley prohíbe esta cesión, se trata de derechos que se hallan en el comercio y que, por lo tanto, se pueden ceder. Queda por saber si la cesión hecha al asegurador es válida. La cesión es una venta que no exige más que una cosa y un precio; y ambas condiciones se encuentran en el caso: la cosa cedida consiste en los derechos del propietario contra su locatario, el precio está representado por la suma que el asegurador paga al asegurado. (2) La sentencia que estamos analizando es una de la misma corte que primero había rechazado la subrogación. No responde á todas las objeciones que acabamos de hacer. Se puede, no obstante, justificar la jurisprudencia que ahora es unánime y de acuerdo con la doctrina.

Las compañías de seguros se comprometen á indemnizar

1 Compárese Colmar. 13 de Enero de 1832 (Dalloz, *Seguros*, número 249).

2 Colmar, 17 de Noviembre de 1842, y denegada apelación, Sala de lo Civil, 1º de Diciembre de 1846 (Dalloz, 847, 1, 137).

al propietario en caso de siniestro y, como compensación de este riesgo, perciben una prima. ¿Cuál es el riesgo que ellos aseguran? El que proviene de un caso fortuito; si el incendio es producido por el crimen ó la culpa de un tercero, la compañía debe, en verdad, una indemnización al asegurado, puesto que respecto al asegurado, el hecho del tercero es un caso fortuito; pero ella tiene una acción contra el tercero que es el autor del daño indemnizable. La Corte de Casación ha consagrado este principio que no es dudoso; es la aplicación del art. 1,382. En el caso de que se trataba, se atribuía el incendio á la imprudencia de un niño, la madre era pues la responsable; la compañía, no subrogada, procedió contra la madre; la acción, desechada por el primer juez, fué aceptada por la Corte de Casación. (1) Síguese de aquí que el asegurador puede tener un recurso contra el autor del incendio, aunque haya percibido la prima; luego puede también hacerse ceder los derechos que el propietario tiene contra el locatario presente, autor del hecho indemnizable. (2)

La Corte de Casación decide regularmente que el acto por el cual el asegurado cede sus derechos al asegurador contra el locatario, es una cesión propiamente dicha y no una subrogación. Por lo común la cesión se hace por una cláusula de la póliza; poco importa, dice la Corte, porque se pueden ceder derechos eventuales tanto como derechos actuales, porque las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato (art. 1,130); es verdad que el convenio no puede designar á la persona contra la cual la acción es cedida, pero se necesita esto cuando se trata de un derecho aleatorio; basta que la cesión recaiga sobre un objeto determinado con claridad y sobre derechos y acciones de las que

1 Casación, 22 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 93).

2 Compárese Bruselas, 14 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 390), y 11 de Septiembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 257).

fácilmente pueden darse cuenta las partes contrayentes.

Creemos que la Corte de Casación tiene razón al resolver que la cláusula llamada subrogatoria es una cesión más bien que una subrogación. La subrogación implica necesariamente un pago hecho por un tercero por aquel que no es deudor, y tiene por objeto exonerar á éste; no es esta ciertamente la posición del subrogador; no paga para exonerar al locatario, sino que paga porque está obligado á pagar en virtud del contrato de seguro. Luego no hay subrogación; la consecuencia de esto es que no deben observarse las condiciones prescriptas por el art. 1,250, núm. 1, para la validez de la subrogación. (1)

Si la cláusula litigiosa es una cesión, no debe concluirse que el cesionario no esté obligado respecto á terceros sine por la notificación ó por la aceptación auténtica que el deudor hace de la cesión. La jurisprudencia ha retrocedido ante semejante consecuencia. Se ha fallado que la cesión que el asegurado hace al asegurador de derechos aleatorios es un acto *sui generis*, que difiere esencialmente de la subrogación legal regida por los artículos 1,250 y 1,251, tanto como del traslado de créditos de art. 1,690; la Corte de Orléans infiere de esto que la cláusula no está sometida á las formas que la ley prescribe para el traslado cesión. (2) Esto equivale á admitir una cesión sin texto, cosa que no puede ser. Que el derecho cedido sea eventual ó actual, de todas maneras es un derecho cuya venta constituye una cesión á menos que el acto pueda considerarse como una subrogación. Hay que escoger. La verdad es que no hay subrogación, puesto que no hay pago, y es difícil ver una venta en la cesión que el asegurado hace al asegurador, porque no hay precio verdadero; la indemnización que él percibe se le

1 Sentencia precitada del 13 de Abril de 1836. Bruselas, 13 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 232).

2 Orléans, 26 de Agosto de 1858 (*Dalloz*, 1859, 2, 2).

debe en virtud del contrato de seguros, y se le debería independientemente de toda cesión que hiciera al asegurador de sus derechos contra los terceros. La Corte de Orléans tiene, pues, razón para decir que esta es una cesión de naturaleza particular; es decir, que hay un vacío en la ley. De todas maneras, en el silencio de la ley, y por lo mismo que no deroga el art. 1,690, esta disposición es aplicable.

Queda por determinar la extensión de la cesión. Esto es una cuestión de hecho, puesto que la decisión depende de la interpretación del contrato de seguro ó del convenio especial celebrado entre el asegurado y el asegurador. Así, pues, la cesión puede comprender la acción que el artículo 1,733 abre al propietario contra el locatario, y puede también no comprenderla; la voluntad de las partes contrayentes es la que decide. (1)

104. Las cláusulas subrogatorias insertas en las pólizas de seguros ó estipuladas después del secuestro al hacerse el pago de la indemnización, dan lugar, además, á muchas dificultades que debemos hacer á un lado porque la materia es demasiado especial. Vamos á decir algo acerca de una cuestión que se presentó ante la Corte de Gante, para poner en guardia al lector contra esas cláusulas.

Un acreedor hipotecario asegura el inmueble que le está hipotecado; estalla un incendio, la compañía le paga la indemnización del daño causado y se hace subrogar en todos sus derechos, acciones y privilegios contra el deudor propietario de la casa asegurada. ¿Era válida esta subrogación ó cesión? La decisión depende de la interpretación del contrato de seguro celebrado entre la compañía y el acreedor hipotecario. Este no había hecho asegurar su crédito, sino que había asegurado el inmueble sobre el cual su crédito estaba hipotecado; así, pues, en realidad, el propietario era el asegurado, el acreedor había procedido en

1 Rouen, 14 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 165).

su nombre como su gerente de negocios. Así es que la indemnización se debía al propietario incendiado, salvo el arreglar sus relaciones con el acreedor. Por lo mismo, no podía tratarse de subrogar á la compañía en los derechos del acreedor contra el propietario, porque, al pagar á un acreedor gerente de negocios, ella había pagado al propietario lo que debía á éste. (1) Ahora bien, hay un principio fundamental en esta materia que nunca debe perderse de vista: el que cubre su deuda, dice la Corte de Casación, no puede ser subrogado. (2)

105. Toda subrogación descansa en un pago. Luego el que invoca la subrogación debe probar que ha pagado el crédito. Déjase entender que el pago solo, no basta para que haya subrogación en virtud del núm. 3 del art. 1,251; se necesita que el que paga haya tenido interés en pagar y que haya estado obligado con aquél ó por aquél cuya deuda ha pagado. Síguese de aquí que el tercero no es subrogado sino cuando podía ser forzado á pagar, sea en virtud de un vínculo personal, sea en virtud de un compromiso real. Si no fuere posible de ninguna persecución, creemos que no hay subrogación, porque no puede decirse en este caso, que el que paga, estuviese "obligado" al pago de la deuda; y la ley exige formalmente esta condición, luego es esencial para la existencia misma de la subrogación. La Corte de Lyón ha fallado en sentido contrario, y, á nuestro juicio, erróneamente. Lo que sí es cierto, es que el pago no debe hacerse directamente, pues hasta que se haya hecho con el dinero del que invoca la subrogación. Tal es lo que la Corte de Lyón ha decidido, y en este punto sí ha fallado bien. (3)

1 Gante, 30 de Mayo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 135).

2 Denegada apelación, 22 de Agosto de 1871 (*Dalloz*, 1871, 1, 165).

3 Lyón, 4 de Agosto de 1853, y 11 de Agosto de 1855 (*Dalloz*, 1857, 2, 127).

*Núm. 5. De la subrogación del art. 1,251, 4. °*

106. "La subrogación tiene lugar de pleno derecho á favor del heredero beneficiario que ha pagado con su dinero las deudas de la sucesión" (art. 1,251, 4. °) Esta subrogación no es una consecuencia del principio establecido por el núm. 3 del art. 1,251. El heredero beneficiario no está obligado á pagar las deudas con su dinero, sino que únicamente tiene interés en pagarlas á fin de activar la liquidación de la sucesión remanente le pertenece, si es que lo hay. Hé aquí un caso, en que al contrario de lo que se dice en el núm. 3, el "interés" del que paga basta para subrogarlo. ¿Cuál es el motivo de esta especie de excepción? Que el heredero no es el único que tenga interés en el pago de las deudas, porque los acreedores y legatarios están igual y directamente interesados en recibir lo más pronto posible lo que se les debe; luego á todos interesa que avance la liquidación. Tal es la justificación de la subrogación que la ley concede al heredero beneficiario que paga las deudas con su dinero; nada arriesga en pagar deudas que están garantidas por cauciones ó hipotecas, y con esto la liquidación se simplifica; se evitan los gastos, se impide que los bienes sean vendidos en un momento en que quizás ha bajado el valor de los inmuebles, y, por último, se evitan procedimientos siempre enojosos para la memoria del difunto, supuesto que revelan el mal estado de sus negocios. (1)

107. ¿Qué es subrogación? La ley contesta: el heredero beneficiario. Se pregunta si el curador en una sucesión vacante es subrogado. La cuestión es bastante ociosa, porque los curadores tienen poca disposición para pagar deudas que ningún interés tienen en cubrir; si se tratara de su in-

1 Mourlon, t. II, pág. 621. Colmet de Santerre, t. V, pág. 378, núm. 196 bis.

terés, éste estaría más bien en prolongar la liquidación, puesto que son administradores asalariados. Sin embargo, se discute y controvierte la cuestión. El principio que gobierna esta materia es suficiente para resolverla. No hay subrogación legal sin ley, y la ley que la establece es de estricta interpretación. Esto es decisivo. En vano se invoca la tradición: los autores del Código no la han consagrado, puesto que han limitado la subrogación al heredero beneficiario. (1)

108. La condición de la subrogación es que el heredero beneficiario pague con su "dinero" las deudas de la sucesión. Si pagase con el dinero de la sucesión, no podría tratarse de subrogación, puesto que, en este caso, el heredero paga lo que debe, siendo el activo hereditario el patrimonio de los acreedores, en el sentido de que es su prenda exclusiva.

¿Qué se entiende por deudas de la sucesión? La palabra "deudas" debe tomarse en su más lata acepción; no comprende únicamente las deudas contraídas por el difunto, sino también los cargos de la testamentaria, tales como los legados. En este sentido es como el art. 802 que trata de los efectos del beneficio de inventario emplea la palabra "deudas."

¿Cuáles son los derechos del heredero subrogado? Los de los acreedores ó legatarios á quienes paga. Luego si paga á un legatario, hay que aplicar el principio de que los legatarios no son admitidos á hacer valer sus derechos sino después de los acreedores. Remitimos, en cuanto á los derechos de los acreedores, á lo que se ha dicho en otro lugar sobre el beneficio de inventario. (2)

1 Gauthier, pág. 380, núms. 549 y 550. Tal es la opinión común. Aubry y Rau, t. IV, pág. 184, nota 65, pfo. 321. En sentido contrario. Toullier, Rolland de Villargues y Championnière.

2 Durantón, t. XII, pág. 297, núms. 177 y 178. Demolombe, tomo XXVII, pág. 866, núm. 625.

Cuando hay varios herederos, hay que aplicar el principio de la división de las deudas. El heredero beneficiario no debe pagar las deudas hasta concurrencia de su emolumento, sino dentro de los límites de su derecho hereditario; es decir, por mitad, si es heredero por mitad. Luego si paga la totalidad de una deuda, no será subrogado sino por la mitad á que estaba obligado; en cuanto á la otra mitad, no la paga como heredero beneficiario; luego no puede invocar la subrogación que la ley concede al heredero beneficiario; es un tercero que paga la deuda, y que no es subrogado sino estipulando la subrogación. Habría excepción si la deuda fuese hipotecaria ó indivisible; en este caso, el heredero beneficiario habría podido ser obligado á pagar toda la deuda sobre los bienes que retiene como heredero, lo que le asegura la subrogación, sea en virtud del núm. 4, sea en virtud del núm. 2 del art. 1,251. (1)

#### § IV.—DE LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

##### *Núm. 1. Derechos del subrogado.*

##### *I. Principio.*

109. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación: “Por efecto de la ficción que sirve de fundamento á la subrogación, sea convencional, sea legal, se estima que el crédito cubierto subsiste con todos los derechos que le son inherentes, á fin de asegurar al tercero que es subrogado la eficacia de su recurso para resarcirse de lo que ha pagado.” (2) Esto no es más que la aplicación del principio que hemos desarrollado extensamente al principio de esta difícil

1 Larombière, t. III, pág. 372, núm. 73 del art. 1,251 (Ed. B, tomo II, pág. 252).

2 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 3 de Abril de 1861 (Daloz, 1861, 1, 153). Compárese denegada apelación, Sala de lo Civil, 22 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 5).

materia (núms. 13 y 14). La Corte de Casación ha consagrado la opinión común que explica la subrogación por la ficción de una cesión; teniéndose el crédito por cedido, sigue-se que el subrogado tiene todos los derechos que eran inherentes al crédito, y en todo y por todo se le pone en el lugar del acreedor á quien ha pagado

110. El principio es cierto, pero la aplicación da lugar á muchas dudas. Aquí es donde se encuentran las dificultades de la materia: éstas se complican con cuestiones igualmente difíciles que presenta el sistema hipotecario con el cual la subrogación se liga íntimamente, porque el interés de la subrogación se concentra casi siempre en las garantías reales, en las cuales sucede el subrogado. No podemos tratar aquí todas estas cuestiones, porque las hay que deben aplazarse para el título "De las Hipotecas;" por el momento no abordamos más que las que directamente se refieren á los efectos de la subrogación.

El principio, tal como la Corte de Casación lo ha formulado, sirve para resolver una cuestión que no debiera controvertirse. Se pregunta si la subrogación no produce efecto sino contra el deudor, ó si el subrogado puede ejercitar los derechos que el acreedor tiene contra los terceros, principalmente contra los terceros detentores. Ateniéndose al principio de la cesión ficticia, no hay cuestión; se supone que el subrogado compra el crédito, y que lo compra tal como el cedente lo posee, con todos los derechos inherentes; luego él ejercita los derechos que el acreedor tiene contra los terceros tanto como los que tiene contra el deudor. ¿En dónde, pues, está el motivo para dudar? Hay artículos del Código que parecen limitar los efectos de la subrogación á los derechos del acreedor contra el deudor. Tal es el art. 1,250, núm. 1, que es la disposición más explícita que el Código contiene sobre los efectos de la subrogación. "El acreedor que recibe su pago de tercera per-

sona, lo subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas *contra el deudor.*” La ley no agrega: y “contra los terceros.” El art. 2,029, que contiene una aplicación de la subrogación legal establecida por el art. 1,251, 3.º, está concebido en los mismos términos: “El fiador que ha pagado la deuda, es subrogado *en todos los derechos* que tenía el acreedor *contra el deudor.*” Esta subrogación es muy favorable, puesto que acude en auxilio del fiador que ha prestado un servicio al deudor y al acreedor; por esto es que la ley subroga al deudor en “todos los derechos” del acreedor, pero parece restringir la subrogación agregando “contra el deudor.” El art. 874, que contiene también una aplicación del art. 1,251, 3.º, está redactado de la misma manera. La conclusión parece forzada. En efecto, ¿no es una ficción la subrogación? ¿y no toda ficción es de rigurosa interpretación? Cuando la ley limita los efectos de una ficción, no corresponde al intérprete extenderlos.

Se contesta que los artículos que acabamos de citar no pueden tener el sentido restrictivo que se les atribuye, porque entendidos de esa manera estarán en oposición con otras disposiciones, y más aún, estarán en contradicción consigo mismos. La definición de la subrogación no está en el art. 1,250; el art. 1,249 es el que la define, al decir que el tercero que paga al acreedor con subrogación está subrogado en los “derechos” de ese acreedor; es decir, á todos los derechos sin excepción alguna, á los derechos del acreedor contra los terceros, como á los derechos del acreedor contra el deudor. El art. 1,250 núm. 2, se expresa en los mismos términos al hablar de la subrogación consentida por el deudor: ¿se concibe que el “deudor” pueda subrogar al prestador en todos los derechos del acreedor contra el tercero y que el “acreedor” no pueda subrogarlo sino en los derechos que él tiene contra el deudor? Esto carece de sentido. Hay más aún. El art. 1,250 1.º que se

invoca para inferir que la subrogación está limitada á los derechos del acreedor contra el deudor, habla en contra de los que lo citan; dice que el tercero que paga está subrogado en los "privilegios é hipotecas" del acreedor contra el deudor: ¿quiere decir esto que el subrogado no puede ejercitar los privilegios é hipotecas sino contra el deudor? Esto estaría en oposición con la esencia misma de la hipoteca y del privilegio; son estos, derechos reales que afectan á la cosa misma y que la siguen á cualesquiera mano que pasen; luego, al estar subrogado en los privilegios é hipotecas que gravan los bienes del deudor, el subrogado adquiere derechos contra los terceros detentores de los inmuebles gravados con esas cargas reales. Y si él puede ejercitar contra los terceros las hipotecas consentidas por el deudor, ¿por qué no había de poder ejercitar contra los terceros hipotecas consentidas porque quería que fuese para garantía del crédito? De todos modos no es posible prevalerse del art. 1,250 para inferir que el subrogado no tiene acción sino contra el deudor, supuesto que este artículo le da implícitamente acción contra los terceros detentores de los inmuebles por el deudor hipotecados.

Hay un artículo que se cita en pró y en contra de la opinión que seguimos, y que es la opinión casi unánime de de los autores y de la jurisprudencia. El art. 1,252 dice: "La subrogación establecida por los artículos precedentes, tiene lugar tanto contra fiadores como contra los deudores." Luego, dicese, la subrogación da derecho al subrogado contra los terceros, supuesto que los fiadores son terceros. Nó, dicen los de la opinión contraria, porque si la subrogación diera al subrogado todos los derechos del subrogante contra los terceros, el art. 1,252 sería inútil; para darle un sentido, hay que suponer que en principio el subrogado no tiene derecho sino contra el deudor, y

que, por excepción á este principio, la ley le da acción contra el fiador. A decir verdad, el art. 1,252 habla más bien á favor de nuestra opinión. No es exacto decir que esta sea una disposición excepcional; fué introducida por el Tribunado, que expone como sigue los motivos de esa proposición. En el antiguo derecho había diversidad de jurisprudencia sobre la cuestión de saber si los fiadores quedaban obligados con el subrogado: un parlamento decidió que el pago con subrogación extinguía la obligación y daba acción al subrogado contra ellos. Este último sistema es el que ha prevalecido. (1) Lo que prueba cuánta incertidumbre hay en esta materia. Esos son los textos. Queda el espíritu de la ley. Ajustándose á la tradición que el Código ha consagrado, no es dudosa la cuestión. La subrogación es una cesión ficticia. ¿En qué consiste la ficción, y para qué se ha imaginado? El crédito pagado es el que se reputa como objeto de una venta; así es, que el crédito mismo, con todos los derechos del acreedor, es lo que se transfiere al subrogado, y para que éste pueda adquirir todos esos derechos es por lo que la ley finge considerarlo como un cesionario. Ella favorece el pago, y para favorecerlo transfiere al que paga todas las seguridades, todas las garantías inherentes al crédito primitivo; no lograría su objeto si no transfiriese al subrogado todos los derechos del subrogante, porque de ello resultaría que el tercero que está dispuesto á pagar estaría contenido por el temor de no ser reembolsado. Esto es decisivo. ¿Qué es el que se le opone? Dice que el tercero que paga está subrogado porque negocia por el deudor, de quien es ó mandatario ó gerente de negocios; ahora bien, él paga la deuda del deudor, y no la del tercer detentor que, conforme al rigor de los principios, ni siquiera es deudor; luego, dicese, la subrogación es extraña al tercer detentor, y no

1 Observaciones del Tribunado, núm. 44 (Loicé, t. VI, pág. 132).

se refiere sino al deudor. La objeción confunde las acciones que nacen de la subrogación con la acción que nace del pago. Es indudable que el pago hecho por el deudor no da acción sino contra él, y una acción puramente personal; pero precisamente porque esta acción es insuficiente por estar desprovista de toda garantía, es por lo que el legislador ha creado una ficción que permite transferir al que ha hecho el pago, todas las garantías, sin excepción, cuyo objeto es asegurar el pago del crédito primitivo. (1)

111. La acción que la subrogación da al subrogado contra los terceros se toma en la más lata de las acepciones; no se trata únicamente de derechos contra los terceros detentadores, pues el subrogado puede ejercitar todos los derechos que el subrogante tenía, en razón de su crédito, aun contra los terceros que no están obligados ni personal ni hipotecariamente al pago de la deuda. (2)

Tal es la acción de resolución que corresponde al vendedor no pagado. Generalmente se admite que pasa al subrogado. Según el texto del art. 1,249, la cuestión casi no tiene duda. La ley dice que el que paga está subrogado por el convenio ó por la ley en los "derechos del acreedor;" hay disposiciones que dicen en "todos" los derechos; luego también en el derecho de pedir la resolución. (3) Hay, sin embargo, un motivo para dudar, tomado de la ficción misma que sirve de base á la subrogación. Esta es una cesión ficticia, y ¿cuáles son los derechos que la cesión da al cesionario? "La venta de un crédito, dice el art. 1,692, comprende sus accesorios, tales como fianza, privilegio é hipoteca." Así, pues, la cuestión consiste en saber si la ac-

1 Colmet de Santerre, t. V, páz. 379, núm. 197 bis II y III. Tal es la opinión común (Demolombe, t. XXVII, pág. 575, número 539). La jurisprudencia se halla en el mismo sentido. Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 186, nota 74, pfo. 321.

3 París, 30 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 108).

ción de resolución es un accesorio del crédito del vendedor. Así se pretende. (1) Esto nos parece muy dudoso. El vendedor tiene dos derechos distintos; el derecho al precio, derecho mobiliario que supone el mantenimiento y la ejecución de la venta; el derecho á la resolución, derecho inmobiliario que supone la nulificación de la venta. Puesto que la índole de estos dos derechos difieren tanto como el objeto, no se puede decir que uno es el accesorio del otro. Luego si por "derechos," en los arts. 1,249 y 1,250 han de entenderse los accesorios del crédito, habría que rehusar al sobrogado la acción de resolución. Pero la ley no habla de accesorios, da al subrogado todos los derechos que tenía el subrogante; luego también el derecho á la resolución.

Así, pues, aceptamos la opinión general, no por los motivos que se aducen, sino porque el texto es absoluto y comprende "todos los derechos" del acreedor resarcido, que sean ó no accesorios. De esto resulta una consecuencia tan importante como singular. El comprador revende, y el subadquirente paga su precio al vendedor principal al cual está subrogado. En seguida, el segundo vendedor pide la nulidad de la reventa, por motivo de que tuvo lugar á nombre de un menor sin observancia de las formalidades legales. Se falló que el segundo vendedor no era admisible en su acción de nulidad. Esto no es más que la aplicación del principio de la subrogación. El subadquirente, amenazado de evicción y en riesgo de perder la cosa y el precio, podía pedir reconventionalmente, en virtud de la subrogación en los derechos del primer vendedor á quien había resarcido, la resolución de la venta originaria por falta de pago del precio; la acción de nulidad habría venido á parar de este modo en resolver los derechos

1 Moulon, pág. 37. Compárese Aubry y Rsu, t. IV, pág. 186, nota 75, pfo. 325.

del que intentaba la acción; esto equivale á decir que él no era aceptable, supuesto que carecía de interés en conseguir una anulación que habría destruido su propio interés. (1)

112. No hay que confundir la cuestión que acabamos de examinar con la de saber si un acreedor puede, en virtud del art. 1,251, 1, ° pedir ser subrogado en la acción de resolución ejercitada por el vendedor. Hemos decidido este último punto negativamente (núm. 76). No hay contradicción entre las dos soluciones. En el caso en que la subrogación existe, se pregunta cuáles son los efectos de la subrogación; los arts. 1,249 y 1,250 contestan á la pregunta dando al subrogado todos los derechos del subrogante, luego también el derecho de resolución. Pero cuando el acreedor pide ser subrogado en la acción resolutoria intentada por el vendedor, se trata de saber si él tiene derecho á exigir esa subrogación; ahora bien, los términos restrictivos del art. 1,251, núm. 1, no permiten concedérsela, puesto que el acreedor está únicamente subrogado á aquellos que le son preferibles por sus privilegios ó hipotecas; lo que excluye la acción resolutoria.

La Corte de Bruselas ha resuelto que el acreedor hipotecario del adquirente contra el cual se intenta la acción de resolución puede ejercitar los derechos de su deudor; es decir, pagar al vendedor para no pedir una resolución que ocasionaría la resolución de su propio derecho. (2) No tiene duda que el acreedor puede proceder en virtud del art. 1,166 pero de esto resulta que sea subrogado, como lo dice la Corte? Se trata de la subrogación legal; la Corte cita el art. 1,251, pero no cita el número de este artículo en virtud del cual el acreedor hipotecario sería sub-

1 Denegada apelación, 17 de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 480)

2 Bruselas, 27 de Noviembre de 1843 (*Pasicrista*, 1844, 2, 78).

rogado. Este número no podría ser más que el 3 ó el 1. No es el núm. 3, porque el acreedor no está obligado "por" ni "con" el adquirente, aunque tenga interés en cubrir la deuda; no es el núm. 1, puesto que el acreedor no paga á un acreedor que le es preferible en razón de sus "privilegios ó hipotecas," porque el vendedor no ejercita su privilegio, sino que promueve resolución. Luego el acreedor no puede invocar ningún texto, y no hay subrogación legal, sin ley.

113. Se hace un préstamo con hipoteca. No estando presente el acreedor, el notario declaró que era aceptada por él la obligación á nombre del acreedor. Esta hipoteca era nula, porque el instrumento notariado era nulo, puesto que en él el notario había figurado personalmente como mandatario de una de las partes. Más tarde, el deudor celebró un préstamo para pagar su deuda, y subrogó al nuevo prestador en sus derechos. Opúsose al subrogado la nulidad de la hipoteca. Suscitóse entonces la cuestión de saber si el subrogado podía ejercitar contra el notario culpable de grave falta, la acción de responsabilidad que correspondía al subrogante; tales son los términos de la sentencia. No es dudosa la afirmativa si se admite el principio tal como lo acabamos de plantear (núm. 111). Esto es lo que ha hecho la Corte de Casación. La subrogación, dice ella, al substituir un acreedor á otro, deja subsistir la deuda primitiva con todos sus accesorios; por lo mismo, el recurso de garantía contra el notario, en razón del daño que resulta de la falta grave cometida por éste en la redacción de la escritura, correspondía al subrogado, así como en un principio había correspondido al acreedor subrogante. (1)

114. El subrogado sucede en todos los derechos del subrogante, pero naturalmente debe tornar las cosas en el estado en que estaban puestas por éste. Tal es la observa-

1 Casación, 9 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1863, 1, 299).

ción de la Corte de Casación, y, es evidente: el acreedor no puede ceder derechos á los que ha renunciado. Luego si él ha dado desembargo de la inscripción tomada para la conservación de la hipoteca, ya no puede transferir al subrogado un derecho hipotecario que está extinguido y que no le incumbe hacer revivir; la subrogación da al subrogado todos los derechos del subrogante, pero no puede darle derechos que el subrogante ya no tiene. (1)

La dificultad está en saber cuándo se extingue el derecho hipotecario. En el caso juzgado por la Corte de Casación, no se había radiado la inscripción. Ya diremos, en el título "De las Hipotecas" que el levantamiento de una inscripción produce sus efectos desde el momento en que ha sido regularmente consentida, aun cuando la radiación no se hubiese hecho. Esto supone que el levantamiento supone renuncia á la hipoteca. La Corte de Aix había fallado que el acreedor que consiente en el levantamiento de una inscripción, renuncia á su cargo hipotecario respecto de todos. Esta decisión, demasiado absoluta, fué casada. El acreedor había consentido en el levantamiento de la inscripción en provecho del adquirente de quien recibía su pago, y el objeto era exonerar al tercer adquirente de todo derecho de prosecución, así es que la renuncia sólo á él era provechosa. La Corte de Casación concluyó de esto que el deudor no podía invocarla, ni los acreedores posteriores, lo que no es más que la aplicación del principio elemental de que los convenios no perjudican á terceros y no les aprovechan, por lo que no pueden prevalerse de ellos (artículo 1,165). Luego hay que ver si, en la intención de las partes, la hipoteca subsiste ó si está extinguida; si está extinguida, la inscripción será radiada y los terceros podrán invocar la extinción; si no está extinguida, la inscripción

1 Casación, 29 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 172).

subsistirá y, en consecuencia, el subrogado podrá ejercitar el derecho inherente. (1)

## II. Excepciones.

115. ¿Los efectos de la subrogación, tales como acabamos de determinarlos, se aplican á la subrogación legal? En principio, sí. No existe más que una sola subrogación, en el sentido de que importa poco de dónde proceda, porque siempre es el mismo hecho jurídico, una cesión ficticia; que la cesión se haga por el convenio ó por la ley, su objeto es transferir al subrogado el crédito mismo y las acciones del acreedor. Tales son los términos de una sentencia de la Corte de Casación. (2) La decisión se funda en el texto de la ley. Según el art. 1 249, la subrogación es convencional ó legal y, en uno y otro caso, el tercero que paga al acreedor está subrogado en sus "derechos." Basta, pues, que haya subrogación en virtud de la ley para que el subrogado ejercite todos los derechos del subrogante.

La regla es cierta, pero tiene sus excepciones. Algunas están escritas en la ley, otras son discutidas. Este punto es uno de los más difíciles de nuestra materia. Por desgracia, la doctrina y la jurisprudencia no tienen la precisión que los autores y los tribunales deberían emplear en una materia tan erizada de dificultades.

116. La subrogación del núm. 1 del art. 1,251, queda bajo el dominio del derecho común, en lo concerniente á los efectos que ella produce en provecho del que, siendo el mismo acreedor, paga á otro acreedor que le es preferible en razón de sus privilegios ó hipotecas. En el texto mismo no hay ninguna derogación á la regla, luego ésta continúa siendo aplicable, á menos que la excepción resulte de la naturaleza misma de la disposición. Varios acreedores tie

1 Casación, 20 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 254).

2 Casación, 18 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 33).

nen derecho sobre un inmueble, sea una hipoteca ó un privilegio, sea un derecho de prenda en virtud de los artículos 2,092 y 2,093; el acreedor posterior para al acreedor por el cual es privado, es subrogado. ¿Se limita la subrogación al inmueble sobre el cual los diversos acreedores tienen derechos? La Corte de París falló que el subrogado obtenía únicamente un rango mejor en el inmueble afectado á su crédito, pero que no sucedía en los derechos que podían corresponder al acreedor resarcido, principalmente á la hipoteca que el subrogante tenía en otro inmueble; esto equivaldría, dice la Corte, á darle una hipoteca sobre un inmueble que no estaba hipotecado. (1) Existe un motivo para dudar: la subrogación tiene un objeto especial, y es impedir que el acreedor anterior persiga la expropiación del inmueble con perjuicio de un acreedor posterior; y dicho objeto se logra desde el momento en que se permite al acreedor posterior que tome su rango en el inmueble resarcéndolo. Cuando el objeto es especial, ¿no debe serlo también el efecto? No obstante, se sigue generalmente la opinión contraria; lo que nos resuelve á adoptarla, es, que es conforme á la tradición, y que se justifica por el principio que es fundamental en esta materia. La ley subroga, porque ve el pago con favor; ahora bien, para inducir al acreedor posterior á que resarza al acreedor anterior, no basta darle el rango de éste, porque dicho rango puede no asegurar su reembolso; hay que suponer que la hipoteca no daba al acreedor una garantía completa, supuesto que estipuló otra; luego en el espíritu de la ley hay que dar al acreedor posterior todos los derechos del acreedor anterior. (2)

1 París, 20 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1870, 1, 347). La apelación intentada contra la sentencia, fué desechada por un motivo extraño á nuestra cuestión.

2 Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Demolombe, t. XXVII, pág. 448, núm. 496.

La Corte de Casación ha aplicado el principio al caso siguiente. El acreedor anterior había iniciado ya las diligencias de secuestro inmobiliario; el acreedor posterior lo paga ¿será substituido en las diligencias de secuestro? No se ponía en duda la subrogación, sino que únicamente se preguntaba si el subrogado podía tramitar el secuestro no solamente por el crédito del embargante, sino también por su propio crédito. Se falló que el subrogado, por efecto de la subrogación, se vuelve parte en la instancia en su doble calidad de subrogado al embargante y de acreedor inscripto y que puede continuarla, no solo para obtener el reembolso de lo que ha pagado al primer subrogante, sino también del crédito que le es propio. La Corte invoca los arts. 692 y 693 del Código de Procedimientos; (1) como la dificultad depende de una interpretación del Código de Procedimientos, nos limitamos á hacer constar la decisión. Es ésta notable bajo el punto de vista de la subrogación. La ley la concede al acreedor posterior para impedir el secuestro, y hé aquí que la invoca para continuarlo, lo que prueba que los efectos de la ley sobrepasan á veces las previsiones del legislador. No puede decirse que la subrogación se vuelva inútil y que se aplique contra el deseo de la ley; hay siempre una utilidad para el acreedor posterior en apartar al acreedor anterior, puesto que así se disminuyen los gastos del orden, y, por otra parte, el subrogado es dueño de suspender las diligencias, mientras que la subrogación sufriría el embargo por desventajoso que éste fuese.

117. ¿La subrogación legal del núm. 2 del art. 1,251 da al adquirente que ha empleado su precio en el pago de los acreedores inscripto en el inmueble, todos los derechos de estos acreedores, aún contra los terceros, ó la subrogación

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 4 de Noviembre de 1868 (Daloz, 1868, 1, 469).

se limita á los derechos de esos acreedores en el inmueble comprado por el adquirente? Esta es la cuestión más dudosa que se presenta en nuestra materia. A primera vista, podría creerse que es idéntica á la que acabamos de examinar á propósito del núm. 1 del art. 1,251. El texto del núm. 2 es tan general como el del núm. 1; no hay excepción á esta regla, y ¿no debe concluirse de esto que la regla sigue siendo aplicable? Si se invoca el objeto especial de la subrogación concedida al adquirente, el de consolidar su propiedad, se puede contestar, como acabamos de hacerlo sobre el núm. 1, que el espíritu de la ley está á favor del subrogado; ella quiere favorecer la estabilidad de las propiedades, luego debe dar al adquirente todos los derechos que corresponden á los acreedores que él ha desinteresado; este es el medio más eficaz de lograr el objeto que la ley persigue.

Hay, sin embargo, una diferencia entre los dos casos y es notable, y es la tradición. En el antiguo derecho, la subrogación estaba limitada á las hipotecas establecidas sobre el inmueble que el comprador quería poner al abrigo de la evicción, desinteresando á los acreedores inscriptos; el efecto estaba limitado, así como el objeto de la subrogación. Queda por saber si los autores del Código han pretendido consagrar la tradición. Los trabajos preparatorios son muy endebles en esta materia. Bigot-Préameu en la "Exposición de Motivos" da á entender con claridad que el Código reproduce la antigua jurisprudencia. Empieza por decir que las leyes romanas eran mudas ú obscuras. En seguida señala el motivo de equidad que milita á favor de la subrogación: "El adquirente no puede tener más objeto, cuando paga á acreedores que han hipotecado sobre la heredad adquirida, que el de evitar la diligencia de abandono." Hé aquí el objeto ecteramente especial de la subrogación invocada por el adquirente: Acer-

ca de este punto, continúa el orador del Gobierno, la justicia es tan evidente que, no obstante la falta de ley expresa, la jurisprudencia concedía en ese caso al adquirente, los derechos de la subrogación, "si nó sobre todos los bienes del vendedor," al menos sobre la heredad vendida que el adquirente había tenido interés de libertar de la hipoteca. Se había reconocido que los acreedores posteriores no podían, sin hacerse culpables de mala fe, pretender que dicho pago se tornase en su favor. Bigot-Préameuueu no dice que los autores del Código hayan pretendido derogar el antiguo derecho al dar mayor extensión á la subrogación legal; luego no hay vestigio alguno de innovar. ¿No debe concluirse de aquí que el Código ha mantenido la subrogación, tal como la encontró establecida en el antiguo derecho? (1) Esta interpretación recibe una singular confirmación con el testimonio de los intérpretes que tomaron parte en los trabajos preparatorios del Código. Maleville, uno de los miembros de la comisión que redactó el proyecto del Código Civil, enseña que la doctrina de la antigua jurisprudencia ha seguido siendo la de la legislación nueva. Tal es el parecer de Favard de Langlade, tribuno y relator de la ley que forma el título "De las Obligaciones." (2) El espíritu de la ley, en efecto, ha seguido siendo el mismo, y el espíritu interpreta el texto del que no se podría separarlo. Ahora bien, el espíritu de la ley modifica y restringe lo que el texto tiene de demasiado general; contesta á la objeción que se saca de los artículos 1,249 y 1,251. La ley, se dice, pone la subrogación legal en la misma línea que la subrogación convencional y no distingue entre los diversos casos de subrogación le-

1 Exposición de motivos, núm. 129 (Loché, t. VI, núm. 170). Demolombe, t. XXVII, pág. 484, núm. 543, cita los testimonios del antiguo derecho, así como Gauthier, pág. 307, núm. 268.

2 Maleville, t. III, pág. 4. Favard y Langlade, *Repertorio en Subrogación*, pfo. II, núm. 5.

gal; y cuando la ley no distingue, el intérprete no puede hacerlo. Nosotros contestamos que á veces el intérprete debe distinguir, por más que la letra de la ley no lo haga, y es cuando la distinción resulta del objeto que la ley persigue. ¿La subrogación del núm. 2 del art. 1,251 tiene el mismo objeto que la subrogación en general? Tiene un objeto del todo especial que la tradición nos da á conocer y por cuya razón el antiguo derecho limitaba el efecto de la subrogación; ahora bien, el Código reproduce la jurisprudencia antigua, luego consagra implícitamente la distinción que ella hacía.

118. Si el debate no estribase sino en el núm. 2 del artículo 1,251, creemos que la autoridad de la tradición y del espíritu de la ley habrían predominado sobre un texto demasiado laconico para que sea decisivo. No es esta la única materia tradicional en la cual se admiten distinciones que el texto no hace y que no tienen más fundamento que la tradición; recordaremos el art. 931 que parece prescribir la redacción de una escritura auténtica para la existencia de toda donación entre vivos, lo que impide que la doctrina y la jurisprudencia admitan la validez de los donativos manuales, fundándose en la tradición; recordaremos también el art. 1,167, en el cual se introduce más de una distinción, siempre apoyándose en la tradición. ¿Por qué no había de hacerse otro tanto con la subrogación legal de la que nada dice la ley en su excesivo laconismo? Pero el núm. 2 del art. 1,251 no está aislado, casi no es posible separarlo del núm. 3, de quien es aplicación, por opinión de todos. En esto se halla el quid de la dificultad.

Según los términos del núm. 3, todo tercer detentor es subrogado al acreedor á quien paga, cuando está obligado por él al pago de la deuda y cuando tenía interés en cubrirla. ¿Cuál es el efecto de la subrogación legal del número

3? Acerca de este punto, no hay duda alguna; ella produce el mismo efecto que la subrogación convencional, salvo las excepciones que la ley misma ha hecho á la regla general, excepciones que confirman la regla. Si la subrogación del núm. 2 entra en la del núm. 3, si no es más que una aplicación de la regla, ¿no debe resolverse que el efecto es idéntico? ¿Qué importa que el efecto de la subrogación esté limitado ateniéndose al núm. 2, supuesto que en virtud del núm. 3 es ilimitado? Esto parece decidir la cuestión. Efectivamente, este argumento fué el que indujo á Toullier á retractarse de su primera opinión que era conforme á la tradición. (1)

A nuestro juicio, el argumento está lejos de ser tan decisivo como se cree. El art. 1,251, núm. 3, en tanto que se aplica al tercer detentor, supone que el que paga la deuda no era el deudor personal, que no estaba obligado sino hipotecariamente por el verdadero deudor, mientras que el núm. 2 del artículo 1,251 supone un tercer detentor, el adquirente que es deudor personal, porque su precio de adquisición es lo que emplea en el pago de los acreedores inscriptos. Hé aquí, á pesar de la analogía de las dos disposiciones, una diferencia considerable de la que debe tomar cuenta el intérprete, so pena de mezclar cosas de naturaleza diferente y descuidar ciertos matices que conducen á una decisión diferente. El adquirente del núm. 2 paga lo que debe, el tercer detentor del núm. 3 paga lo que debe. La posición del tercer detentor es más favorable que la del adquirente; no está obligado personalmente al pagar á los acreedores; paga lo que otro debe, y lo paga con su dinero. El adquirente paga también en cierto concepto la deuda de otro, porque sin eso no podría tener subrogación; pero paga también su propia deuda; así es que no es con

1 Toullier, t. IV, 1, num. 145. y la nota de la pág. 132. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 186, nota 76, pfo. 321.

su dinero con lo que paga, sino con el dinero que está obligado á pagar al vendedor; en lugar de pagarlo al vendedor, lo paga á los acreedores inscritos. Esta diferencia de posición debe conducir á consecuencias diferentes. Cuando se dice que el adquirente del núm. 2 está también subrogado en virtud del núm. 3, esto no es del todo exacto; esto no es verdad sino cuando el adquirente paga más de su precio, al pagar con su propio dinero; entonces el adquirente es un verdadero tercer detentor, y puede invocar el beneficio del núm. 3 con todas sus consecuencias; la subrogación es completa, comprende todos los derechos del acreedor á quien el tercer detentor paga con su dinero. Pero cuando el adquirente emplea el precio que debe al vendedor en resarcir á los acreedores de éste, no hace ningún anticipo y, en principio, no tiene ningún recurso, porque ha pagado lo que debe; ahora bien, la ficción de la subrogación no se ha imaginado sino para asegurar el recurso del que paga sin que estuviese personalmente obligado á pagar, ó que paga más de lo que estaba obligado á pagar. Luego, en principio, el adquirente que paga su precio no debiera ser subrogado. Si lo es, es únicamente para ponerlo al abrigo de la persecución hipotecaria de los acreedores á quienes no ha podido resarcir. Es, pues, una subrogación excepcional que tiene un objeto especial y una razón especial; por lo mismo, hay que limitarla á ese objeto y restringirla á los límites para los cuales la ley la ha establecido.

Se objeta que la subrogación, limitada á los derechos de los acreedores sobre el inmueble, no basta para garantir los intereses del adquirente; éste puede ser despojado, sea por un acreedor hipotecario no pagado, sea por el verdadero propietario, si su vendedor no lo estaba. Tiene, pues, en este caso, un recurso, luego se halla en los términos de la subrogación general, y debe disfrutar de todos los dere-

chos á ella inherentes. Nosotros contestamos que la objeción se coloca fuera de la ley y la sobrepasa. El objeto de la ley no es poner al adquirente al abrigo de toda evicción y garantizarlo de toda pérdida; tiene ella un objeto más restringido; quiere poner al adquirente al abrigo de un riesgo especial, aquel con que lo amenazan las hipotecas saldadas. Si se extiende la subrogación á la evicción que resulte de la reivindicación, se sobrepasan las previsiones del legislador; y se sobrepasan enteramente cuando se quiere que la subrogación ofrezca al adquirente una garantía absoluta contra todo riesgo y toda pérdida. Si así fuese, la ley no habría necesitado organizar el expurgo; si lo ha hecho es precisamente porque la subrogación no es una garantía suficiente. Hay, pues, que tomarla tal como es, tal como el legislador la ha establecido, con su insuficiencia. Por el hecho mismo de querer hacerla suficiente y completa, nos ponemos fuera de la ley, creamos una subrogación distinta de la que el legislador ha organizado; es decir, que hacemos la ley en vez de interpretarla.

119. Se invoca contra nuestra interpretación la doctrina y la jurisprudencia. Comencemos por el examen de las sentencias. Lejos está la jurisprudencia de decir lo que se le atribuye. Existen, desde luego, sentencias que niegan formalmente, y de una manera absoluta, que el adquirente esté subrogado en todos los derechos de los acreedores á quienes paga. Nos limitaremos á citar una sentencia de la Corte de París. La subrogación, dice la Corte, que la ley concede al adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á quienes estaba hipotecado dicho inmueble, no tiene más objeto que procurar á dicho adquirente un medio de repeler las reclamaciones, sea de los acreedores inscriptos en el inmueble después de aquellos á quienes el adquirente ha pa-

gado, sea del mismo vendedor. Es, pues, imposible aceptar que esta subrogación se extienda á todos los demás inmuebles del deudor hipotecados al acreedor que recibe su pago del adquirente. (1) Prescindimos de los otros motivos aducidos por la Corte, porque nuestro objeto no es dar una crítica detallada de la jurisprudencia en la cuestión que estamos discutiendo, y debemos limitarnos al principio.

Esta primera sentencia se queda en los límites del número 2 del art. 1,251; creemos que la decisión, así restringida, es conforme al texto y al espíritu de la ley. Pero hay otro elemento del debate, y es el núm. 3 del mismo artículo. La Corte de París lo ha tenido en cuenta en otras sentencias en las que establece muy bien la distinción que hemos admitido. El adquirente que emplea el precio de su adquisición en reembolsar á los acreedores inscriptos del vendedor, paga su propia deuda, puesto que al descargar el inmueble, se exonera respecto del vendedor, del precio que le debe. ¿Por qué la ley lo subroga? La ley lo subroga en los derechos de los acreedores sobre el inmueble adquirido, á fin de impedir que el vendedor y los acreedores posteriores le reclamen el precio por segunda vez. Distinta es la posición del adquirente que después de haber pagado su precio, sea al vendedor, sea á los primeros acreedores inscriptos paga con su dinero á los acreedores hipotecarios que no ha podido resarcir con su precio de adquisición; en este caso, él no paga su deuda, sino la de otro, á la cual no está personalmente obligado, luego es justo ponerlo en los derechos de los acreedores. A este caso se aplica el núm. 3 del art. 1,251 que subroga en todos los derechos del acreedor al que, estando obligado á una deuda por otro ó con otros, tuviera interés en cubrirla. El adquirente, después del pago de su precio, está obliga-

1 París, 10 de Junio de 1833 (Dalloz, *Privilegios é hipotecas*, número 1,974).

do como tercer detentor; si paga lo que resta debido sobre su precio, puede invocar la subrogación del núm. 3, porque obligado por el deudor principal, paga una deuda que tenía interés en cubrir para conservar la propiedad de su inmueble.

120. Pasémos á la jurisprudencia de la Corte de Casación. Citar sentencias en masa, como se hace muy á menudo, sirve de poco, ó, por mejor decir, se da una falsa idea de la jurisprudencia, porque esto hace creer en la unanimidad allí en donde reina casi necesariamente la mayor diversidad, porque las decisiones dependen, en gran parte, de las circunstancias de la causa. Hay, pues, que entrar en los detalles. ¿La Corte de casación ha resuelto alguna vez, por una sentencia de principio, que el adquirente que paga su precio, y nada más que su precio á los acreedores inscritos sobre el inmueble adquirrido sea subrogado en todos los derechos de esos acreedores? Una primera sentencia pronunciada en 1883 concede al adquirente la subrogación plena; pero ¿en qué circunstancias? El adquirente, después de haber pagado sin expurgar, se vió obligado á pagar á un acreedor hipotecario. ¿Era ese el caso del núm. 2 del artículo 1,251? Ciertamente que nó; el adquirente, ni siquiera podía invocar este artículo para obtener la subrogación, porque había pagado al acreedor, no con su precio, sino con su peculio. Por esto es que la Corte se cuida de citar el núm. 2 y apoya su decisión en el núm. 3; ella consagra en este sentido, la distinción que hemos propuesto. Además, el adquirente, en el caso de que se trata, se había hecho subrogar convencionalmente, lo que desvanecía toda duda: ya no se estaba en el caso del núm. 2 del artículo 1,251. (1)

La Cámara de Pedimentos pronunció análoga decisión

1 Casación, 15 de Enero de 1833 (*Dalloz, Privilegios é hipotecas*, núm. 1,973, I).

en 1844. El caso era que el adquirente había tenido la imprudencia de pagar el precio á su vendedor sin expurgar. Quedaba sometido, como tercer detentor, á las persecuciones de los acreedores hipotecarios, y tuvo que pagar su precio por segunda vez. La Corte de Casación decidió que estaba subrogado en todos los derechos de los acreedores, en virtud del núm. 3 del art. 1,251. Se ha criticado esta decisión. En derecho, nos parece incontestable. Ya no podía tratarse del núm. 2, porque ya no había precio que pagar; el adquirente lo había pagado, quedaba como tercer detentor de inmuebles hipotecados. Este es realmente el caso previsto por el art. 1,251, núm. 3; luego había subrogación completa.

Una sentencia de 1853 decide que el adquirente de un derecho real inmobiliario, es subrogado en virtud del artículo 1,252, en los derechos del acreedor contra el fiador, tanto como contra el deudor principal. (1) Esta sentencia es extraña á nuestra cuestión; sólo por inducción podría concluirse de ella que el adquirente es subrogado en los derechos del acreedor contra los terceros detentores. Pero en una materia tan sutil como la nuestra, hay que cuidarse de semejante argumentación. En lo que concierne al fiador, la Corte se ha creído ligada por los términos absolutos del art. 1,252 que decide expresamente que la subrogación es establecida por los "artículos precedentes," luego también la del núm. 2 del art. 1,251, tiene lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores, lo que se comprende, sea cual fuere la subrogación, supuesto que la caución es inseparable de la deuda principal.

Una última sentencia de la Sala de lo Civil puede invocarse en apoyo de nuestra opinión. Tratábase de saber si el comprador que ha pagado la porción de precio debida,

1 Casación, 28 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 10, y 1856 353).

aun de una venta anterior, es subrogado en la acción resolutoria que corresponde al precedente vendedor á quien ha resarcido. Si fuera cierto que el adquirente subrogado ejercita todos los derechos de los que desinteresa pagándole su precio de adquisición, y si tal fuera la jurisprudencia de la Corte de Casación, ella habría debido conceder la acción resolutoria al adquirente subrogado, porque es de doctrina y de jurisprudencia que el subrogado tiene la acción de resolución (núm. 111). Pues bien, la Corte negó la acción resolutoria al subrogado. La decisión es tanto más notable cuanto que confirma una sentencia de la Corte de Caen que establece los principios tales como los hemos expuesto. El adquirente, dice la Corte, que emplea el precio de su adquisición en pagar á los acreedores á quienes el inmueble por él adquirido estaba hipotecado, consolida la propiedad á su favor. Tal es el motivo de la subrogación que para él establece la ley. Síguese de aquí que no puede invocar la subrogación sino cuando es despojado. Hé aquí, ciertamente, el principio de la subrogación estricta limitado al inmueble adquirido y que no transfiere al adquirente más que los derechos de los acreedores sobre ese inmueble. ¿Qué hace la Corte de Casación? Reproduce los términos de la sentencia pronunciada por la Corte de Caen. (1) No pretendemos que esta decisión consagre en todo nuestra doctrina, pero ciertamente que está más próxima de nuestra opinión que de la contraria.

121. Tal es la jurisprudencia; no hay una sola sentencia que establezca como principio que el adquirente es subrogado en todos los derechos de los acreedores á quienes paga su precio de adquisición. Este principio, dícese, lo enseñan todos los autores con excepción de Maleville y de Favard. Vamos á ver que, vista de cerca la doctrina, está

1 Denegata, Cámara Civil. 13 de Mayo de 1873 (Daloz, 1873, 1, 417).

lejos de ser tan unánime y tan verdadera como se supone. Dos autores han discutido la cuestión en todos sus detalles. ¿Cuál es la conclusión de Gauthier y Demolombe?

Gauthier, después de haber citado la sentencia que acabamos de analizar, hace constar que se dieron estas decisiones en casos en que los adquirentes, obligados á pagar más de su precio, estaban en el caso previsto por el número 3 del art. 1,521. En cuanto á la doctrina, Gauthier dice que los motivos que indujeron á Toullier á cambiar de opinión, están tomados de esta misma disposición; luego puede decirse que Toullier modificó únicamente su primera opinión: el núm. 2 sigue siendo aplicable al adquirente que paga su precio de adquisición á los acreedores inscritos sobre el inmueble, y él no es subrogado sino en los derechos de aquellos sobre este inmueble. La subrogación del núm. 3, más extensa, pertenece al adquirente como tercer detentor, cuando paga con su dinero una deuda hipotecaria á la que está obligado por el deudor. Gauthier agrega que esta distinción se concilia con los testimonios de los juriscónsultos que concurrieron á la redacción del Código, Bigot-Préameneu, Favard de Langlade y Maleville. En seguida Gauthier transcribe la sentencia de la Corte de París, que consagra expresamente la distinción. Gauthier concluye que hay que distinguir si el adquirente ha pagado su precio ó si ha pagado más de su precio; en otros términos, si el pago que ha hecho le da un recurso contra su vendedor, ó si, al pagar al acreedor del vendedor, no hace más que pagar lo que á éste debía. En el primer caso, obtendrá la subrogación, no sólo sobre los bienes adquiridos, sino también sobre los otros bienes hipotecados. En el segundo caso, la subrogación no tendrá más efecto que llevar á su liberación el pago que él haya efectuado; el crédito se extingue con los privilegios é hipotecas que le eran

inherentes, salvo la subrogación que resulta del núm. 2. Hé aquí nuestra doctrina. (1)

Demolombe empieza también por exponer la opinión que concede al adquirente "todos" los derechos que resultan de la subrogación. Podría creerse en una oposición completa; el autor dice: "A nuestro juicio, el adquirente está subrogado en las hipotecas que pertenecían al acreedor pagado sobre otros que el que ha adquirido, sea que estos inmuebles se hallen aún en manos del deudor, sea que habiendo sido enajenados se hallen en manos de un tercer detentor." Demolombe agrega esta última explicación para rechazar una distinción que hace Colmet de Santerre, (2) Así es que uno de nuestros mejores autores distingue, apesar de los términos generales del art. 1,251; y esta distinción viene á parar en negar al adquirente la subrogación contra los terceros detentores, lo que se aproxima singularmente á nuestra opinión. Demolombe no quiere esta distinción. ¿Quiere decir esto que mantenga su opinión en los términos absolutos que acabamos de transcribir? Conviene en que esta doctrina sugiera graves objeciones y él las expone nuevamente según su estilo. ¿Y la conclusión? ¿Hay que confesar que la subrogación del adquirente está limitada á las hipotecas que gravan el inmueble por él adquirido? No, dice el autor. Agrega que, no obstante, hay que conceder algo á las objeciones que acaba de desarrollar; conviene en que esas objeciones pueden adquirir tal fuerza, que se hagan irresistibles. Hémos aquí en el camino de la restricciones y de las distinciones. Decir que hay que conceder algo á las objeciones, equivale á decir que son fundadas; confesar que son á veces irresistibles, es convenir en que la doctrina contra la cual se levantan no es absolutamente verdadera, que debe restringirse distinguien-

1 Gauthier, *De la Subrogación*, pág. 313, 315, núms. 272-275.

2 Colmet de Santerre, t. V, pag. 378, núm. 195 bis III.

do. Era más sencillo, creemos, comenzar por aquí; y puesto que la generalidad de la ley no impide que se distinga ¿por qué no incorporarse á la distinción que resulta de la tradición combinada con el art. 1,251 núm. 3? Cualquiera otra doctrina es arbitraria, porque no tiene ninguna base en los textos ni en los principios.

Demolombe distingue si el adquirente arriesga ser ó no ser despojado; ya encontraremos esta distinción en el título "De la Venta," pues es extraña á nuestra materia; por el momento no se trata de las garantías que la ley concede al adquirente que está amenazado de evicción; la ley no prevée más que un solo riesgo que corre el adquirente, el de una persecución hipotecaria que pueden intentar los acreedores inscriptos y no pagados. El medio que la ley concede al adquirente para ponerse al abrigo de ese riesgo es enteramente especial como el riesgo mismo. ¿Por qué dar á la subrogación una extensión que no tolera el espíritu de la ley? Demolombe, al continuar examinando la grave consecuencia que resulta de su doctrina, llega á distinguir, como nosotros lo hemos hecho, entre el caso en que el adquirente **paga** su precio de adquisición y aquel en que paga con su dinero á los acreedores. Esta es la distinción entre el núm. 2 y el núm. 3. Si debe admitirse esta distinción, destruye por su base la opinión que estamos combatiendo y que Demolombe sostiene, porque ella se funda precisamente en el núm. 3, del que el núm. 2 no es más que una aplicación. Demolombe acaba por pronunciarse contra el adquirente en una hipótesis dada. (1) No podemos entrar en la discusión de los casos, siendo que la discusión de los principios nos lleva ya tan lejos. Concluimos que la doctrina que se nos opone es incierta é inconsecuente, á la vez que introduce en la ley distinciones que ésta

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 492 y siguientes, núms. 550-554.

no hace. Si distinguimos, es en virtud de la tradición y en virtud del texto del art. 1,251.

122. ¿La subrogación legal establecida por los números 3 y 4 del art. 1,251 está sometida á la regla general? No es dudosa la afirmativa en cuanto á la subrogación que la ley concede al heredero beneficiario. En cuanto á la subrogación del núm. 3, la misma ley establece excepciones al principio que rige los efectos de la subrogación; ya hemos explicado la excepción concerniente al heredero (artículo 875), (1) y lo que el art. 1,214 establece para los codendores solidarios. (2) El art. 2,033 consagra una excepción análoga cuando hay varios fiadores de una misma deuda; volveremos á tratar de esto en el título "De la Caución."

*III. Efecto de la subrogación respecto de los fiadores  
y de los terceros detentores  
obligados hipotecariamente por la deuda caucionada.*

123. La deuda está garantida por una caución y por una hipoteca. Si el fiador la paga, queda subrogado en todos los derechos del acreedor en virtud del art. 1,251 número 3; luego queda subrogado contra el tercer detentor. Si el tercer detentor del inmueble hipotecado á la deuda la paga, es igualmente subrogado por el mismo artículo en los derechos del acreedor; luego será subrogado contra el fiador. ¿Pero el fiador y el tercer detentor pueden ser subrogados el uno contra el otro? Ateniéndose al artículo 1,251, habría que contestar afirmativamente y decidir que el fiador que paga la deuda tendrá su recurso contra el tercer detentor; en este caso, el peso de la deuda recaerá entero sobre éste, en el sentido de que no tendría re-

1 Véase el tomo XI de estos *Principios*, núms. 80-82.

2 Véase el tomo XVII de estos *Principios*, núm. 357.

curso sino contra el deudor que muy á menudo sería insolvente, puesto que el acreedor en lugar de proceder contra él, se ha dirigido al fiador, y que éste ha pagado cuando podía pedir la discusión de los bienes del deudor. ¿Se dirá que el tercer detentor puede proceder contra el fiador? Entonces habrá un conflicto de recursos del que no se podría salir sino repartiendo la deuda entre el fiador y el tercer detentor, lo que vendría á parar en esta consecuencia que no se darían recursos al fiador que ha pagado sino deducida la parte que debe soportar en la deuda. La misma dificultad se presenta en el caso en que el tercer detentor paga la deuda y ejercita su recurso contra el fiador.

El Código no resuelve formalmente la cuestión. Controlada en el antiguo derecho, lo está todavía en derecho moderno. Creemos que está zanjada por el art. 2,037, el cual está así concebido: "El fiador queda descargado cuando la subrogación en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor no puede ya, por el hecho de este acreedor, oponerse en favor del fiador." Resulta de esta disposición que la ley quiere asegurar al fiador los efectos de la subrogación cuando el crédito está garantizado por una hipoteca; y ¿cuáles son los efectos de la subrogación en lo concerniente á las hipotecas? El acreedor hipotecario tiene un derecho de preferencia, y ejercita este derecho contra el detentor en virtud de su derecho de prosecución. Luego el fiador subrogado tiene una acción recursoria contra el detentor del inmueble hipotecado, sea deudor, sea tercer adquirente; la ley considera este recurso como la condición de la fianza, en el sentido de que el fiador, al obligarse, ha tenido que contar con las garantías hipotecarias inherentes al crédito que él cauciona; de aquí la consecuencia consagrada por el art. 2,037; el acreedor no puede privarlo de este recurso hipotecario. Esto equivale á decir que el acreedor no puede renunciar á la hipoteca ni á la ins-

cripción hipotecaria con perjuicio del fiador. Esto equivale además á decir que el fiador no pierde su recurso cuando el deudor enajena el inmueble hipotecado; el recurso hipotecario sigue siendo siempre la condición con la cual el fiador se ha obligado; y si el acreedor, por sus hechos, no puede privarlo de este recurso, con mayor razón el deudor no puede hacerlo enajenando el inmueble hipotecado. Nuestra conclusión es que el fiador debe tener siempre recurso contra el tercer detentor del inmueble; luego sobre éste recae el peso de la deuda. En otros términos, el tercer detentor nunca puede hacer valer la subrogación contra el fiador; en el conflicto entre el tercer detentor y el fiador, la ley da la preferencia á éste.

El art. 2,037, interpretado así, consagra una excepción á los efectos de la subrogación: el tercer detentor no es subrogado contra el fiador. ¿Se funda esta preferencia en un principio de derecho? Creemos que la preferencia que la ley concede al fiador sobre el tercer detentor, se justifica por la posición del fiador. El deudor es el que ha consentido la hipoteca; luego él es el que está formal é hipotecariamente obligado á la deuda; el fiador no se obliga sino cuando es insuficiente esa obligación personal. En tanto que el deudor posea el inmueble hipotecado, esto no es dudoso, supuesto que la acción hipotecaria no es, en este caso, más que el accesorio de la acción personal. Cuando el deudor enajena, ¿puede por esta enajenación, modificar, alterar los derechos del fiador? Ciertamente que nó. Queda por ver si el derecho del tercer adquirente no debe contrabalancear el derecho del fiador. El compra un inmueble hipotecado; la ley le da un medio de emanciparse de la hipoteca, y es el expurgo. Si no expurga, sabe que estará sometido á la acción del acreedor ó á la acción subrogatoria del fiador. La publicidad de las hipotecas y de los actos translativos de propiedad, da al ad-

quirente un conocimiento completo de su situación; detentor de un inmueble hipotecado, él sabe que puede ser despojado si no expurga a tiempo por propia culpa es por lo que queda sometido á la acción hipotecaria del acreedor ó del fiador subrogado y debe sufrir las consecuencias de su culpa. Así la ley no sacrifica al tercer detentor al fiador, sino que mantiene á éste sus derechos. Habría injusticia en arrebatar al fiador el recurso que la ley le da, porque el tercer detentor ha descuidado ponerse al abrigo de dicho recurso. (1)

En apoyo de la interpretación que damos al art. 2,037, invocaremos la autoridad de Pothier. Es verdad que este gran juriscónsulto enseñó el pro y el contra en la cuestión que estamos discutiendo. En su "Introducción á la Costumbre de Orléans" (tit. XX, núm. 37), dice que el tercer detentor puede remitir al acreedor á la discusión prévia de los bienes del fiador. En su "Traité sur les Obligations" (núm. 557) da al fiador la preferencia sobre el tercer detentor, y esta es la fuente del art. 2,037; solo de paso y sin discutir la cuestión. Pothier decide lo contrario en su comentario sobre la costumbre de Orléans; mientras que discute extensamente la cuestión en su tratado de las obligaciones, en equidad y en derecho, según lo acostumbra. Sin embargo, esta variación ó esta contradicción en autor tan exacto, prueba cuán difícil es la cuestión; el legislador habría debido resolverla, en vez de perpetuar la controversia con su silencio.

124. No faltan las objeciones contra la opinión general que hemos adoptado, las cuales se toman de los textos mismos del Código. Según los términos del art. 2,021, el fiador goza del beneficio de discusión, no debe pagar sino á

1 Gauthier, pág. 458, núms. 445 y 446. Demolombe, t. XXVII, pág. 589, núm. 651. Colmet de Santerre, t. V, pág. 383, número 197 bis X.

falta del deudor, el cual debe ser previamente discutido en sus bienes. ¿Cuáles deben ser los bienes que deben ser discutidos? El fiador debe indicarlos, y según el art. 2,023, no puede indicar bienes hipotecados á la deuda que ya no está en posesión del deudor. Esto parece decidir la cuestión. En realidad, la objeción es insignificante. El artículo 2,023 se refiere únicamente al beneficio de discusión; la ley no quiere que la acción del acreedor contra el fiador, sea estribada por una discusión difícil; por esto exige que los bienes estén situados en la demarcación de la Corte de Apelación en donde el pago debe hacerse, y no quiere que el fiador indique bienes litigiosos, ni bienes poseídos por terceros detentores; esto no concierne más que á las relaciones del acreedor y del fiador; esto es extraño á los derechos del fiador cuando ha pagado y cuando es subrogado al acreedor. En efecto, el acreedor tiene el derecho incontestable de proceder contra el tercer detentor del inmueble hipotecado á su crédito; luego el fiador que le es subrogado, tiene el mismo derecho.

125. Se toma también del art. 2,170, una objeción que no nos parece más seria. Este artículo da también el beneficio de discusión al tercer detentor. Nuestra ley hipotecaria no ha mantenido este beneficio; pero la cuestión debe examinarse y decidirse bajo el punto de vista del Código Civil, supuesto que se trata de interpretar el Código. El art. 2,170 dice que el tercer detentor que no está personalmente obligado á la deuda, puede oponerse á la venta del predio hipotecado si han quedado otros inmuebles hipotecados á la misma deuda en posesión del principal ó de los "principales obligados," y requerir su discusión previa. ¿Qué debe entenderse por "principales obligados?" Troplong pretende que esta expresión comprende á los fiadores, lo que resolvería, en provecho de los terceros detentores, la dificultad que estamos examinando. "El fiador,

dice, es, con relación al tercer detentor, un obligado principal, porque el compromiso personal, que es el compromiso principal, lo liga invenciblemente, mientras que el tercer detentor, no siendo obligado personal, jamás está obligado sino á título de accesorio." Hemos reprochado á veces á los autores modernos que hayan hecho un nuevo código civil. Troplong crea un nuevo lenguaje al mismo tiempo que enseña un nuevo derecho. Según él, el fiador sería "un principal obligado;" es decir, un "deudor principal," mientras que el tercer detentor sería un obligado accesorio. Se ha contestado á Troplong abrumándolo con textos. ¡Cómo! el fiador es "un deudor principal," cuando el art. 2,023 dice que el fiador que requiere la discusión, debe indicar los bienes del "deudor principal;" cuando el art. 2,039 dispone que la simple prórroga de término concedida al "deudor principal," no descarga al "fiador." ¡Cómo! el fiador no es un obligado accesorio porque está obligado personalmente, como si no pudiera uno obligarse accesoriamente estando ya obligado personalmente. No hay un artículo del título "De la Caución," que no pruebe que ésta es una obligación accesoria á la deuda principal. La definición misma de la caución que abre el título, dice que el fiador se obliga si el deudor no satisface su obligación; luego se obliga accesoriamente (art. 2,011); hé aquí por qué el art. 2,012 decide que la caución no puede existir sino sobre una obligación válida; viene en seguida el artículo 2,013 que dispone que la caución no puede exceder de lo que debe el deudor. Aquí nos detenemos, porque deberíamos transcribir el título de la caución para probar una cosa tan elemental, que úa vergüenza recordársele á un primer presidente de la Corte de Casación. Troplong gusta de la historia y de la erudición, y va á buscar sus testimonios en los intérpretes del derecho romano. Hube-

rus coloca al fiador entre las obligaciones principales cuando se hallan en presencia del tercer detentor. Si, en lugar de consultar á Huberus, Troplong hubiera abierto á Pothier, habría leído, lo que se enseña á los discípulos, que la obligación de los fiadores es una obligación accesoria á la del deudor "principal;" y ¿un deudor accesorio puede alguna vez llegar á ser un deudor principal? (1)

Troplong insiste y dice que el fiador está obligado personalmente, mientras que el tercer detentor está obligado hipotecariamente, y que los obligados personales están más ligados que los que no lo están sino en razón de las cosas que retienen. Esto es elemental, pero ¿qué es lo que prueba? Troplong está á un lado de la cuestión; se trata de saber si un bien que el deudor había hipotecado á la deuda, bien sobre el cual contaba el deudor para su garantía, cesa de ser una garantía para el fiador porque el deudor lo enajena. ¿Qué importa que el fiador esté personalmente obligado? También no está obligado más que accesoriamente; justo es que los bienes hipotecados por el deudor respondan de la deuda antes de que se ataque al fiador; y si el fiador debe pagar, es justo que tenga su recurso contra el tercer detentor de los bienes que el deudor había afectado á la garantía del crédito. Tal es la opinión general: la doctrina de Troplong no ha tenido partidarios. (2)

126. ¿Se aplicarán los mismos principios al caso en que la hipoteca ha sido consentida por un tercero sobre su inmueble? La opinión general asimila, en este caso, al tercer detentor con un fiador; es verdad que no está obligado personalmente, pues no se ha obligado más que hipotecariamente. De todos modos, su situación es análoga á la de un

1 Gauthier refuta perentoriamente todo lo que dice Troplong, página 490, núm. 452.

2 Mourlon, págs. 84 y siguientes, Aubry y Rau, t. IV, pág. 188, notas 84 y 85, pfo. 321. Compárese Troplong, *De las Hipotecas*, tomo III, núm. 796; *De la Fianza*, núm. 427.

fiador, es un fiador real. Hay, pues que aplicar el art. 2,033 que dice: "Cuando varias personas han caucionado á un mismo deudor por una misma deuda, el fiador que ha cubierto la deuda, tiene recurso contra los otros fiadores, cada uno por su parte y porción."

El principio mismo es muy contestable, al menos bajo el punto de vista de los textos, y no debe perderse de vista que se trata de derogar la regla general que rige el efecto de la subrogación. ¿Se puede poner una excepción sin un texto que la autorice? Hemos admitido una excepción en el caso previsto por el núm. 2 del art. 1,251, pero tomando por base la tradición y los principios generales de derecho. En el caso de que se trata, hace falta la tradición. La dificultad consiste en saber si se puede aplicar el art. 2,033 al que ha hipotecado su inmueble por la deuda de un tercero. Se dice que este es un fiador real; la doctrina es la que le da este nombre; la ley no conoce más que un fiador, el que se obliga personalmente; de estos fiadores es de los que habla el art. 2033. Así pues, el tercer detentor no está incluido. Queda por saber si el art. 2033 puede extenderse al tercer detentor por vía de analogía. En materia excepcional, no se admite la argumentación analógica, porque vendría á parar en hacer la ley. ¿Se quiere la prueba en la cuestión misma que estamos discutiendo? Según el art. 2,033, la deuda debería dividirse entre el fiador personal y el tercer detentor, fiador real, en razón de su "parte y porción;" es decir, por parte viril; es decir, por mitad. Los autores no admiten esta interpretación. El fiador, dicen, se ha obligado por toda la deuda, mientras que el tercer detentor no está obligado sino hasta concurrencia del valor del inmueble. Sea; hay, pues, que establecer una proporción entre esos dos fiadores igualmente obligados. Una deuda de 25,000 francos es caucionada por Pedro y garantida hipotecariamente por Pablo sobre un inmueble que vale 12,500 francos. La propor-

ción será de 2 á 1; de suerte que el fiador soportará los dos tercios de la deuda y el tercer detentor un tercio. Así, los autores se desvían del art. 2,033 cuando se trata de fijar la parte contributoria del fiador personal y del fiador real, y, sin embargo, el art. 2,033 es el único texto en que pueda uno fundarse para derogar el principio de la subrogación.

Confesemos que hay un vacío en la ley. La solución que estamos combatiendo es muy jurídica, pero se dirige al legislador, á quien la recomendamos; el intérprete no puede aceptarla. ¿Pero qué hará el juez? Deberá mantener ó el principio general de la subrogación, subrogando por el todo á aquel de los dos fiadores que haya pagado la deuda, de suerte que el otro sea el único obligado, ó deberá dar la preferencia al fiador en virtud del art. 2,037, subrogándolo contra el adquirente, mientras que el tercer detentor no sería subrogado contra el fiador. Este último sistema casi no es admisible, puesto que los motivos que justifican la preferencia dada al fiador sobre el tercer detentor no existen cuando este tercer detentor es un fiador real. Habría, pues, que atenerse al principio de la subrogación que, aplicado al caso, es igualmente injusto, porque no hay razón alguna para descargar á aquel de los fiadores que paga el primero á expensas del otro.

Existe, además, el sistema de Troplong que se pronuncia á favor del tercer detentor contra el fiador. Creemos inútil discutirlo. Mourlón lo ha refutado de tal modo, que le ha quitado todo crédito, suponiendo que alguna vez lo haya tenido. (1)

#### *IV. Efecto de la subrogación entre los terceros detentores.*

127. El deudor constituye hipoteca sobre varios inmuebles; los vende á diversos adquirentes. Uno de los terceros

1 Troplong, *De la Fianza*, núm. 427. Mourlón, *De la Subrogación*, págs. 426, 433; Aubry y Rau, t. IV, pág. 189, nota 86, pfo. 321.

detentores, perseguido hipotecariamente, paga toda la deuda. ¿Será subrogado? Sí, y esto no tiene duda porque lo dice el art. 1,251, núm. 3. ¿Cuáles serán los efectos de esta subrogación? En teoría la cuestión no es dudosa; á ella hemos contestado anticipadamente enseñando, y es la opinión general, que el subrogado puede proceder contra los terceros detentores de los inmuebles hipotecados á la deuda. Queda por saber si un tercer detentor puede ejercitar este derecho contra otro tercer detentor. La cuestión es muy controvertida y muy dudosa; comenzaremos por exponer la opinión consagrada por la jurisprudencia y admitida por la mayor parte de los autores.

Los dos terceros detentores, dice la Corte de París, deben asimilarse á fiadores solidarios, de los que uno hubiese sido obligado á pagar la totalidad de la deuda; por lo mismo deben contribuir cada uno en proporción del precio de su adquisición. Siguese de aquí que el que ha pagado toda la deuda, á persecución del acreedor hipotecario, no puede reclamar, contra el otro deudor, en virtud de la subrogación, más que la parte dividida que éste debe soportar. (1) Esta opinión tiene á su favor una gran autoridad, la de Pothier, que resuelve que el tercer detentor no tiene más que un recurso dividido contra los demás detentores de heredas hipotecadas á la deuda que él ha pagado. No puede, dice él, proceder contra ellos por el todo, porque se formaría un circuito de acciones; el detentor que pagase toda la deuda al detentor subrogado, sería á su turno subrogado en los derechos y en las acciones de acreedor, y, por consiguiente, podría reclamar como subrogado lo que ha pagado al detentor subrogado como él. No hay más que un medio de evitar este circuito vicioso, y es dividir el recurso. ¿El Código ha admitido esta opinión que estaba lejos de ser

1 París, 19 de Diciembre de 1835 (Daloz, *Hipoteca*, núm. 1,973, II. Tolosa, 19 de Febrero de 1827; Douai, 27 de Mayo de 1840; Angers, 10 de Marzo de 1841 (Daloz, *ib.* núm. 1,980).

general? La cuestión era controvertida en el antiguo derecho y lo es todavía. (1)

Texto formal no lo hay; pero no se puede negar que ese sea el espíritu del Código. Cuando varias personas están obligadas solidariamente en una misma deuda y uno de los deudores debe pagar toda la deuda, queda subrogado en los derechos del acreedor. ¿Cuál es el efecto de esta subrogación? ¿El subrogado tiene un recurso por el todo? NÓ, él no puede repetir contra los demás más que la parte y porción de cada uno de ellos (art. 1,214). Cuando un heredero, por efecto de la hipoteca, ha pagado más de su parte de una deuda hereditaria, es subrogado en los derechos del acreedor contra sus coherederos. ¿Puede ejercer este recurso por el total, deducida su parte? NÓ, él no tiene recurso más que por la parte que cada uno de los otros sucesores debe personalmente reportar; la ley agrega que sería así aun en el caso en que el coheredero que ha pagado la deuda se hiciese subrogar en los derechos de los acreedores; prueba de que, en el espíritu de la ley, el recurso, en virtud de la subrogación, debe siempre dividirse cuando el que lo ejercita está obligado á la deuda con el mismo título que aquellos contra quienes procede. El artículo 2,033 aplica el mismo principio á los fiadores. Cuando varias personas han caucionado al mismo deudor por una misma deuda, el fiador que ha cubierto la deuda tiene recurso contra los demás fiadores, cada uno por su parte y porción. Esta última disposición parece decisiva en lo que concierne á los terceros detentores de inmuebles hipotecados á la misma deuda; ellos son también fiadores, si no personales, al menos reales, por lo que debe aplicárseles el principio del recurso dividido. (2)

1 Véanse las diversas opiniones sostenidas en el antiguo derecho, en Demolombe, t. XXVII, pág. 598, núm. 697.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 188, nota 83, pfo. 321 y la mayor parte de los autores.

128. La argumentación sería perentoria si la cuestión pudiera decidirse por vía de analogía. Pero no hay que olvidar cuál es el objeto del debate. Se trata de saber si el principio general que rige los efectos de la subrogación, recibe excepción en el caso en que hay varios terceros detentores de inmuebles hipotecados á la misma deuda; ahora bien, las excepciones sólo se extienden por vía de analogía, sobre todo en una materia que es esencialmente de derecho estricto, tal como la subrogación. Y aun pueden ponerse en duda las razones que se dan en apoyo de la opinión general. El circuito de acciones, invocado por Pothier, realmente no existe; cuando el detentor de un inmueble hipotecado á la deuda ha pagado, la deuda se extingue á su respecto, es imposible que esté todavía sujeto á una acción recursoria, puesto que ya no hay deuda á su respecto. Si se admite que, á pesar del pago, subsiste el crédito, no puede al menos subsistir sino deducida la parte que el tercer detentor debe reportar; lo que conduciría á una división del recurso. En cuanto al principio que se deduce de los arts. 1,213, 875 y 2,003, ¿es un principio general en el sentido de que la ley lo aplica á los diversos casos que ella prevee, y qué intérprete puede también aplicar á los casos ella no prevee? Nó, se trata de otras tantas excepciones á la regla; estas excepciones se comprenden cuando hay varias personas obligadas á la misma deuda, tales como los codeudores solidarios, los coherederos, los cofiadores. Pero no hay, legalmente hablando, codetentores, porque no existe ningún vínculo entre los que están obligados por la misma deuda, en razón de los inmuebles que retienen; habría sido, pues, necesaria una nueva excepción para extender á los que no son codeudores de la deuda lo que la ley dice de los codeudores. En el silencio de la ley, se queda bajo el dominio de la regla, y ¿qué dice ésta? El subrogado tiene los mismos derechos que el acreedor á quien resarce;

luego el tercer detentor que ha pagado toda la deuda tiene contra los demás detentores los mismos derechos que habría tenido el acreedor; es decir, que él puede perseguirlos por el total, de suerte que el peso de la deuda sea soportado por completo por aquel de los detentores que sea demandado el último. (1)

Esta es la consecuencia á la que llega Gauthier cuyas objeciones acabamos de reasumir. Confesamos que el resultado no nos satisface. Es muy cierto que al tercer detentor que se queja de la iniquidad de esta decisión se puede contestar que solo en él consiste llenar las formalidades del expurgo, lo que lo habría puesto al abrigo de toda persecución hipotecaria; pero ¿no podría objetar que el tercer detentor que contra él procede había también descuidado pagar, y cuando la condición de todos los terceros detentores es la misma, no debía ser idéntica su carga? La equidad, que es el fundamento de la subrogación legal, reclama contra una doctrina que vulnera la igualdad, y la igualdad debiera reinar entre los detentores, así como reina entre los codeudores. A nuestro juicio, la decisión de Gauthier, aunque jurídica, comprueba un vacío en la ley; nosotros la señalamos al legislador.

129. Queda por saber cómo se divide el recurso, si se admite. Pothier decidía que cada uno de los detentores está obligado en proporción del valor de la heredad que él retiene. Este principio es también admitido por los autores modernos; no obstante, los autores más recientes le han dado una modificación propuesta por M. Valette. Se mantiene el principio del valor proporcional de los inmuebles cuando cada inmueble es de un valor igual ó inferior á la cifra de la deuda. Pero si hay un inmueble de un valor superior al monto de la deuda, no se le puede comprender en la repartición por su valor íntegro, porque el

1 Gauthier, *De la subrogación*, págs. 507-514, núms. 469-474.

detentor no está interesado en el pago de la deuda por todo el valor de su inmueble; luego se le debe contar, en el cálculo de repartición, como si su inmueble tuviera un valor igual á la cifra de la deuda. (1) Esto es equitativo, ¿pero corresponde al intérprete hacer distinciones que no tienen base alguna en la ley? La necesidad de distinguir prueba que está uno fuera de la ley.

V. *¿El subrogado puede ceder sus derechos?*

130. La subrogación es una cesión ficticia; luego al subrogado se le debe considerar como un cesionario. Siguese de aquí que el subrogado puede ceder sus derechos tanto como un cesionario puede ceder los suyos. La jurisprudencia se halla en este sentido. (2) Esto no tiene duda cuando se trata de la subrogación convencional. ¿Sucede lo mismo con la subrogación legal? Se ha fallado la afirmativa en lo que concierne á los derechos de los que, estando obligados con otros ó por otros, pagan ¿porque tienen interés en pagar; (3) la subrogación es la que más se acerca á la obligación convencional. A nuestro juicio, hay que generalizar el principio y decidir que todo derecho que nace de la subrogación puede transmitirse por vía de cesión. Tal es el derecho común, y la ley no lo deroga.

*Núm. 2. Efecto de la subrogación respecto al acreedor.*

131. El art. 1,252 asienta el principio de que la subrogación no puede perjudicar al acreedor. Antes hemos dicho (núm. 15 y 11) que este principio se desprende de la naturaleza misma de la subrogación; es un pago, y el pago

1 Mourión, págs. 65 y siguientes (según Valette), Colmet de Senterre, t. V, pág. 382, núm. 197 bis VIII.

2 París, 3 Praderial año XI (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 1,983).

3 Bourges, 31 de Enero de 1832 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 1,975).

no puede, indudablemente, perjudicar al acreedor. En cuanto á la ficción que acompaña el pago, la de una cesión, no ha sido imaginada más que por interés del subrogado, es extraña al acreedor; luego no se puede dirigirla contra él.

El art. 1,252 aplica el principio al caso en que el acreedor no recibe más que un pago parcial: "En este caso, él puede ejercitar sus derechos por lo que se le resta, por preferencia á aquel de quien no ha recibido más que un pago parcial." Esta preferencia ha sido vivamente criticada. Larombière dice que la disposición del art. 1,252, aunque fundada en una antigua tradición, le parece injusta é irreflexiva; según él, se debe á la idea eminentemente falsa de que el subrogado no es, respecto del subrogante, más que un gerente de negocios que no tiene recurso por ese título. Poco le importa al subrogante en qué calidad procede el subrogado; él recibe lo que se le debe, sea el subrogado mandatario ó gerente de negocios, y aun cuando no hubiese ni gestión de negocios ni mandato; esto no se refiere más que á las relaciones del subrogado con el deudor. El acreedor que recibe un pago parcial sigue siendo acreedor, y ejercita todos los derechos inherentes á su crédito; eso es todo lo que dice el art. 1,252. Se objeta que el acreedor y el subrogado tienen derechos idénticos, fraccionados, de un solo y mismo crédito: al dividir su crédito, dicen, el acreedor admite el concurso de aquel á quien subroga, porque los derechos que él transfiere son idénticos á los que conserva. (1)

Este razonamiento es un nuevo error que confunde la subrogación con la cesión. Nó, el acreedor no transfiere derechos idénticos á los que conserva, por la sencillísima

1 Larombière, t. III, pág. 400, núm. 25 del art. 1,252 (Ed. B., tomo II, pág. 270). Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 387, número 197 bis XIV.

razón de que nada cede. Si la ley finge que él cede, esta ficción le es á él extraña; á su respecto nada hay de ficticio; él recibe el pago real de lo que se le debe. Puesto que la cesión no es más que ficticia, hay que ver con qué objeto y respecto á quién se ha introducido la ficción. Ella es concerniente únicamente á las relaciones del subrogado y del deudor; el acreedor puede, pues, con justo derecho, rechazar una ficción que le es completamente extraña. Extender la ficción á las relaciones del subrogado con el subrogante, es errar una ficción nueva, y este derecho solo corresponde al legislador.

No contestamos las otras objeciones que se han dirigido al art. 1,252. (1)

132. ¿El art. 1,252 se aplica á la cesión? Nosotros hemos resuelto ya la cuestión negativamente (núm. 5). Aquí tenemos que contestar á una frase de Troplong que profesa una opinión diferente. Todos los autores enseñan que el cesionario y el cedente, teniendo un derecho idéntico, deben venir por contribución, si el precio del inmueble hipotecado al crédito no es bastante para cubrirlo por completo. Troplong va más lejos; da al cesionario la prioridad sobre el cedente. ¿Y el motivo? Es más singular aún que la decisión: es que el cedente debe, como vendedor, hacer disfrutar á su cesionario de la porción del crédito que él le ha vendido; ahora bien, esta obligación de garantía, arrastra la de ceder su derecho de preferencia. Así lo exigen los principios, dice Troplong. Razón se ha tenido para contestar que los principios son puramente imaginarios; es decir, falsos. ¿Enseñennos el artículo del Código que supone al cedente la obligación de hacer disfrutar al cesionario de la porción de crédito que él le cede! El art. 1,693 dice que el cedente debe garantizar la existen-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 191, nota 89, pfo. 321. Compárese Demolombe, t. XXVII, pág. 606. núms. 662. 663.

cia del crédito que cede; á esto se reduce su obligación. Si debiera hacer disfrutar al cesionario, la ley le habría hecho responsable de la insolvencia del dador; y él no responde siquiera de la insolvencia que existiría al hacerse la cesión (arts. 1,694, 1,695). Creemos inútil continuar este debate; puede leerse en Mourlon la refutación pormenorizada de los errores de Troplong; no nos gusta servirnos de la palabra error, pero a qui está en su lugar. (1)

133. ¿Se aplica el art. 1,252 á la subrogación legal? El texto contesta á la pregunta. Dicese allí que la "subrogación establecida por los artículos precedentes" tiene lugar contra los fiadores; en seguida la ley añade: "ella" no puede perjudicar al acreedor cuando éste no ha pagado sino en parte. Esta es, pues, la subrogación establecida por los "artículos precedentes;" es decir, la subrogación convencional, sea legal, que no puede perjudicar al acreedor. No había lugar á distinguir; la subrogación es siempre la misma, sea legal ó convencional. Y aun hay una razón más para que la subrogación que no está consentida por el acreedor no le perjudique. La subrogación hecha por el deudor (artículo 1,250, núm. 2), y la subrogación otorgada por la ley tienen lugar á pesar del acreedor; luego tan equitativo como jurídico es que no se pueda prevaleerse de estas subrogaciones contra el acreedor. La jurisprudencia se halla en este sentido. (2)

134. ¿Las partes contrayentes pueden derogar el artículo 1,252? Sí, y sin duda alguna. El principio y la preferencia que de él resulta, no se refiere más que al interés del acreedor; luego él puede renunciárselo; y regularmente la renuncia porque el subrogado lo exige, y él es el que impone la ley del contrato. En vano dice la ley que el que

1 Troplong, *Hipotecas*, núm. 367. Mourlon *Subrogación*, págs. 21-26.

2 Tolosa, 29 de Febrero de 1814 (*Dalloz, Obligaciones*, núm. 1,992) Colmar, 3 de Enero de 1825 (*Dalloz, Privilegios á hipotecas*, número 2,386. Duranton, t. XII, pág. 304, núm. 184.

paga la deuda de un tercero, no puede exigir la subrogación; sin duda que cuando la subrogación debe consentirse por el acreedor, él puede rehusar. Pero si el acreedor recibe un pago parcial, aunque tenga también el derecho de rehusarlo, hay que creer que tiene interés en recibirlo, y este mismo interés lo inducirá á abandonar al subrogado su derecho de preferencia; en este caso, el subrogado es el que impone la ley, y el subrogante la sufre. (1)

135. ¿Es aplicable el art. 1,252 cuando el crédito es quirografario? Nó; y en este punto todos están de acuerdo. La ley no prevee la dificultad, pero los principios no dejan duda alguna. Cuando el crédito es quirografario, el tercero que lo paga no procede contra el deudor en virtud de la acción subrogatoria, sino como mandatario ó gerente de negocios; es decir, que ejercita un crédito del todo independiente del que le queda al acreedor, cuando éste no recibe más que un pago parcial. Por lo mismo, el subrogante y el subrogado tienen títulos iguales, y, por consiguiente, ninguno de ellos no debe primar sobre el otro. En vano el acreedor diría que el concurso del subrogado en la distribución, le perjudica, puesto que recibirá tanto menos; el tercero le contestaría que estaba en libertad para no aceptar un pago parcial, y que si lo ha aceptado, debe también sufrir sus consecuencias. Por lo demás, el pago parcial, apesar de los derechos que de él resultan para el que ha hecho el pago, está lejos de perjudicar al acreedor, porque si él no hubiera recibido ese pago dividido, debería venir á la contribución por todo su crédito; muy justo es que el tercero que le ha pagado una parte del crédito, venga á la distribución por la parte de la deuda que él ha cubierto. Si la subrogación no debe perjudicar al acreedor, tampoco debe perjudicar al subrogado. (2)

1 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 386, núm. 197 bis XIII.

2 Duranton, t. XII, pág. 305, núm. 186. Colmet de Sauterre, tomo V, pág. 385, núm. 197 bis XVII.

¿Qué debe resolverse si la deuda está garantida por una fianza? Podría creerse que, en este caso, el subrogante debe ser preferido al subrogado, puesto que se trata de una garantía inherente al crédito, y al subrogante no se le tiene por haber cedido garantías contra sí mismo. A esto se contesta que hay otro motivo para decidir. El que paga la deuda del deudor principal, paga, al mismo tiempo, la deuda del fiador; luego tiene contra éste el mismo recurso que contra el deudor; y lo tiene, no en virtud de la subrogación, sino en virtud del pago. Esto equivale á decir que él tiene un recurso independiente de la subrogación, y, por lo tanto, su posición es idéntica á la del acreedor; y siendo iguales sus derechos, no puede tratarse de preferencia. (1)

136 El acreedor puede tener varios créditos hipotecados sobre el mismo inmueble; recibe un pago parcial sobre el que está en primer lugar. Se abre un orden sobre el precio del inmueble. ¿Puede él pedir ser pagado de preferencia al subrogado por todos sus créditos? Hé aquí una cuestión que no debiera hacerse, y menos aún llevarla ante los tribunales, porque el texto la resuelve; Toullier hace la observación. El art. 1,252 da al subrogante un derecho de preferencia sobre aquel de quien no ha recibido más que un pago parcial; lo que prueba que la preferencia no tiene lugar sino para lo que se le queda debiendo al acreedor sobre el crédito cubierto en parte, y no por lo que puede debersele en razón de un crédito posterior en hipoteca. El subrogado primará, pues, en virtud de la subrogación que le da el primer lugar, al acreedor subrogante en cuanto al crédito posterior, como primaría á otro acreedor cualquiera, porque este segundo crédito está fuera del convenio de subrogación. (2)

1 Larombière, t. III, pág. 404, núm. 27 del art. 1,252 (Ed. B., tomo II, pág. 271).

2 Toullier, t. IV, pág. 162, núm. 169, y todos los autores.

137. ¿Puede el acreedor transferir el derecho de preferencia que le da el art. 1,252 respecto al subrogado? Hay un caso en el cual la afirmativa no es dudosa. Habiendo quedado acreedor de una suma de 10,000 francos, el subrogante vende ese crédito con el derecho de preferencia que le es inherente; el cesionario será preferido al subrogado. Esto no es más que el derecho común; el acreedor puede, ciertamente, vender la parte del crédito que le queda, y vendiéndola, transfiere al cesionario todos los derechos accesorios que aseguran su pago; luego también el derecho de preferencia que resulta de la subrogación. Hay una sentencia de la Corte de París en este sentido, y tal es también el parecer de los autores. (1)

¿Puede también el acreedor, al subrogar al que le pague el resto de ese crédito, transferirle su derecho de preferencia? Esta cuestión es controvertida y hay alguna duda. El principio que gobierna la materia de la subrogación conduce á dar al subrogado todos los derechos del subrogante. Esta es una cesión ficticia; ahora bien, el acreedor puede ceder por una venta real el derecho de preferencia al vender su crédito, y lo que puede hacer por una cesión real ¿por qué no había de hacerlo por una cesión ficticia? Que no se objete que esto es extender una ficción, porque, al contrario, es aplicarla. En cuanto al subrogado, la ficción tiene el mismo efecto que una venta real; se reputa que él ha comprado el crédito, dice Pothier; luego puede invocar los principios que rigen la venta de un crédito y reclamar todos los derechos útiles que sirven para procurarle su reembolso. (2)

Se sigue generalmente la opinión contraria, y la juris-

1 París, 18 de Marzo de 1837 (Dalloz, *Hipotecas*, núm. 2,384, II). De molombe, t. XXVII, pág. 612, núm. 666. Ganthier, pág. 65, número 68.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 388, núm. 797 bis XV.

prudencia la ha consagrado. Se invoca la tradición. Pothier enseña, en efecto, que si hay varios subrogados, vienen en concurrencia; él dice que esto es evidente. Esta evidencia no nos llama la atención, y los motivos que los autores modernos dan para explicarla no son tan perentorios como lo dicen. La preferencia, dicen, se funda en que respecto al acreedor, la parte del crédito pagado con subrogación está extinguida, mientras que la parte no pagada subsiste aún en sus manos; pero si un nuevo pago viene á extinguir esta parte del crédito, ya no subsistirá nada de él; luego él no puede ya tener derecho de preferencia. (1) ¿No es esto resolver la cuestión por la cuestión misma? En el momento en que el acreedor recibe el pago del resto de su crédito, el acreedor tenía por esta parte un derecho de preferencia; se trata de saber si él puede ceder ese derecho por vía de subrogación, como puede hacerlo por vía de cesión; planteada así la cuestión, no nos parece dudosa.

*ARTICULO 4.º — De las ofertas de pago y de la consignación.*

§ I. — NOCIONES GENERALES.

138. “Cuando el acreedor se niega á recibir su pago, el deudor puede hacerle ofertas reales y, á negativa del acreedor para aceptarlas, consignar la suma ó la cosa ofrecida” (art. 1,257). El deudor, obligado á pagar, tiene también el derecho de hacerla, y el interés. Un antiguo proverbio dice que el que paga sus deudas se enriquece. Toda obligación ataca el crédito del deudor, supuesto que afecta sus

1 Esa es la opinión generalmente seguida (Durantón, t. XII, página 309, núms. 188, 189. Aubry y Rau, t. IV, pág. 192, notas 92 y 93, y los autores que ellos citan. Demolombe, t. XXVII, pág. 613, núm. 667). La jurisprudencia se halla también en este sentido: París, 13 de Mayo de 1815 (Daloz. *Obligaciones*, núm. 1,998). Dijon, 10 de Julio de 1848 (Daloz, 1849, 2, 15).

bienes directa ó indirectamente, y, en consecuencia, disminuye su solvencia; luego está interesado en pagar para libertar sus muebles y para aumentar su crédito. El puede tener un motivo para pagar las deudas onerosas: tales son las deudas que causan rédito ó que llevan aparejada una cláusula penal. Si el deudor está interesado en pagar, por lo común el acreedor está interesado en recibir lo que se le debe; con tal objeto estipula, y á primera vista no se comprende por qué había de negarse á recibir su pago. Esto puede ser por capricho, por mala voluntad; así lo dicen los autores, pero esto sucederá rara vez, porque lo que guía á los hombres es el interés, el cual es superior á las pasiones. Puede suceder que el acreedor esté interesado en rehusar por la misma razón que induce al deudor á ofrecer.

De esto hemos citado un ejemplo histórico al tratar de la subrogación; los que habían prestado al 8 por ciento no querían ser reembolsados cuando el tipo de interés bajó y cuando ya no fué más que el 5 ó 6 por ciento. Si hay una pena implícita en la obligación, el acreedor puede tener interés en que se incurra en ella. De aquí un conflicto entre el deudor y el acreedor: uno ofrece, otro rehusa. Si el deudor ofrece lo que debe, es injusta la negativa del acreedor; así, pues, la ley debía dar al deudor un medio de exonerarse apesar del acreedor. Tal es el objeto de la oferta de pago y de la consignación. La ley, á la vez que vela por los intereses del deudor, no se desatiende de los del acreedor; y á fin de conciliarlos prescribe algunas condiciones para la validez de las ofertas y de la consignación. “La ley toma todas las precauciones, dice el orador del Gobierno, para que sea patente que el acreedor comete la falta de negarse á las ofertas que el deudor le ha hecho; garantidos así sus derechos, él no puede quejarse si la

ley no permite que una denegación arbitraria é injusta perjudique al deudor.” (1)

139. Las ofertas de pago y la consignación se han organizado para permitir al deudor exonerarse apesar de la negativa injusta del acreedor. Esto supone la existencia de una deuda. Siguese de aquí que si no hay deuda, no hay lugar á ofertas ni á consignación. Tal sería el caso en que el deudor es amenazado de incurrir en prescripción si no usa de un derecho que debe ejercitar en plazo fijo; por ejemplo, la facultad de retrovención. El vendedor no está obligado á hacer ofertas reales al comprador en las formas prescriptas por la ley para el pago, porque el vendedor no paga, ejercita un derecho, y la ley no prescribe ninguna forma particular para el ejercicio de ese derecho.

Un caso análogo se presentó ante la Corte de Nancy. El donador pide la revocación de una donación por causa de inejecución de las cargas; habiéndola pronunciado el Tribunal, un acreedor hipotecario forma tercera oposición al fallo y ofrece cumplir las cargas. Se le opuso que no tenía el derecho de formar oposición, porque era el cocausante del donatario que había consentido la hipoteca; después se rechazaron sus ofertas por no estar hechas en las formas prescriptas por el Código Civil. La Corte dió la razón al acreedor; es verdad que él era el cocausante de aquel de quien tenía su derecho, pero de aquí no se sigue que estuviera representado judicialmente por el donatario. En cuanto á las ofertas que él hacía, no estaban regidas por el Código Civil; el acreedor hipotecario no era el deudor del donatario; él pedía ejercitar un derecho á nombre de su deudor, ejercitando las cargas que éste había descuidado.

1 Bigo:—Prámeneu, Exposición de motivos, núms. 134 y 138 (Loché, t. VI, págs. 171 y siguientes). Durantón, t. XII, pág. 334, núm. 202. Mourlon, t. II, pág. 724, núm. 1.379 (edición de Demangeat, 1873). Colmet de Santerre, t. V, pág. 395, núm. 202 bis I.

do cumplir; el acreedor hipotecario no venía á ser el deudor del donador sino en virtud del fallo que mantenía su hipoteca, con la condición para él de cumplir las cargas de la donación; hasta aquí se trataba del ejercicio de un derecho, y no de ofertas reales. (1)

140. A veces la deuda nace únicamente de las ofertas. Según los términos del art. 699, aquel contra quien se ha cedido un derecho litigioso puede quedar libre por el cesionario reembolsándole el precio real de la cesión con las costas y réditos. El deudor que usa del derecho que la ley le concede se constituye el deudor del cesionario, lo propia reduciéndolo al crédito. Si el cesionario rehusa la suma que le ofrece el deudor, éste puede hacerle ofertas reales. El no era deudor del cesionario al hacerse la cesión, pero sí lo es desde el momento en que saca provecho del derecho de retrovención. Sin embargo, el cesionario puede disputar; puede sostener que el derecho no es litigioso, puede ofrecer al deudor que no le ofrece el precio real y todo lo que está obligado á reembolsarle.

141. Por lo común en semejantes circunstancias es cuando el acreedor rehusa; casi no se encuentran en la jurisprudencia acreedores que rehusen por capricho lo que el deudor tiene el derecho de ofrecerles. Se ha presentado un caso singular en el cual la denegación del acreedor tenía por móvil un punto de honra mal entendida.

Un notario reclama para la redacción de un contrato de matrimonio una suma de 1,500 francos. Pareciéndole al deudor exagerados esos honorarios ofreció 500 francos; el notario rehusó la oferta y declaró que renunciaba á sus honorarios; por su parte, el deudor se negó á aceptar aquella oferta; se dirigió al Presidente del Tribunal quien fijó en 600 francos la cifra de los honorarios debidos al notario. En consecuencia, el deudor hizo ofertas reales, con

1 Nancy, 22 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 102).

signó el dinero y asignó al notario en validez de la consignación. El notario sostuvo que tenía derecho á rehusar. La cámara de notarios intervino en la instancia de apelación; sostuvo que el derecho de renunciar á los honorarios es una de las más hermosas prerrogativas del notario (1) y que en presencia de tal renuncia el cliente estaba sin derecho para requerir la tasa. Se falló que la cámara de los notarios no tenía el derecho de intervenir, porque la decisión de la contienda no podía comprometer en lo más mínimo el ejercicio de la profesión, ni imponerle una obligación ó traba cualquiera. La Corte rechazó igualmente las pretensiones del notario. El contrato que se forma entre el notario y su cliente para la redacción de una escritura implica la remuneración del notario; los honorarios debidos al oficial público son, pues, una deuda para la parte. Esto decide la cuestión. Todo deudor tiene derecho de exonerarse, apesar del acreedor, haciendo ofertas reales seguidas de consignación. En vano el notario renunciaría á sus honorarios, esta renuncia seria una condenación; es decir, un descargo convencional (art. 1,285); y, no basta con la voluntad del acreedor que renuncie á su crédito; para que haya convención, se necesita el consentimiento del deudor; si éste rehusa, la deuda subsiste, y con la deuda, el derecho de exonerarse apesar de la denegación del acreedor. Tal es la decisión jurídica del debate, y no es dudosa. La Corte agrega que el sistema sostenido por el notario y por la cámara implicaba un desconocimiento completo de lo ley y que vendría á parar en ejercer una presión ilegítima sobre los clientes, poniéndolos en la necesidad de pagar sin examen ó de permanecer deudores.

142. En otro caso, igualmente singular, el deudor ofreció lo que debía, y su oferta fué rehusada legítimamente.

1 Rennes, 4 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 185 y una buena nota del compilador.

Un notario deja en blanco el número de las palabras tachadas: esta contravención acarrea una multa de 11 francos, según los términos de la ley de 25 ventoso año XI (artículo 16). A diligencias del Ministro Público, el notario hace ofertas reales al receptor. Este rehusa, diciendo que no puede recibir la multa sino en virtud de un fallo de condena. El Tribunal decidió que las ofertas eran válidas, y sentenció al receptor á los gastos. A apelación, la decisión se reformó y debía serlo; el notario no es deudor en virtud de la contravención, ni en virtud del acta que la hace constar; de esto hay una prueba incontestable, y es que no puede ser forzado á pagar la multa, en tanto que no es sentenciado; luego él no debe, y, por consiguiente, no hay lugar á ofertas reales. (1)

143. Cuando hay una deuda, el deudor tiene el derecho de exonerarse; puede, en este caso, hacer ofertas reales al acreedor. ¿Qué se entiende por "ofertas reales?" La oferta de la cosa que constituye el objeto de la obligación. Se oponen las ofertas reales á las ofertas "verbales." Estas consisten en la declaración del deudor que está dispuesto á pagar; por expresas que sean, aun cuando se hicieren por escrito, son insuficientes. La razón es muy sencilla, y es que las ofertas tienen por objeto libertar al deudor; es, pues, preciso que presenten al acreedor la misma ventaja que el pago efectivo; ahora bien, el pago pone en manos del acreedor la cosa que le es debida, luego las ofertas deben dar al acreedor el poder de apoderarse de la cosa que le es debida. (2)

Las ofertas reales suponen una prévia denegación del acreedor para recibir su pago; el art. 1,237 lo dice y el sentido común y las conveniencias lo exigen. No se co-

1 París, 23 de Julio de 1826 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,048).

2 Toullier, t. IV, pág. 175, núm. 188. Durantón, t. XII, páginas 333, 200.

mienza cuando se tiene que hacer un pago, por enviar la cosa al acreedor con notificación judicial; se le lleva si el crédito es portátil. Únicamente cuando el acreedor se niega á recibir las ofertas amistosas, es cuando se le hacen ofertas legales. Así, pues, esas ofertas suponen una denegación. (1) La ley no dice cómo debe comprobarse esa denegación. Si el acreedor niega, naturalmente es preciso que el deudor pruebe. ¿Será admitido á probar por testigos, que se ha presentado al acreedor y que éste no ha querido recibir su pago? Nosotros así lo creemos, porque no depende de él conseguir un reconocimiento escrito del acreedor, y no puede procurarse una prueba auténtica de la denegación, porque no se comienza por un acto de comisorio judicial y, únicamente después de denegación del acreedor es cuando se puede recurrir á esto. Así, pues, el deudor puede invocar el principio del art. 1,348; él ha estado en la imposibilidad moral de procurarse una prueba literal, y esto basta para que la prueba testimonial sea admisible.

144. Cuando el acreedor se niega también á aceptar las ofertas reales, el deudor puede consignar la suma ó la cosa ofrecida (art. 1,257). La consignación es un depósito que el deudor pone en manos de un oficial público. Cuando las ofertas reales se han seguido de consignación, y cuando el deudor ha observado todas las formas prescriptas por la ley, queda librado. Y esto no es que la consignación sea un verdadero pago, porque no hay pago sin el consentimiento del acreedor. Ahora bien, éste rehusa las ofertas que el deudor le hace, y la consignación no puede hacer veces del concurso del acreedor. Pero la consignación equivale á un pago, dice Pothier, y, según él, el Código civil (artículo 1,257) en el sentido de que la deuda se extingue, del

1 Larombière, t. II, pág. 437, núms. 2 y 3 del art. 1,257 (Ed. B., t. II, pág. 284).

mismo modo que lo sería por un pago. (1) Más adelante diremos que, apesar de esta equivalencia, queda en pié una diferencia considerable entre el pago y las ofertas reales seguidas de consignación.

145. Las ofertas y la consignación se hacen sin intervención judicial. Jaubert, el relator del Tribunado, dice, que esta es una de las bases de la ley; "justo es que el deudor no se vea obligado á intentar un pleito y á soportar todos los grados de jurisdicción para obtener su exoneración." Verdad es que el acreedor puede disputar la liberación, y entonces el pleito es inevitable. La ley no puede impedir las contiendas, ha tenido que tener en cuenta los derechos del acreedor, tanto como los del deudor. Puede suceder que las ofertas no sean válidas, que la consignación no sea regular; en este caso el deudor no será exonerado. Así, pues, cuando se dice que el deudor puede liberarse sin intervención judicial, se supone que ha observado las reglas que la ley le traza; entonces no necesita proceder judicialmente contra el acreedor; queda liberado por las solas ofertas seguidas de una consignación regular. Sin embargo, nada impide que el deudor pida al juez que declare sus ofertas y su consignación buenas y válidas; no puede ser forzado á quedarse en la incertidumbre; el fallo que valide el procedimiento le servirá de carta-pago. (2)

## § II. DE LAS DEUDAS DE DINERO.

### *Núm. 1. De las ofertas.*

146. Las ofertas reales seguidas de consignación hacen veces de pago. Síguese de aquí que los requisitos para la validez del pago deben también cumplirse para que las ofertas sean válidas. Hay un requisito más. El pago no

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 573.

2 Jaubert. Dictamen, núm. 25 (Loché, t. VI, pág. 211).

está sometido á ninguna forma; si se hace un escrito para que conste, es únicamente para procurar al deudor una prueba literal del pago, y la carta-pago no sirve más que de prueba. No pasa lo mismo con las ofertas reales y la consignación; la ley prescribe no solo condiciones intrínsecas para su validez, sino también algunas formas exteriores; éstas deben igualmente observarse para que las ofertas sean válidas, y, por lo tanto, liberatorias. Tal es el principio. Vamos á entrar en los detalles de aplicación; estos detalles son necesarios, puesto que las condiciones y las formas se prescriben bajo pena de nulidad. (1)

### I. *¿A quién deben hacerse las ofertas?*

147. Para que las ofertas reales sean válidas, se necesita 1.º que se hagan al acreedor capaz de recibir, ó al que tiene poder para recibir por él (art. 1,258, 1.º): tal es su tutor, dice Pothier, ó su curador. En derecho moderno, el curador no tiene calidad para recibir, porque el menor emancipado es el que percibe sus rentas, sin estar asistido del curador; no se requiere la asistencia cuando se trata de recibir un capital mobiliario (art. 482).

Pothier agrega, que si hubiera una persona indicada por el contrato á quien pudiera hacerse el pago, las ofertas podrán hacerse á dicha persona; porque teniendo el deudor, por el convenio, derecho á pagar á este tercero, puede también, por una consecuencia de este derecho, hacerle ofertas sin estar obligado á ir á buscar al acreedor. (2)

148. La aplicación del principio es tan fácil, que asombra, con justo título, que haya dado margen á tantos debates judiciales.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 574 y 575. Larombière, tomo III, pág. 451, núm. 3 del art. 1,258 (Ed. B., t. II, pág. 290). Aubry y Rau, t. IV, pág. 194, nota 10, pfo. 322.

2 Pothier, núm. 574. Taullier, t. IV, 1, pág. 189, núm. 175. Duranton, t. XII, pág. 335, núm. 203.

Un Comisario notifica al deudor un levantamiento de inscripción, y le intima á que declare lo que le impide pagar; el deudor le hace ofertas reales; se juzgan éstas irregulares, porque el Comisario encargado de un mandato especial no tenía poder para recibir el pago, ni por consiguiente, ofertas reales. (1)

El adjudicatario de una cosa perteneciente á un quebrado hace ofertas reales al síndico después de los plazos de la puja; el síndico rehusa Litigio por la validez de las ofertas. Se pretende que el síndico, simple mandatario de los acreedores, no tiene el derecho de recibir por ellos los capitales debidos á la masa. Esto era un error evidente. La Corte de Paris decidió que los síndicos de una quiebra, representando la masa de los acreedores, pueden ejercer sus acciones y defenderlas; si nó habría sido necesario hacer las ofertas á cada acreedor individualmente, lo que es contrario al derecho y al sentido común. El negocio fué hasta Casación. (2)

Cuando una venta se hace por adjudicación pública, hay que consultar el cuaderno de las cargas que rige todo lo que concierne á los derechos y obligaciones del adjudicatario. Se dice en un cuaderno de las cargas que el adjudicatario no podrá pagar el precio sino á los acreedores inscriptos, útilmente colocados ó delegados; en el caso, no había aún orden ni delegación; el adjudicatario hizo sus ofertas á los acreedores en masa, en el domicilio escogido en una inscripción de oficio, tomado sin que ellos lo supieran y sin su participación. Las ofertas eran nulas en todos conceptos; el deudor embargado no podía ya recibir el pago, y las condiciones prescriptas por el cuaderno de las cargas no estando cumplidas, los acreedores también

1 Bourges, 29 de Marzo de 1814 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,076).

2 Deregada apelación, 11 de Mayo de 1825 (Daloz, *Quiebra*, número 1,182).

estaban sin calidad; con mayor razón no podían hacerse las ofertas á los acreedores en masa. (1)

## II. *¿Quién puede hacer ofertas reales?*

149. La segunda condición requerida por el art. 1,250 para que las ofertas reales sean válidas, es que las haga una persona capaz de pagar. Una "persona," dice el texto; así es que, no sólo el deudor y los que lo representan, sino también todo tercero, interesado ó nó, pueden pagar; luego también pueden hacer ofertas reales; el derecho de pagar da el derecho de hacer ofertas.

El acreedor embarga los muebles de su deudor ausente. Un tercero se presenta y le hace ofertas reales que comprenden la suma debida y reclamada por el mandamiento. Las ofertas fueron declaradas válidas por sentencia de la Corte de París. (2)

150. Si el tercero que paga pide la subrogación en virtud del art. 1,250, núm. 1, no puede ser cuestión de ofertas reales, puesto que se necesita el consentimiento del acreedor. En el caso del núm. 2 del art. 1,250, el prestador ó la persona á quien se presta, pueden forzar al acreedor á recibir lo que le es debido, puesto que el consentimiento del acreedor no se requiere para la subrogación. En cuanto á la subrogación legal, tiene lugar de pleno derecho en provecho del que paga, en las circunstancias previstas por la ley, la deuda de un tercero. Si el acreedor rehusa el pago, ¿es preciso que el que paga pida la subrogación y que justifique el interés que tiene en pagar para ser subrogado? El nada tiene que pedir, puesto que no es á demanda suya por lo que la subrogación se consiente,

1 París, 20 de Agosto de 1813 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,075).

2 París. 11 de Agosto de 1866 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,080, 2°).  
Compárese denegada apelación, 13 Germinal, año X (Dalloz, *ibid.*, núm. 280, 1).

no interviene consentimiento, y la ley no exige justificación. Una sentencia de la Corte de Casación parece, no obstante, decidir lo contrario, pero es una sentencia de denegada apelación, fundada en las circunstancias de la causa (1); no corresponde á los tribunales prescribir condiciones para la validez de los actos.

### III. *¿Qué debe ofrecer el que paga?*

151. El art. 1,258, núm. 3, establece el principio en estos términos: "Para que las ofertas reales sean válidas, es preciso que sean de la totalidad de la suma exigible, de los alcances ó réditos debidos, gastos liquidados y de una suma para los gastos no liquidados salvo el perfeccionarlo." Esto no es más que la aplicación de la regla de que las ofertas hacen veces de pago; luego deben comprender todo lo que el deudor debe al acreedor. En el pago que se hace amigablemente, las partes arreglan de común acuerdo la cifra de la deuda y de sus accesorios. Cuando el deudor hace ofertas reales, el acto es unilateral, y si es irregular, los gastos recaen sobre el que ha hecho las ofertas; luego debe velar porque sean completas.

152. Las ofertas deben comprender el capital debido por el deudor: la ley dice la "totalidad" de la suma exigible; la oferta sería insuficiente si el deudor no ofreciera todo lo que debe, aun cuando agregase: salvo el perfeccionar en caso de insuficiencia. Únicamente por los gastos no liquidados es por lo que la ley admite esta cláusula; ella no admite la deuda y los intereses ni para los gastos liquidados. Es muy sencilla la razón: el deudor debe saber cuál es el monto de su deuda y de los accesorios líquidos; es, pues, preciso que él ofrezca la suma íntegra que debe, si

1 Denegada, sección civil, 12 de Julio de 1813 (Dalloz, *Renta*<sup>8</sup> *constituidas*, núm. 157).

no el pago es parcial y el acreedor no está obligado á recibir un pago dividido (art. 1,244). Ofertas con cláusula de acabar se han declarado nulas. (1)

153. Los tribunales aplican el principio con rigor extremo, pero que no se tiene el derecho de censurar, porque es legal. Se han anulado ofertas hechas por un locatario que, habiendo cesado de ocupar la casa alquilada, ofrecía las rentas que pudiera deber hasta el fin de su contrato, así como el cumplimiento de otras diversas obligaciones que derivan del contrato, pero él no había ofrecido habitar personalmente la casa, ni indemnizar al arrendador por el perjuicio que pudiera sufrir por la falta de ejecución de esa obligación. (2) La decisión es rigurosa, pero es jurídica.

154. ¿Qué hará el deudor que quiere librarse, si se halla en la imposibilidad de calcular la cifra exacta de la deuda y de los accesorios? La dificultad se ha presentado en el siguiente caso. El deudor intima al acreedor que comparezca ante un notario para proceder á la liquidación de lo que se le debía en capital, réditos y gastos, con declaración de que, no habiendo hecho esto el acreedor, el deudor establecería por sí mismo la liquidación con los documentos que el procedimiento pudiera procurarle. No habiendo comparecido el acreedor, el deudor hizo ofertas reales, sometiéndose á reparar todo error que se encontrase en la evaluación que había hecho sin el concurso del acreedor. Estas ofertas fueron validadas; la Corte dice que el deudor había hecho todo lo humanamente posible para conocer la cifra exacta de la suma debida á su acreedor; él no podía hacer una liquidación exacta, puesto que ciertas piezas le eran ignoradas; el error proveniente de la de-

1 Bourges, 9 de Diciembre de 1830 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,685, II). Denegada apelación, 23 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, I, 203).

2 Douai, 8 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 2).

negación que el acreedor había puesto á su justa demanda, no estaba fundado en pretender que las ofertas fuesen insuficientes. (1)

155 No habría que concluir de aquí que el deudor puede, por su propia voluntad evaluar el monto de la deuda y hacer ofertas en consecuencia; aun cuando las ofertas sobrepujasen la cifra real de lo que él debe, serían nulas. Desde el momento en que hay desacuerdo entre el acreedor y el deudor sobre el monto de una indemnización á la que el primero tiene derecho, el Tribunal es el único que tiene derecho á fijarla, el deudor no puede hacer lo que únicamente el juez tiene el poder de resolver. En tanto que la deuda no es líquida, el deudor no puede hacer ofertas reales. Esto lo falló así la Corte de Douai. (2) No hay contradicción entre esta decisión y la de la sentencia de la Corte de Casación que acabamos de mencionar. En este último caso, la deuda era líquida; únicamente el acreedor se había negado á producir piezas sin las cuales no se podía determinar de una manera exacta el monto de la deuda; mientras que en el caso juzgado por la Corte de Douai, se necesitaba un reglamento judicial, y no incumbía al deudor substituirlo con su evaluación personal.

156. En el último negocio, el deudor había ofrecido una suma que parecía exceder á la que el juez adjudicara definitivamente al acreedor; así, pues, ofrecía más de lo que debía. Lejos de validar sus ofertas, esta circunstancia era una causa de nulidad. El deudor no puede forzar al acreedor á que reciba más de lo que debe, porque este pago indebido, expondría al acreedor á una repetición; en vano declararíase el deudor que no pretende repetir lo que pagase de más, porque esto sería la oferta de una liberalidad que el acreedor no está obligado á aceptar. En principio,

1 Denegada apelación, 28 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 1, 153).

2 Douai, 12 de Mayo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 153).

el deudor debe ofrecer lo que el acreedor tiene derecho á exigir; es decir, ni más ni menos. ¿Quiere decir esto que sea nula toda oferta que sobrepase el monto de la deuda? La ley no pronuncia expresamente la nulidad; quiere que las ofertas sean de la totalidad de la suma exigible, y no dice que las ofertas sean nulas cuando exceden de esa suma. Así, pues, al juez corresponde decidir según las circunstancias; si el acreedor tuviere interés en rehusar, las ofertas no podían ser validadas; si no tuviera ningún interés, sería rigor excesivo anular ofertas que son más que suficientes. Los autores, á la vez que establecen como principio que el deudor no puede ofrecer más de lo que debe, admiten algunas restricciones á este rigor; creemos inútil entrar en los pormenores de estas diversas opiniones, porque el juez decide, en definitiva, conforme á las circunstancias de la causa. (1) La jurisprudencia que vamos á citar manifestará en qué sentido debe aplicarse la ley.

Quando el deudor ofrece más de lo que debe por dolo, no hay que vacilar; el juez anulará las ofertas. La Corte de Casación así lo ha fallado; el deudor había ofrecido mucho más de lo que debía, y el primer juez comprobaba que lo había hecho para procurarse el placer de lanzar á sus adversarios á un nuevo litigio, lo que era igualmente justo y prudente impedir, dice la sentencia. La Corte tiene cuidado de hacer notar que el juez atacado no estaba fundado únicamente en el art. 1,258; en efecto, esta disposición no prvee la dificultad; el juez había invocado, sobre todo, los hechos y circunstancias de la causa; y la decisión motivada de esa suerte, fué lo que confirmó la Corte de Casación. (2)

Se ha fallado, bajo él imperio de las leyes anteriores al

1 Véanse las diversas opiniones de los autores en el *Repertorio* de de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2.104.

2 Nimes, 21 de Mayo de 1806 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2105).

Código, que las ofertas excesivas eran nulas cuando el deudor las hace sin declaración de que abandona el excedente. (1) A nuestro juicio, esta declaración no haría válida la oferta, sino que, al contrario, justificaría la denegación del acreedor; en efecto, es una oferta de liberalidad, y nadie está obligado á aceptar un donativo, tanto menos que estas pretendidas donaciones que un deudor hace á su acreedor casi no las inspira un sentimiento de beneficencia.

Si el exceso de las ofertas proviene de un error de cálculo, no tiene duda que las ofertas no deben validarse, porque, dice la Corte de Casación, los errores de cálculo son siempre reparables, sin que sea necesario anular el acto. Y esto sería así aun cuando el error tuviese por efecto disminuir la cifra de la deuda: tal sería un error en el cálculo de los intereses, cuando el deudor ofrece reparar el error desde el momento en que se señala. (2) Sería ocioso eternizar los pleitos por errores que pueden corregirse inmediatamente.

Algunas ofertas se han atacado por un error de 70 céntimos. Por de pronto, bien se hubiera hecho sin recordar el viejo proverbio: *De minimis non curat proetor*. La Corte de Poitiers se cuida de contestar á esta chicana. Se trataba del costo de dos inscripciones; el conservador no había asentado en cuenta el papel de las dos facturas; el deudor creyó que debía ofrecer por este capítulo, la suma de 70 céntimos. Y aun así no es más que una conjetura la que hace la Corte. (3) Avergüenza ver que semejantes nimiedades se lleven ante las cortes de apelación. En derecho estricto, el acreedor podía rehusar los pocos céntimos que no se le debían. Pero el juez pudo también negarse á pro-

1 Nimes, 21 de Mayo de 1806 (Daloz, *Obligación*, núm. 2,105).

2 París, 15 de Marzo de 1826, y denegada apelación, 18 de Noviembre de 1829 (Daloz, núm. 2,103).

3 Poitiers, 14 de Julio de 1819 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,114).

nunciar la nulidad de un acto, cuya nulidad no pronuncia la ley formalmente.

157. Las ofertas reales que no comprenden los intereses, son insuficientes y, por lo tanto, nulas. No se concibe que esto se haya disputado hasta en apelación, supuesto que la ley es positiva. Para que las ofertas sean válidas, es preciso que lo sean por la totalidad de la suma debida; es decir, por el capital; en seguida la ley agrega "y por los alcances ó réditos." (1)

Hay que decir de los réditos lo que hemos dicho del capital: si el deudor no ofrece todos los réditos, las ofertas serían nulas, aun cuando la escritura contuviere la cláusula cabal: "salvo el acabalar, armentar ó disminuir, si hay lugar." El pago es un acto definitivo; en el momento en que se hace, el acreedor tiene derecho á exigir todos los réditos vendidos; así es que el deudor que ofrece menos, hace un pago parcial que el acreedor tiene derecho de rehusar. La oferta de acabalar es una oferta verbal, y las ofertas verbales son nulas. (2)

El mismo principio se aplica á los réditos devengados; la ley es formal, y por ello entiende los intereses ó réditos vencidos en el momento en que debe hacerse el pago. Se practica un embargo por diferentes plazos de una renta; durante las diligencias, se vencen nuevos plazos; el deudor hace ofertas: ¿Son ellas suficientes si comprenden únicamente los plazos vencidos en el momento del embargo? Nó, las ofertas deben incluir todo lo que el deudor debe; es decir todo lo que se ha vencido en el momento en que el deudor hace sus ofertas. Así fué fallado por la Corte de Casación. El recurso sostenía que cada plazo vencido formaba un crédito aparte y aparte podía pagarse; que, en consecuencia, podía haber ofertas reales para los plazos

1 Bruselas, 7 de Marzo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 85).

2 París, 25 de Agosto de 1810 (*Dalloz*, *Obligaciones*, núm. 2,099, 2°).

vencidos al hacerse el embargo. Ya se habrá contestado ante el primer juez que semejante sistema sería ruinoso para el deudor, supuesto que autorizaba al acreedor á operar un embargo para cada plazo, lo que se halla en oposición con el principio de que no vale embargo sobre embargo; acreciéndose la causa primera del embargo por el vencimiento de nuevos réditos, la diligencia no puede suspenderse sino hasta tanto que el acreedor queda completamente resarcido. (1)

Distinta es la cuestión de saber si las ofertas reales hechas por el deudor de una renta, que no ha pagado los vencimientos durante dos años, impiden al credentista que exija el reembolso á que tiene derecho. Esta es una cuestión de equidad que no debe confundirse con las ofertas reales; volveremos á tratarla en el título "De las Rentas."

158. En cuanto á los gastos, la ley distingue. Los que están liquidados deben incluirse en las ofertas con el mismo título que el capital y los réditos; si los gastos no se liquidan, el deudor puede hacer ofertas añadiendo una suma para esos gastos, salvo el acabalarla. ¿Por qué la ley no permite, en este caso, las ofertas, aunque sean necesariamente incompletas, puesto que no está liquidada una parte de la deuda? Porque del acreedor depende diligenciar la liquidación; y no debe ser que el deudor tenga obstáculos para librarse, solo porque el acreedor no tiene á bien liquidar los gastos.

159. Esta disposición de la ley ha dado lugar á muchas contiendas. En primer lugar, se pregunta lo que debe entenderse por gastos. Se trata de los judiciales; así, pues, la cuestión pertenece á los procedimientos. Nos vamos á limitar á citar una sentencia de la Corte de Casación que

1 Denegada apelación, 19 de Noviembre de 1834 (Daloz, número 2,092, I).

decide que por esa expresión hay que entender todo lo que, bajo el nombre de gastos, figura en los estados de los abogados. Ahora bien, se acostumbra poner los gastos de registro; de esto concluye la Corte que estos últimos gastos no deben mencionarse expresamente en las ofertas, y basta que el deudor ofrezca una suma para los gastos, salvo el acabalarla. La Corte de Aix había anulado las ofertas, porque no comprendían expresamente los gastos de registro: esto era un exceso de poder, porque la Corte agregaba al art. 1,258 una condición que él no ha impuesto, y pronunciaba una nulidad que la ley no pronuncia. La sentencia fué casada. (1)

160. Como la ley enumera los diversos elementos de la deuda que deben incluirse en las ofertas, hay que concluir con la jurisprudencia que las ofertas especiales deben hacerse desde luego por el capital, en seguida por los réditos, y al último por los gastos no liquidados. Luego si los gastos han sido liquidados, deben figurar en las ofertas; serían nulas si alguna suma no se mencionara en los gastos, aun cuando la suma ofrecida en bruto fuese suficiente para pagar el capital y los réditos; la ley no admite la oferta en bruto; luego no puede procederse de esa suerte. Esto equivaldría á cambiar la ley, en vez de ejecutarla, dice la Corte de Burdeos; (2) excelente máxima que los intérpretes olvidan con demasiada frecuencia.

161. Se comprende el rigor de la ley: ella quiere que el acreedor pueda asegurarse por las ofertas si el pago es íntegro; luego es preciso que las ofertas pormenoricen los diversos elementos del crédito. En cuanto á los gastos principalmente, el deudor debe ofrecer una suma especial para cubrir los que están liquidados, á fin de que el acree-

1 Casación, 19 de Diciembre de 1827 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,097, I).

2 Burdeos, 3 de Abril de 1835 (Dalloz, núm. 2,096, III).

dor sepa si la oferta es suficiente. Se ha fallado, y esto no tiene duda, que las ofertas hechas en apelación son insuficientes y, por lo tanto, nulas, cuando no comprenden más que los gastos hechos en primera instancia. (1)

162. ¿Qué se entiende por gastos no liquidados? La cuestión se llevó ante la Corte de Casación de Bélgica. Una sentencia de la Corte de Bruselas había fallado que las costas de los juicios, aunque no liquidadas, deben considerarse como gastos ciertos no sujetos á liquidación; de esto había inferido que las ofertas eran nulas cuando no comprendían esos gastos en totalidad. Esto era confundir los gastos "líquidos" con los gastos "liquidados;" la ley no dice que todos los gastos ciertos, tales como los de timbres y registro deban ofrecerse, sino que quiere que los gastos se liquiden; es decir, se fijen por el juez; y no son estos gastos líquidos los que el deudor debe ofrecer. En cuanto á los gastos no liquidados, por ciertos que sean, el deudor no debe ofrecerlos especialmente, sino que basta que ofrezca una suma cualquiera, salvo el acabalarla. Esto se prescribió por interés del deudor y para favorecer la liberación. Si se hubiese uno atendido al cuidado del deudor para determinar cuáles gastos son ciertos y deben ofrecerse, él habría podido equivocarse y, por consiguiente, habría debido reportar los gastos de las ofertas anuladas. Como la Corte de Bruselas se puso á hacer la ley, su decisión fué casada. (2)

163. Cuando las ofertas no comprenden nada para los gastos no liquidados, cuando hay ó cuando necesariamente haya gastos, las ofertas son nulas, porque esto es ofrecer al acreedor un pago parcial que tiene derecho á rehusar. Se ha fallado que si el deudor embargado hace ofertas para suspender la diligencia de expropiación, debe

1 Rennes, 7 de Mayo de 1816 (Daloz, núm. 2,096, II).

2 Casación, 10 de Diciembre de 1846 (*Fasicristia*, 1847, 1, 371).

hacer una oferta por todos los gastos de diligencias liquidados y no liquidados, salvo en cuanto á estos últimos el acabarlos; si no las ofertas son nulas y, por consiguiente, continúan las diligencias. Sucedería lo mismo con el tercer detentor que quiere substraerse á la acción de un acreedor hipotecario; si él no comprende en sus ofertas una suma para los gastos no liquidados, las ofertas son nulas, y, por lo tanto, el acreedor puede perseguir la expropiación. (1)

164. ¿Basta que el deudor ofrezca una suma cualquiera para los gastos no liquidados, agregando la cláusula, salvo el acabarlos? La afirmativa resulta del texto y del espíritu de la ley. El texto dice: "una suma para los gastos no liquidados," sin exigir que la suma ofrecida esté en relación con el monto de los gastos que quedan por liquidar. Era imposible exigir, porque nada se podía precisar; por lo mismo, había que conformarse con una suma cualquiera. En el Consejo de Estado, esta disposición suscitó alguna contradicción. Se convenía en que era imposible ofrecer y consignar el monto de los gastos no liquidados, pero se objetaba que era injusto conceder la liberación en el caso en que hubiese, por ejemplo, para mil escudos de gastos, una oferta de un escudo; se quería que la suma ofrecida fuese al menos aproximada á la verdad; se podía, en consecuencia, que la ley fijase la cuantía por debajo de la cual la oferta sería insuficiente. Maleville nos hace saber que la proposición fué desechada; se prefirió ajustarse al antiguo uso, porque es el único que es de aplicación práctica. La ley tenía que decidirse, sea en favor del deudor, sea en favor del acreedor. Ahora bien, el acreedor debe imputarse el no haber hecho liquidar los gastos que se le deben, mientras que el deudor nada tiene que reprocharse. (2)

1 Toullier, t. IV, pág. 176, núm. 192.

2 Rennes, 2 de Enero de 1812, y Tolosa, 4 de Febrero de 1829 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,098, I, y en la palabra *Fianza*, núm. 241).

Resulta de esto, que la ley se conforma con una oferta verbal para los gastos no liquidados: esta es una excepción al principio fundamental que gobierna esta materia.

165. El deudor hace ofertas reales de su deuda que importa 2,074 francos; añade una suma de 12 francos por gastos no liquidados, salvo el acabar; ahora bien, habiendo sido tasados los gastos, se elevaron á la suma de 1,607 francos 6 céntimos. Estas ofertas son irrisorias, dice el acreedor, y el primer juez le hizo ganar la causa; pero en apelación se reformó el fallo. Las ofertas, dice la Corte de París, eran textualmente conformes á la ley; es decir, válidas. (1) Si es válida una oferta de 12 francos por una deuda de 1,600, ¿por qué no había de serlo una simple oferta de pagar los gastos? Un tribunal así lo falló; el deudor había ofrecido todo lo que estaba liquidado y se había comprometido á pagar los gastos no liquidados, inmediatamente después de la liquidación. La decisión fué casada, porque violaba el art. 2,058 que exige formalmente que se ofrezca una suma cualquiera, y no se conforma con un simple compromiso de pagarlos ulteriormente. (2) La Corte de Casación tiene razón, pero hay que confesar que la disposición del art. 1,258 es un puro formalismo. Yo ofrezco un franco por gastos de 1,600: mis ofertas serán válidas; yo ofrezco pagar los gastos que se eleven á esa suma: mis ofertas son nulas: las primeras ofertas se reputan reales, porque yo ofrezco un franco; las segundas se reputan verbales porque nada ofrezco; pero ¿un franco ó nada no viene á ser lo mismo?

166. ¿Serán suficientes las ofertas para los gastos no liquidados, aunque sean en mucho inferiores á los gastos reales, cuando el deudor conoce esta insuficiencia en el mo-

1 París, 10 de Febrero de 1807 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,099, II).

2 Casación, 16 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 266).

mento en que hace las ofertas? La Corte de París ha anulado ofertas de 260 francos por gastos no liquidados, porque el deudor no ignoraba que los gastos, y principalmente los de registro, excedían en mucho á la suma por él ofrecida. Esto, á nuestro juicio, era violar la ley que habla, no de los gastos que el deudor conoce ó no conoce, sino de los gastos "liquidados," y es de toda evidencia que los gastos están iliquidados, aunque el deudor conozca sobre poco más ó menos su importe. Sin embargo, la Corte de Casación desechó el recurso. (1) Preferimos la decisión contraria de la Corte de Casación de Bélgica que ya citamos.

167. ¿El deudor debe hacer las ofertas en moneda de oro ó de plata con curso legal? Hay numerosas sentencias por la afirmativa, que no es dudosa. Las ofertas hacen veces de pago, y en otra parte hemos dicho que el pago debe hacerse en moneda de oro ó de plata. Se ha fallado que ofertas hechas en billetes del Banco Nacional son nulas; en efecto, como estos billetes no tienen curso forzoso, nadie está obligado á recibirlos; por lo tanto, no se pueden ofrecer. (2) La regla es aplicable á los municipios como á los particulares: se ha fallado que un mandato de pago ofrecido por una administración municipal á un contratista por precio de obras ejecutadas para el municipio, no puede hacer las veces de ofertas reales. (3) Hay más; la oferta de resguardo de una suma puesta en la caja de depósitos de consignación sería insuficiente aunque la suma en numerario ofrecida y rehusada se deposite en la caja; el acreedor tiene derecho á rehusarla, porque las ofertas están sometidas á las mismas condiciones que el pago. (4) Menos aún

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 5 de Agosto de 1870 (Daloz, 1871, 1, 321).

2 Casación, 16 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 321).

3 Denegada apelación, 9 Brumario, año VIII (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,059, I).

4 Orléans, 8 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 2, 68).

puede ofrecerse una delegación en un notario (1) ó en un crédito sobre un particular. (2) Esto se hace diariamente, no solo entre comerciantes, sino también por deudas civiles; pero para esto se necesita el concurso de la voluntad del acreedor; ahora bien, el que hace ofertas debe esperar un desaire, puesto que no las hace sino en virtud de un primer desaire, y legalmente, él no puede ofrecer papel, debe ofrecer numerario.

*IV. y V. De la deuda á plazo ó con descuento.*

168. "Para que las ofertas reales sean válidas, se necesita, 4.º que el plazo se haya vencido si fué estipulado en favor del acreedor" (art. 1,258, 4.º). El núm. 4 del artículo 1,258, explica y restringe el núm. 3. Según esta última disposición, el deudor debe ofrecer la totalidad de la deuda "exigible," lo que parece excluir las ofertas reales cuando se trata de una deuda á plazo; pero cuando el plazo se estipula á favor del deudor, lo que es la regla (art. 1,187), puede renunciarlo, y entonces la deuda es exigible. Déjase entender que el deudor no puede renunciar al plazo si se estipula á favor del acreedor. El acreedor tiene, en este caso, el derecho de rehusar el pago que el deudor quisiera hacerle antes del vencimiento del plazo; luego puede también rehusar las ofertas reales. ¿Cuándo se estipula el plazo á favor del acreedor? Esto lo hemos visto al tratar del plazo.

Hay excepción á estos principios en materia mercantil: el tenedor de una letra de cambio, no puede ser forzado á recibir antes del vencimiento del plazo (Cód. de Com., artículo 146); luego puede rehusar las ofertas reales que se le hicieren antes de este vencimiento.

169. "Para que las ofertas reales sean válidas, se nece-

1 Bruselas, 5 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 358).

2 Lieja, 3 de Agosto de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 79).

sita, 5. ° que la condición bajo la cual se contrajo la deuda se haya cumplido" (art. 1,258, 5. ° ). La ley supone que la deuda se contrajo con condición suspensiva. En tanto que la condición no se cumple, no hay deuda, en el sentido de que el deudor no puede ser forzado á pagar; luego el acreedor no puede ser forzado á recibir, porque estaría obligado á restituir si la condición llegase á faltar; luego tiene derecho é interés en rehusar las ofertas reales que el deudor le hiciere antes del cumplimiento de la condición. Aun cuando el deudor declarara que renuncia á la repetición, el acreedor no estaría obligado á recibir el pago que se le ofrece: semejantes ofertas serian una donación, y toda donación supone el consentimiento de aquél á quien se quiere gratificar.

Si la deuda es bajo condición resolutoria, es lisa y llana en cuanto á su existencia; el deudor puede ser forzado á pagar; luego tiene derecho á hacer ofertas reales.

#### VI. *¿En dónde deben hacerse las ofertas reales?*

170. "Para que las ofertas reales sean válidas, es preciso que se hagan en el lugar convenido para el pago" (artículo 1,258, 6. ° ). Las ofertas hacen veces de pago; luego deben hacerse allí en donde, según el convenio, debe pagar el deudor. Se ha fallado, por aplicación del art. 1,258, que las ofertas reales se hacen válidamente en el estudio del notario cuando la escritura indica ese estudio como lugar de pago. Se objeta que la indicación del estudio como lugar de pago, no da al notario calidad para recibir la cosa debida, cosa que es muy cierta; pero esto no impide que las ofertas puedan hacerse en el lugar indicado; al acreedor corresponde dar mandato á una persona cualquiera para recibir el pago en aquel lugar. (1) Las ofertas hechas

1 Bourges, 6 de Diciembre de 1842 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,119, I).

en otra parte que no sea el lugar en donde el pago debe hacerse, serían nulas. (1)

171. Puede suceder que el acreedor no se encuentre en el lugar indicado para el pago, ni un mdatario encargado de recibir en su nombre. ¿Cómo y á quién se harán, en este caso, las ofertas? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. Unos dicen que el convenio debe presentarse en el lugar indicado, y si allí no encuentra á persona que tenga la calidad para recibir el pago, hará constar el hecho en su acta; esta constancia equivale á una denegación teniendo el acreedor la culpa de no tener mandatario en donde el pago debe hacerse, y no pudiendo el deudor sufrir por negligencia del acreedor. (2) Esto es lógico, pero ¿es legal? La ley no dice que el acta levantada por el comisario equivalga á denegación del acreedor; ahora bien, esta denegación es una verdadera ficción, porque el acreedor puede hasta ignorar las ofertas que se han hecho, y no se dirá que él rehusa lo que ignora. Luego es una derogación ficticia; ahora bien, para esto, se necesitaría una ley. Hay otra opinión que aplica por analogía el art. 68 del Código de Procedimientos. Según los términos de este artículo, se harán toda clase de exploraciones á domicilio; ahora bien, el acto por el cual el comisario notifica ofertas reales es una exploración. La ley prevee el caso en que el comisario no halle á la parte en el domicilio, pues entonces la notificación se hace á un pariente ó á un criado; á falta de éstos, á un vecino, ó al burgo-maestre ó á su edil. Es verdad que las ofertas reales son más que una simple ejecución, son un pago; pero haciéndose este pago por medio de un oficial ministerial, se le

1 Nancy, 14 de Noviembre de 1828 (Daloz, núm. 2.119, III).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 401, núm. 203 bis III.

puede asimilar á una ejecución y aplicar por analogía el art. 68. (1) Esta es la jurisprudencia. (2)

172. "Si no hay convenio especial sobre el lugar del pago, es preciso que las ofertas reales se hagan ó á la persona del acreedor ó á su domicilio" (art. 1,258 núm. 6). Aquí la ley deroga el principio que rige las ofertas, que deben hacerse en el lugar en donde se hace el pago; ahora bien, según el art. 1,247, si el lugar en donde debe hacerse el pago de una suma de dinero no está indicado por el convenio, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor. Así es que la deuda es requerible y no portátil; el deudor tiene derecho de pagar en su domicilio, y al acreedor toca ir á la casa del deudor para recibir lo que se le debe. Lógicamente debiera ser lo mismo con las ofertas; la ley habría debido permitir al deudor que intimase al acreedor que fuese á recibir á su casa la suma que tiene á su disposición. (3) El legislador deroga aquí la regla que sigue por lo común, pronunciándose por el deudor: quiere que las ofertas se hagan al acreedor. Hay una razón para esta derogación. La ley no se conforma con ofertas verbales, quiere que el deudor ofrezca la cosa misma que debe, é intimar al acreedor á que vaya á percibir á la casa del deudor lo que se le debe, es hacer una oferta verbal por acto de comisario; porque no se sabe si el deudor tiene realmente lo cosa que declara tener á la disposición del acreedor, por lo que la deuda no es real; para que tenga este carácter, es preciso que la cosa sea presentada al acreedor, de modo que pueda posesionarse de ella. Se dirá que la obligación de trasladar el numerario á la casa del acreedor puede ocasionar gastos que el deudor no debe reportar, supuesto que tenía el derecho de pagar á su domicilio. Esto

1 Durantón, t. XII, pág. 342, núm. 217. Aubry y Rau, t. IV, página 194, nota 6, pfo. 322.

2 Poitiers, 14 de Julio de 1819 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,114).

3 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 125, núm. 138.

es cierto; así es que podría hacerse reembolsar los gastos del transporte; sería injusto que el deudor sufriera un perjuicio cualquiera por la necesidad en que se encuentra por la denegación del acreedor de pagar en el domicilio de éste, siendo que tiene el derecho de pagar en su casa. (1)

173. ¿Puede el deudor hacer ofertas reales en domicilio escogido? Hay que hacer distinciones. El art. 1,258, 6.º permite al deudor hacer ofertas reales en el domicilio escogido para la ejecución del convenio. Esto no es más que la aplicación del art. 111, por cuyos términos las notificaciones, demandas y diligencias pueden tener lugar en el domicilio escogido para la ejecución del acto.

Hay casos en que el domicilio elegido es legal, en el sentido de que las partes deben elegir un domicilio para la validez de un acto jurídico. ¿Debe aplicarse al domicilio impuesto por la ley lo que el art. 1,258 dice del domicilio elegido por las partes? En principio, nó. Hay una razón de texto que es decisiva; el art. 1,258 arregla todo lo concerniente á las ofertas reales; todas las condiciones que prescribe deben cumplirse so pena de nulidad; ahora bien, las nulidades son de derecho estricto, así como las condiciones exigidas para la validez de un acto; nada se puede agregar ni suprimir. ¿Y qué dice el texto? Las ofertas reales deben hacerse en el domicilio real ó en el domicilio elegido del art. 111; luego no pueden hacerse en otro domicilio. El art. 584 del Código de Procedimientos confirma esta interpretación restrictiva; dice que el mandamiento que precede al embargo mobiliario debe contener la elección de domicilio, y la ley agrega que el deudor podrá hacer en ese domicilio elegido todas las notificaciones y "aun ofertas reales." Esta es una excepción, según los términos mismos de la ley, y la excepción confirma la regla. Esta doctrina, consagrada por la jurisprudencia, se

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 400, núm. 203 bis II.

funda también en la razón. El domicilio elegido en virtud de la ley es un acto unilateral; luego no puede tener efecto respecto de la otra parte, y, por lo tanto, es extraña á la ejecución del convenio; impuesto con un objeto especial, no tiene más efecto que el que la ley le atribuye.

Se ha fallado, en consecuencia, que el deudor no puede hacer oferta real en el domicilio elegido en una inscripción hipotecaria. Este domicilio solo concierne á la inscripción; es decir, á la conservación del privilegio y de la hipoteca; es extraño al pago, y, por consiguiente, á las ofertas reales; no habiendo concurrido el acreedor á esta elección de domicilio, sería contrario á todo principio que el deudor hiciera ofertas reales en un domicilio en donde el acreedor no ha consentido en recibir su pago. (1)

Por la misma razón las ofertas reales no pueden hacerse en el domicilio elegido en el mandamiento que precede al embargo inmobiliario. ¿Por qué la ley no autoriza al deudor á que pague en este domicilio, siendo que le permite que haga las ofertas reales en el domicilio elegido en el mandamiento que precede al embargo mobiliario? La excepción del art. 584 del Código de Procedimientos se explica por la rapidez de las formas del embargo ejecutivo; si el deudor estuviera obligado á hacer sus ofertas en el domicilio real, con frecuencia le sería imposible hacerlas á tiempo para suspender el embargo de su mobiliario; así, pues, la ley ha tenido que permitirle que haga esas ofertas en el domicilio elegido en el mandamiento. El interés del deudor es superior aquí al rigor de los principios.

174. ¿Las ofertas reales pueden hacerse en la audiencia? Hay sentencias que parecen decidir la afirmativa, pero debe verse cuál es el sentido de estas decisiones. Es cierto que las formas prescriptas para la validez de las ofertas,

1 Grenoble, 20 de Agosto de 1853 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,123). Aubry y Rau, t. IV, pág. 194, nota 7, pfo. 322.

no pueden cumplirse por equipolencia; ahora bien, la ley quiere que las ofertas se hagan á la persona del acreedor ó en su domicilio. Luego no pueden hacerse en la audiencia en ausencia del acreedor. Aun cuando el acreedor estuviese presente no podría hacérsele la oferta, porque las ofertas, como vamos á decirlo, deben hacerse por un oficial ministerial, y los comisarios no tienen el derecho de instrumentar en la audiencia. ¿En qué sentido, pues, la jurisprudencia admite que las ofertas pueden hacerse en la barra?

El deudor demandado por pago de una letra de cambio con réditos y costas, declara que se somete á pagar el monto de la letra de cambio y los réditos vencidos, pero sostiene que el contrato se subscribió con la mención "sin gastos," la cual pudo ser borrada por el acreedor. El hace ofertas reales en ese sentido y las reitera en la audiencia, sin haber consignado un hecho juzgar la validez de las ofertas. El primer juez declaró las ofertas buenas y válidas, y ordenó al acreedor que recibiera su importe. Recurso de casación por violación del art. 1,257, que no liga la liberación sino á las ofertas reales seguidas de consignación. La Corte rechazó el recurso porque el fallo atacado no había hecho más que determinar el monto del crédito en el momento en que las ofertas se habían hecho y ordenar al acreedor que recibiera el valor así fijado. (1) Así, la Corte de Casación no dice que pueden hacerse ofertas reales en la audiencia; esas pretendidas ofertas son en realidad una confesión del monto de la deuda, con el compromiso del deudor de pagarla. Son, pues, ofertas verbales de que toma nota el Tribunal si las encuentra suficientes; no hacen veces de pago, puesto que el Tribunal ordena al acreedor que reciba su monto.

1 Denegada. 27 de Junio de 1849 (Daloz, 1849, 1, 466). Compárese Denegada apelación, 2 de Julio de 1835 (Daloz, *Obligaciones*, número 2,130) y 4 de Marzo de 1824 (Daloz, núm. 2,060).

*VII. Formas.*

175. "Para que las ofertas reales sean válidas, se necesita, 7.º que las haga un oficial ministerial que tenga carácter para esa clase de actos." ¿Por qué la ley prescribe la intervención de un oficial público para la validez de las ofertas? Las ofertas reales hacen veces de pago, y el pago se hace sin solemnidad alguna; se hace constar por un documento privado que sirve de prueba, y no se recurre al notario sino cuando se quiere tener una carta de pago auténtica. Así, pues, la ley deroga el derecho común exigiendo que las ofertas las haga un oficial ministerial. La razón es que hay una diferencia entre el pago y las ofertas reales. Cuando el acreedor recibe lo que se le ofrece, es inútil, en general, recurrir á un notario: una carta de pago privada es suficiente. Pero cuando hay lugar á ofertas reales, el acreedor rehusa recibir; luego no puede tratarse de carta de pago, y el acreedor hasta rehusará comprobar que se le han hecho ofertas. ¿De qué manera, en este caso, el deudor aprobaría el hecho de las ofertas si se hicieren sin la intervención de un oficial público? ¿Por la prueba testimonial? Sería inadmisibile, puesto que se trata de probar un hecho jurídico, una oferta de pago, y que dependía del deudor procurarse un prueba auténtica de este hecho. Luego era necesario prescribir que las ofertas se hiciesen por medio de un oficio público. (1)

176. ¿Cuáles son los "oficiales ministeriales" que tienen carácter para esa clase de actos? Por oficiales ministeriales se entienden oficiales públicos, cuyo ministerio se requiere para el ejercicio de la justicia, y que por esta razón no pueden rehusarlo: tales son los abogados, los escribanos y los comisarios (Cód. de Proc., arts. 1,030 y 1,031). Los abogados no hacen intimaciones y permanecen extra-

1 Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 401, núm. 203 bis.

ños á toda notificación; redactan las actas que han de notificarse. En cuanto á los escribanos, su ministerio se limita á relatar lo que pasa en la audiencia, y, acabamos de decir que en la audiencia no se hacen ofertas reales propiamente dichas. Quedan los comisarios: su función consiste en hacer intimaciones y notificaciones; luego tienen derecho á hacer ofertas reales.

¿Tienen ellos competencia exclusiva ó los notarios pueden concurrentemente con los comisarios, hacer ofertas reales? La cuestión es controvertida y tiene alguna duda. Un punto sí es cierto; si el acta de ofertas contiene un emplazamiento para que comparezca ante el juez, para que declare su validez, en cualquier otro lugar, el cuerpo cierto objeto de la obligación (art. 1,264) un comisario solo será competente, porque los notarios no tienen calidad para hacer una cita ante un tribunal.

Así, pues, la cuestión no se presenta sino en el caso en que el deudor hace simples ofertas sin citación judicial. Hay un motivo para dudar, y es que los notarios no están calificados de oficiales ministeriales. A esto se contesta que la ley no define lo que debe entenderse por oficiales ministeriales; luego hay que ver si el carácter de notario se opone á que haya ofertas. Las ofertas hacen veces de pago; ahora bien, el pago pueden, ciertamente, hacerlo constar los notarios, y lo hacen todos los días; luego se están en el círculo de sus atribuciones al hacer ofertas al acreedor y al levantar acta de este hecho. Se necesitaría un texto que se los prohibiese; ahora bien, el art. 1,258 no es exclusivo; lejos de eso, habla de los oficiales ministeriales en términos generales, lo que prueba que hay aún otros oficiales públicos que no sean los comisarios que tienen calidad para hacer las ofertas; ahora bien, fuera de los comisarios, solo los notarios son los que, por la naturaleza de sus funciones, pueden imprimir la autenticidad á los actos que

las partes deben hacer en la forma auténtica; luego están implícitamente comprendidos en el texto. Por último, se puede invocar por analogía la disposición del Código de Comercio (art. 173) que permite á los notarios hacer protestas. (1)

177. El Código Civil no dice que el oficial ministerial que hace las ofertas debe levantar acta. Esto se subentende, puesto que para dar la autenticidad á las ofertas es para lo que la ley hace que intervenga un oficial público. Por esto es que el art. 812 del Código de Procedimientos se limita á decir lo que debe constar en el acta: "Toda acta de ofertas designará el objeto ofrecido, de modo que no se pueda substituir con otro; y si es dinero contendrá su enumeración y calidad." Ese punto es esencial para saber si las ofertas del deudor están en consonancia con las exigencias de la ley tal como acabamos de exponerlas. (números 147 y siguientes.

178. El art. 813 del Código de Procedimientos añade: "El acta hará mención de la respuesta, de la denegación ó de la aceptación del acreedor, y si ha firmado, rechazado ó declarado que no sabe firmar." ¿Hay que inferir de esto que las ofertas deban hacerse necesariamente á la persona del acreedor? Nó, porque esto sería dar al acreedor un medio de imposibilitar las ofertas; ahora bien, las ofertas de pago son un derecho para el deudor y tienen precisamente por objeto, quebrantar la resistencia del acreedor; luego sería absurdo permitir al acreedor que estorbara las ofertas. Por esto es que el Código Civil autoriza al deudor para que haga las ofertas en el domicilio del acreedor y aun en el domicilio escogido. Si el oficial ministerial no encuentra en el domicilio del acreedor á ninguno que tenga por

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 178, núms. 199-201. Colmet de Santerre, t. V, pág. 401, núm. 208 bis IV. Aubry y Rau, t. IV, pág. 193, nota 4, pfo. 332.

der para recibir por él, hará constar el hecho, lo que equivaldría á una negativa; esto es lo que el oficial público tiene por costumbre declarar en el acta. (1) Se ha pretendido que el deudor debía comenzar por intimar al acreedor que esté presente á las ofertas, indicando el día y la hora en que hayan de hacerse. La ley habría debido prescribir ésta prévia intimación, pero no lo ha hecho y no corresponde al intérprete crear condiciones y causas de nulidad. Hay una sentencia en este sentido y la cuestión no es dudosa. (2)

*Núm. 2. De la consignación.*

*1. Cuándo hay consignación.*

179. La consigna debe ir precedida de ofertas reales, porque de lo contrario, es inoperante y frustratoria. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 1,258 empieza por decir que, cuando el acreedor se niega á recibir su pago, el deudor puede hacerle ofertas reales; después añade que, si el acreedor se niega á aceptarlas, puede él consignar la suma ó la cosa ofrecida. Así, pues, la consignación no puede hacerse sino cuando el acreedor se niega á aceptar las ofertas. Solamente cuando se han hecho las ofertas puede la consignación exonerar al deudor, y precisamente porque la consignación libera al deudor apesar del acreedor, es por lo que deben hacerse ofertas prévias á dicho acreedor, á fin de que pueda prevenir la consignación aceptando las ofertas. Esto también es muy lógico. El deudor quiere librarse; luego precisa que empiece por ofrecer el pago de lo que debe. (3) Al acreedor es entonces á quien toca ver si debe aceptarlas ó rehusarlas.

1 Colmet de Santerre, t. V, p. 402, núm. 203 bis. Poitiers, 4 de Julio de 1819 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,114).

2 Caen, 6 de Mayo de 1848 (Daloz 1849, 2 132).

3 Denegada apelación, 26 de Marzo de 1818 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,194).

180. Cuando el acreedor acepta las ofertas, y uno puede tratarse de consignar la suma ofrecida, el oficial ministerial la entrega al acreedor que le extiende una carta de pago. ¿Qué, en este caso, reportará los gastos de las ofertas reales? Será el acreedor, porque regularmente las ofertas reales no pueden hacerse sino cuando el acreedor se ha negado á recibir su pago (núm. 143). Esta denegación es lo que ha producido las ofertas reales; si el acreedor las acepta, prueba con esto que ha hecho mal en desairar lo que el deudor le ofrecía amistosamente; comete una falta, y, por lo mismo, debe reportar los gastos que ha ocasionado su denegación injusta.

Si el acreedor rehusa las ofertas reales, ó si por su ausencia hay que presumir que las rehusa (núm. 178), el deudor puede consignar la suma ofrecida. El no debe antes de consignar, hacer que se juzgue la validez de las ofertas (art. 1,459); la ley le permite que se libere sin la intervención de la justicia (núm. 145). En el antiguo derecho, la consignación debe ir autorizada por el juez; los autores del Código han abolido este procedimiento por inútil. “El deudor, dice el orador del Gobierno, no debe sufrir por las demoras que aquella importase, y sufrirá supuesto que la necesidad de recurrir al juez ocasionaría la consignación, y que solo por ésta se ve exonerado. (1) Desde el momento en que se rehusan las ofertas reales, el deudor puede consignar, observando las formas prescriptas por la ley. Se ha pretendido que debía hacer la consignación dentro de las veinticuatro horas: esta pretensión fué rechazada por la Corte de Casación, porque no tiene base alguna en el texto, y los jueces no pueden pronunciar una nulidad que la ley no pronuncia. (2) La ley no determina plazo entre

1. Exposición de motivos, núm. 136 (Loaré, t. VI, pág. 172). Aubry y Rau, t. IV, pág. 195, nota 15, pfo. 322.

2. Denegada apelación, Sala de lo Civil, 5 de Diciembre de 1828 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,197).

las ofertas y la consignación, sino que se atiende al interés del deudor, que es el de consignar lo más pronto posible para conseguir su liberación. Pero la consignación nunca es tardía, en el sentido de que puede hacerse á toda hora, con tal que las ofertas la hayan precedido. La ley, á la vez que favorece al deudor, no pierde de vista el interés del acreedor. Este queda avisado por las ofertas reales que tendrá lugar la consignación, y la ley quiere, además, como vamos á verlo, que el deudor le avise que tendrá lugar la consignación. Luego él puede todavía impedir la consignación aceptando las ofertas. Pero no es exacto decir, como lo hace el orador del Gobierno, que el acreedor puede prevenir la consignación pidiendo la nulidad de las ofertas reales, y que solamente entonces es necesario el juez para autorizar la consignación si está decidido que las ofertas sean válidas. (1) No tiene duda que el acreedor puede pedir la nulidad de la ofertas, pero esto no impide que el deudor consigne, y nunca se necesita de una autorización judicial para liberarse. Déjase entender que si se anulan las ofertas, la consignación que el deudor ha hecho será inoperante, y que los gastos serán á su cargo.

181. ¿Qué es la consignación? La palabra viene del latín *consignare*; antiguamente las sumas que se consignaban se guardaban en sacos sellados, sin contarse. (2) Se substituyó este procedimiento por el depósito que se hace en manos de un funcionario público. En Francia, una ley de 28 de Abril de 1816, decretó la creación de una caja especial de depósitos y consignaciones; tres ordenanzas de 3 de Julio de 1816 reglamentaron la organización y las atenciones de la caja. Remitimos á los autores franceses lo con-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 136 (Loché, t. VI, pág. 172) Compárese Larombière, t. III, pág. 463, núms. 4 y 5 del art. 1,259 (Ed. B., t. II, pág. 295). Aubry y Rau, t. V. pág. 195, nota 15, pfo. 322.

2 Loyseau, *Tratado de los oficios*, lib. II, cap. VI, núm. 23.

cerniente á las modificaciones que se han hecho á los reglamentos de 1816. En Bélgica, el conservador de las hipotecas es el encargado de recibir los depósitos y consignaciones (acuerdos de 17 de Enero de 1831, art. 6).

182. No depende del deudor hacer la consignación en donde quiere; la consignación, que se sigue á las ofertas, hace veces de fallo; cuando un fallo ha declarado las ofertas y la consignación buenas y válidas ó cuando el acreedor, arrepintiéndose de su negativa, consiente en recibir la suma consignada, el funcionario encargado del depósito hace la consignación en el lugar en donde se hizo; es, pues, preciso que la consignación se haga en el lugar en donde debe hacerse el pago, porque si nó el acreedor quedaría lesionado. Si la ley no lo dice, es porque esto resulta implícitamente de la disposición que quiere que las ofertas se hagan en el lugar en donde debe hacerse el pago; y naturalmente la consignación debe hacerse ante el conservador de hipotecas de la demarcación. La jurisprudencia se halla en este sentido. (1)

183. Tiene algunas excepciones el principio de que la consignación debe estar precedida de ofertas reales. Hay casos en que la consignación puede hacerse sin que haya habido ofertas. Esto es lo que pasa primero cuando los compromisos son pagaderos al portador, ó negociables por vía de endoso; una ley de 6 termidor año III dispone que si no se presenta el portador dentro de los tres días del vencimiento, el deudor queda autorizado á depositar la suma en manos del receptor del registro en cuya demarcación es pagadero el efecto. La razón de esta derogación del derecho común es que el propietario del efecto negociable es desconocido, por lo que no es posible hacerle ofertas reales. Sin embargo, el deudor tiene derecho á li-

1 Caen, 6 de Febrero de 1826 (Daloz, *Competencia civil*, núm. 253),

berarse y el acreedor no puede estorbar este derecho no presentándose. (1)

El deudor está también autorizado á consignar sin hacer ofertas, cuando no puede válidamente pagar en manos de su acreedor. Tal es el caso en que los caudales provenientes de un embargo deben distribuirse entre los acreedores del embargado. Si ellos no se ponen de acuerdo, el oficial que hizo la venta está obligado á consignar su monto en el plazo de ocho días, á cargo de todas las operaciones: tales son los términos del art. 657 del Código de Procedimientos. El deudor de los caudales no debe hacer ofertas reales, porque serían inútiles y frustratorias, porque ni el propietario embargado ni sus acreedores podrían recibir lo que se les hubiese ofrecido. (2)

Admítase también que en caso de embargo ejecutivo el tercero embargado puede consignar.

El tiene el derecho de pagar á su acreedor, pero á su cuenta y riesgo, aun cuando el monto de la deuda exceda de la cifra del crédito del embargante, porque pueden acaecer nuevos embargos, de suerte que se expone á pagar dos veces. Sin embargo, tiene derecho á liberarse, y el embargo no puede quitarle ese derecho. ¿Es preciso que haya ofertas reales? Enséñase que él puede ofrecer los fondos al acreedor y á falta de que este relate el levantamiento de la oposición, depositar el dinero en la caja de consignación declarando los embargos ejecutivos que reporte el rédito. Este procedimiento ampara todos los derechos, pero ¿es legal? Esto se controvierte. Hay autores que van más lejos; según ellos el tercero embargado puede consignar sin ofertas reales previas. La Corte de Orléans falló en ese sentido. (3)

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 184, núm. 208.

2 Larombière, t. III, pág. 472, núm. 16 del art. 1,259 (Ed. B, t. II. pág. 298).

3 Orléans, 17 de Enero de 1854 (Daloz, 1,856, 2, 234). Larombière.

No entramos en este debate, porque es extraño á nuestro trabajo.

## II. Formas.

184. La ley prescribe formas para la validez de la consignación. Es preciso, 1. ° que haya estado precedida de una intimación notificada al acreedor y que contenga la indicación del día, de la hora y del lugar en donde la cosa ofrecida se depositará. La ley quiere dejar al acreedor el medio de que se arrepienta de su negativa, aceptando las ofertas; luego puede prevenir la consignación que le es desventajosa si las ofertas son válidas, puesto que está privado del goce de la suma consignada, por la cual recibe un mínimo interés.

El art. 1,257 quiere, en segundo lugar, “que el deudor se despoje de la cosa ofrecida, entregándola al depósito indicado por la ley para recibir las consignaciones, con los réditos hasta el día del depósito.” ¿Precisa que el deudor consigne los dineros mismos que él ha ofrecido? El texto no lo exige formalmente y ninguna razón habría para exigirlo. No se trata de la deuda de un cuerpo cierto, las deudas de dinero son deudas de cosas fungibles; luego basta que el deudor consigne la suma ofrecida en especies metálicas, conforme á los principios que rigen el pago y las ofertas (núm. 167). (1)

Déjase entender que el depósito no puede hacerse sino en la casa del conservador de hipotecas y que ninguna delegación puede reemplazar el depósito. El texto de la ley es formal, y apenas se concibe que estas cuestiones se hayan llevado ante los tribunales. Y es porque existían an-

re, t. III, pág. 472, art. 1259, núm. 16 (Ed. B., t. II, pág. 298) Aubry y Rau, t. IV, pág. 193, nota 3, pfo. 322.

1 Larombière, t. III, p. 469, núm. 10 del art. 1259 (Ed. B., t. II, p. 297).

tiguos usos que la practica ha tratado de perpetuar: naturalmente los tribunales los desechan supuesto que el antiguo derecho está abolido. (1)

Se necesita 3.º que haya una acta levantada por el oficial ministerial, de la naturaleza de las especies recibidas, de la denegación que hizo el acreedor para recibir las ó de la no comparecencia, y, por último, del depósito." El art. 1,259 dice: "el oficial ministerial." Por esto la ley no da á entender que sea el mismo oficial que hizo las ofertas; ninguna razón habría para semejante exigencia; verdad es que las ofertas y la consignación son necesarias para que el deudor quede liberado; luego hace veces de un solo hecho jurídico la carta-pago; no obstante, de hecho y de derecho, son actos distintos ó son válidos si fueron recibidos por un oficial público competente. (2) Es preciso que este sea un oficial ministerial que tenga calidad para hacer las ofertas y la combinación del art. 1,259, 3.º y el artículo 1,258, 7.º lo prueba. El funcionario encargado de recibir los depósitos es incompetente; luego si él hubiera redactado el acta de consignación, las ofertas serían nulas, y, en consecuencia, el deudor no quedaría exonerado. (3) La ley indica lo que debe contener el acta de depósito. Habla de la "no comparecencia" del acreedor; á diferencia de lo que se hace en las ofertas, el acreedor es intimado á que comparezca; si no compareciese, el oficial ministerial lo hace constar en la acta, y la no comparecencia equivaldrá á una denegación de recibir lo que le ofrece el deudor. (4)

1 Riom, 16 de Noviembre de 1808 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,206, 3º). Lyon, 11 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1854, 5. 526).

2 Larombière, t. III, pág. 471, núm. 13 del art. 1,259 (Ed. B. tomo II, pág. 298). Aubry y Rau, t. IV, pág. 196, nota 18, pfo. 322.

3 Nimes, 22 de Agosto de 1809 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 1,204, 1º)

4 Janbert, Dictámen núm. 25 (Loché, t. VI, pág. 211). Marcadé, t. IV, pág. 582, núm. II del art. 1259. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 403, núm. 204 bis II.

La ley quiere 4.º “que en caso de no comparecencia del acreedor, se le notifique el acta del depósito con intimación de conservar la cosa depositada.” Se prescribe esta notificación á fin de avisar al acreedor que el deudor queda liberado y que el crédito se extingue. Tócale entonces á él promover la nulidad de las ofertas, á menos que se arrepienta de su denegación. Se ha fallado apesar del texto formal de la ley, que las ofertas reales son válidas, aun cuando no haya habido intimación de sacar la cosa depositada, si es que ha habido intimación regular de asistir á la consignación. (1) Preferimos la decisión contraria de la Corte de Rennes. (2) La intimación de asistir al depósito no hace saber al acreedor que el depósito se ha hecho, puesto que el deudor puede no obedecer la intimación. Ahora bien, todas las formas de la consignación están prescriptas por interés del acreedor y no hay acto que esté más interesado en conocer como la consignación que exonera al deudor. Esto es decisivo. La Corte de Rennes hasta ha fallado que el deudor no queda liberado sino desde la notificación de la acta. ¿No es esto excederse de la ley? Según el artículo 1,257, las ofertas reales seguidas de consignación liberan al deudor, y es aumentar el texto de la ley decir que no queda liberado sino desde la notificación de la acta de depósito, y repetimos que el juez no puede crear la nulidad.

*Núm. 3. De la nulidad de las ofertas.*

185. Hemos dicho que las condiciones y las formas prescriptas para las ofertas, deben observarse bajo pena de nulidad; el art. 1,258 es formal. En cuanto á la consignación, el art. 1,259 empieza por decir que no es necesario

1 Burdeos, 27 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 219).

2 Rennes, 3 de Julio de 1821 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,215).

“para la validez de la consignación,” que haya sido autorizada por el juez; en seguida agrega: “Basta que.” Siguen las condiciones que acabamos de exponer. Esto quiere decir, ciertamente, que se exigen estas condiciones para la validez de la consignación. De esto debe inferirse que si falta una de esas condiciones, la consignación es nula y que, por consiguiente, el deudor no es liberado. Cuando se dice que un acto es nulo, esto quiere decir que la parte interesada puede pedir su nulidad. Así, pues, el acreedor puede promover la nulidad de las ofertas, del mismo modo que el deudor puede pedir que se declaren válidas. Así se falló en sentencia de la Corte de Casación. (1) La cuestión no ofrece duda alguna. Debe agregarse que el acreedor está más interesado en promover que el deudor. Las ofertas se han organizado de modo que el deudor puede liberarse sin intervención judicial; cuando ha llevado las formalidades legales, queda liberado, no necesita promover, puede esperar que el acreedor promueva contra él y entonces él le opondrá la excepción de liberación. El acreedor, al contrario, si persiste en rehusar las ofertas, debe promover para resguardar sus intereses, porque su crédito está extinguido, á menos que obtenga la anulación de las ofertas y de la consignación.

186. Los tribunales ponen extremo rigor en la aplicación de estos principios. Por esto hemos entrado en tan minuciosos pormenores sobre esta materia. No hay que distinguir entre las formalidades, según que son más ó menos esenciales; el legislador ha decidido, las ha prescripto todas indistintamente bajo pena de nulidad; esto es decisivo. Al juez solo le resta aplicar la ley. En teoría, hay, sin duda, formas que interesan más ó menos al acreedor;

1 Casación, 18 de Agosto de 1813 (Daloz, *Obligaciones*, número 1,063, 2°).

una de las más importantes es la intimación que le da á conocer el día del depósito; cuando no es citada la consignación debe anularse. (1) En cambio, la naturaleza de las especies ofrecidas que debe mencionarse en las actas de ofertas y de consignación, tiene menos importancia; lo que no impide que los tribunales deban pronunciar la nulidad si esa formalidad no se ha observado. (2)

La pasión impulsa á menudo al acreedor á un rigor que la moral condena, pero que la justicia debe sancionar cuando es legal. Un acreedor manda proceder contra su deudor, todo á la vez, á un embargo inmobiliario y á un embargo ejecutivo. Para ejecutar el embargo mobiliario, el ministro ejecutor se vió obligado á mandar derribar la puerta del domicilio del deudor y establecer allí un guarda, y sobre la puerta puso un candado, cuya llave la guarda. El embargo era regular, menos la fijación del candado que no permitía que el deudor habitara su casa; por este capítulo, el tribunal condenó al acreedor á los gastos. Al mismo tiempo se proseguía el embargo inmobiliario, cuando el deudor intimó al acreedor que se hallase en el estudio del notario en donde debía hacerse el pago. Las partes concurrieron, pero como el deudor todavía no había recibido los fondos, el acreedor se retiró inmediatamente. Pocos instantes después llegaron los fondos; el deudor hizo constar por el notario que hacía ofertas reales por el monto de su crédito en capital y accesorios. Pidió el mismo día que se declararan válidas las ofertas; ellas fueron anuladas en primera instancia y en apelación; entre otros motivos de nulidad, hízose valer que la exhibición del dinero no había tenido lugar sino después de la partida del acreedor y después de la hora fijada por la intimación. Recurso de casación. Era claro que el acreedor había usado de

1 Colmar, 9 de Mayo de 1807 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2, 201).

2 Besançon, 5 de Mayo de 1813 (Daloz, núm. 2, 134, 2°).

apasionada precipitación al retirarse; la Corte de Casación se vió, no obstante, obligada á mantener la nulidad, porque no tenía que juzgar los sentimientos ni aun siquiera darles oído. (1)

La ley es tan rigurosa que los tribunales deben cuidarse de aumentar su rigor. Cuando las ofertas son insuficientes ¿puede el deudor hacer ofertas suplementarias? Se ha fallado que las ofertas deben anularse, porque son nulas en su principio. (2) Sin duda que, siendo insuficientes las primeras ofertas, el acreedor tiene el derecho de rehusarlas, y podía pedir su anulación. Pero si no lo hizo, y si el deudor hace nuevas ofertas que completan las primeras, él ofrece en definitiva todo lo que debe; sus ofertas son, pues, válidas desde el momento en que ha ofrecido el suplemento de lo que debía salvo el soportar los gastos de las primeras ofertas.

Se ha fallado también que la consignación es nula por el hecho solo de ser inferior á las ofertas. (3) Los considerandos de las sentencia son demasiado absolutos y sobrepasan el pensamiento de la Corte. En el caso de que se trataba, el deudor había ofrecido la totalidad de la deuda, por más que una parte no fuese exigible; al hacer la consignación no consignó más que la parte exigible de la deuda; esto era irregular, dice la Corte, porque el deudor había renunciado al beneficio del plazo. A decir verdad, esta era una oferta de renuncia; pero esta oferta habiendo sido rehusada, el deudor podía retractarla y limitarse á consignar lo que él debía, y él no debía lo que no estaba vencido; con mayor razón sería válida la consignación si el deudor hubiere ofrecido más de lo que debe y si al consignar re-

1 Denegada apelación, 7 de Diciembre de 1840 (Dalloz, número 2,203, 2°).

2 Metz, 12 de Agosto de 1815 (Dalloz, núm. 2,202, 4°).

3 Rennes, 28 de Abril de 1813, y las observaciones de Dalloz, número 2,208.

para en este error. El debería reportar los gastos de las ofertas excesivas que el acreedor tenía derecho á rehusar; en cambio, el deudor ofreciendo al hacer el depósito lo que debe, el acreedor comete falta si rehusa estas ofertas regulares. Hay, pues, que validar las ofertas y declarar al deudor liberado, salvo el arreglar la cuestión de los gastos sobre la cual volveremos á insistir. Esta es una interpretación indulgente de la ley, pero en este punto, la indulgencia no parece conciliable con la justicia. (1)

187. ¿Son válidas las ofertas condicionales? Se ha fallado que son nulas las ofertas hechas condicionalmente. (2) Esta es también una de esas decisiones mal redactadas que sobrepasan el pensamiento de la Corte que la pronunció. Las ofertas hacen veces de pago; ahora bien, es claro que no puede hacerse un pago condicional, si es que se toma la palabra "condición" en su acepción jurídica; un pago que depende de la llegada de un suceso futuro é incierto, no será un pago. Pero el deudor puede, al pagar, exigir ciertas cosas del acreedor; puede pedir la entrega del título saldado, una carta de pago en forma, la radiación de la inscripción hipotecaria, el levantamiento del embargo practicado por el acreedor. Si agrega estas demandas á sus ofertas en la forma de condiciones, esto no impedirá que sean válidas las ofertas, porque pide lo que tiene derecho á pedir como consecuencia legal del pago y de la extinción de la deuda. Lo mismo sería, dice la Corte de Casación, con toda condición justa y razonable que el deudor agregara á sus ofertas. En el caso de que se trata, el acreedor había hecho un embargo ejecutor; el deudor embargado, al ofrecer lo que debía, había añadido que lo hacía bajo la reserva expresa de proceder á la verificación de

1 Larombière, t. III, pág. 470, núm. 11 del art. 1,251 (Ed. B., tomo II, pág. 237).

2 Douai, 8 de Febrero de 1854 (Daloz, 1855, 2, 2).

los efectos embargados y declarar daños y perjuicios en el caso de que fuera deteriorado; este es el derecho del embargado, y el deudor puede siempre reservar sus derechos. Esto no es una condición; las ofertas son lisas y llanas, salvo que el deudor ejercite sus derechos. (1) Del mismo modo son válidas las ofertas hechas con la reserva de repeticiones que el deudor pretende tener contra el acreedor; el deudor, á la vez que paga, puede formular una demanda reconventional contra el acreedor; es inútil que haga esas ofertas; pero por esto mismo no puede perjudicar al acreedor que, por su parte, conserva el derecho de rehusar las ofertas. La Corte de Lieja así lo falló, y esto es incontestable. (2)

Una cuestión análoga se llevó ante la Corte de Casación. El deudor hace ofertas reales en ejecución de una sentencia que lo condenó á pagar. A ellas agrega la reserva del recurso de Casación contra la sentencia; en consecuencia, exige la entrega inmediata de las piezas que comprueban las diligencias y el consentimiento del acreedor á la radiación de la inscripción. Se ha pretendido que estas demandas eran incompatibles con las ofertas; al proveerse á Casación, el deudor pedía la nulidad del pago que hacía en la forma de ofertas; ¿se puede pagar á la vez que pedir la nulidad del pago? La Corte de Casación y de Nancy contestan á la objeción, y la respuesta es perentoria; el pago y las reservas hechas por el deudor eran una consecuencia del principio de que el recurso de casación no es suspensivo en materia civil. Apesar del recurso, el acreedor puede forzar al deudor, por todas las vías de derecho, al pago de lo que le es debido; del mismo modo el deudor, para prevenir persecuciones inminentes, tiene el dere-

1 Casación, 31 de Enero de 1820 (*Dalloz, Embargo ejecutivo*, número 223).

2 Lieja, 16 de Enero de 1858 *Pasicriesus*, 1859, 2, 69).

cho de ofrecer el monto de su deuda, á la vez que declare que procede como obligado y forzado y bajo la reserva de pedir casación. Y desde el momento en que paga, tiene derecho á exigir la entrega de la pieza y el levantamiento de la hipoteca. (1)

El acreedor tiene también sus derechos, si el deudor, al pagar, puede reclamar sus derechos y hacer reservas; en consecuencia, no puede agregar como condenación cláusulas ó reservas que atacaran los derechos del acreedor. Tales eran las ofertas hechas en el caso fallado por la Corte de Douai, cuya decisión hemos citado (núm. 187). El locatario había dejado la casa y ofrecido al arrendador todas las rentas hasta el fin del contrato: la oferta iba acompañada de la reserva de pedir la restitución de una parte provisional de los alquileres pagados por anticipo para el caso en que la casa se volviera á alquilar en cierta época. Lo mismo sucedería con cualquiera otra reserva que el acreedor no pudiese aceptar sin comprometer sus derechos. (2)

188. Si existen los acreedores apasionados, también existen los deudores de mala fe. Puede suceder que las ofertas sean regulares en la forma, pero en el fondo vejatorias, y que el deudor quería eludir la ley fingiendo que la observa. Un agente de negocios encarga á un abogado que defienda un negocio de cuenta. El abogado cita al agente ante el juez de paz para el pago de sus honorarios (15 francos). Después del fallo que lo condena, el deudor hace ofertas reales con intimación al acreedor de que concurra á las once y media á la caja de consignaciones. El Tribunal anuló las ofertas, porque el agente tenía el designio de

1 Casación, 11 de Julio de 1849, Nancy, 27 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 27, y 1850, 2, 90). Compárese Larombière, t. III, pág. 455, núm. 11 del art. 1258 (Ed. B, t. II, pág. 291).

2 Denegada, 3 de Febrero de 1825 (Daloz, *Obligaciones*, número 2,062, 1°).

fijar para el depósito un día de audiencia, cuando sabía que el abogado estaba ocupado en el palacio de justicia. Se interpone recurso de casación; las ofertas, se dice, eran regulares; el Tribunal debía validarlas aun cuando el deudor hubiese procedido con el objeto de vejar á su adversario. Ese no fué el parecer de la Corte: asienta como principio que las formalidades prescriptas por la ley deben ejecutarse de buena fe. El fraude y el dolo son una excepción en todas las leyes, y la justicia no podría apoyar un acto que tiene por objeto defraudar la ley. (1) La Corte de Casación decidió también que los jueces del hecho pueden anular ofertas por no ser serias, aun cuando fuesen regulares. (2) No debe permitirse á los hombres que juzguen con las leyes, y obrar de ese modo, es también violarlas.

### § III. — DE LAS DEUDAS DE CUERPOS CIERTOS.

189. El art. 1,264 prescribe formalidades especiales para las ofertas reales cuando la cosa debida es un cuerpo cierto. Se supone que la cosa debe entregarse en el lugar en donde ella se encuentra. Si se siguiera la regla general, el deudor debería transportar la cosa al domicilio del acreedor, pero como el acreedor no ha estipulado que el pago se haga en su domicilio, es probable que tenga interés en que la cosa se pague en donde se encuentra; debería, pues, hacerla trasladar de nuevo á ese lugar. Estas idas y venidas serían frustratorias y exorbitantes como lo han dicho. Así, pues, la ley dispensa al deudor que haga la oferta de la cosa; reemplaza la oferta real por una intimación que el deudor debe hacer al acreedor de llevarse la cosa. Este auto se notifica á la persona del acreedor ó en su domicilio, ó en

1 Denegada apelación 6 de Abril de 1830 (*Dalloz, Obligaciones*, núm. 2,202).

2 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 18 de Mayo de 1829. (*Dalloz*, núm. 2,061)

el domicilio elegido para la ejecución del convenio. El deudor tampoco debe consignar la cosa, puesto que la caja de consignaciones no se ha establecido sino para recibir los depósitos de sumas de dinero. La intimación pone al acreedor en obligación de llevarse la cosa, y si no se la lleva, el deudor puede dejarla en donde está. La ley prevee únicamente el caso en que aquél tuviese necesidad del sitio en donde la cosa está colocada; debe, entonces, dirigirse á la justicia para obtener el permiso de poner la cosa en depósito en cualquiera otro lugar. En este caso, se necesita el permiso judicial, lo que es una derogación de un principio fundamental en materia de ofertas (núm. 145); como no hay lugar oficial de depósito, preciso era que el juez indicase uno, aun cuando no fuese más que para prevenir las contiendas que pudieran suscitarse entre las partes sobre la conveniencia del lugar escogido por el deudor. (1)

190. Hay hipótesis que la ley no prevee. Si la cosa debida es pagadera en distinto lugar que aquel en donde se encuentre, deja de citarse en los términos del art. 1,264; pero es fácil al deudor colocarla allí; no tiene más que transportar el objeto á donde deba hacerse la entrega; la cosa será entonces, como lo supone el art. 1,264, allí en donde debe ser pagada; el deudor podrá, por consiguiente, aprovecharse del beneficio de la ley. (2)

¿Qué debe decidirse si, en virtud del convenio, el pago debe hacerse en el domicilio del acreedor? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. Un primer punto sí es cierto: no se puede aplicar el art. 1,264 en tanto que permite al deudor que reemplace la oferta real por una intimación de quitar la cosa de donde está; esto sería atacar el derecho del acreedor: el pago debiendo hacerse en su domicilio, la oferta que hace veces de pago

1 Moulon, *Repeticiones*, t. II, pág. 729, núm. 1,387.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 409, núm. 208 bis I.

debe hacerse también en su casa. ¿Pero que hará el deudor si el acreedor se niega á recibir la cosa? Debe después de esto consignarla, pidiendo al Tribunal que designe el depósito del depósito? Acerca de este punto hay alguna duda á causa del silencio de la ley, y hay que proceder por analogía; ahora bien, el art. 1,264, que permite al deudor que deje la cosa en donde debe hacerse el pago, es inaplicable, porque la cosa debe entregarse en el domicilio del acreedor y éste la rehusa. Precisa, pues, que se deposite en otra parte, y desde el momento en que debe depositarse en otra parte, hay consignación; y como no hay depósito oficial, el deudor deberá dirigirse al juez para que él indique el lugar en donde debe hacerse el depósito. (1)

#### § IV. —DE LAS DEUDAS DE COSAS INDETERMINADAS.

191. Dícese que la ley no prevee el caso en que la deuda tiene por objeto cosas indeterminadas; por ejemplo, tal ó cual cantidad de trigo ó de vino; y de esto se concluye generalmente que deben aplicarse por analogía las formas prescriptas por el art. 1,264. Creemos que la premisa no es del todo exacta. Los arts. 1,258 y 1,259 están concebidos en términos generales; no están limitados al caso de una deuda de dinero; luego deben aplicarse á todas las deudas, salvo aquellas para las cuales la ley establece una excepción; y no hay más disposición excepcional que la del art. 1,264, y esta es extraña á nuestra hipótesis. El texto mismo del Código Civil y del de Procedimientos prueban que las disposiciones concernientes á las ofertas, son generales y deben recibir su aplicación á las deudas de las cosas fungibles. Es verdad que el art. 1,258 al hablar de las co-

1 Golmet de Santerre, t. V, pág. 409, núm. 208 bis II. Compárese Marcadé, t. IV, pág. 568, núm. II del art. 1,264.

sas debidas, dice que las ofertas deben ser de la totalidad de la suma exigible. Pero el Código de Procedimientos ha explicado la disposición del Código Civil en términos que no dejan duda alguna: "Toda acta de ofertas, dice el artículo 812, designará el objeto ofrecido; y si son especies, contendrá su enumeración y calidad." Luego hay lugar á ofertas cuando la deuda tiene por objeto sea "sumas," sea otros "objetos;" esta expresión no puede referirse más que á las cosas indeterminadas ó fungibles, puesto que las deudas de cuerpo cierto están regidas por la disposición especial del art. 1,264. Esto decide la cuestión; hay que aplicar el art. 1,258, porque contiene la regla, y no se puede aplicar el art. 1,264, porque consagra una excepción.

En la opinión contraria se objeta que las deudas de cosas indeterminadas se convierten en deudas de cuerpo cierto por la oferta que hace el deudor al hacerse la valuación que él dirige al acreedor de llevárselas; no se pueden llevar cosas indeterminadas, luego la deuda es determinada y, por consiguiente, el art. 1,264 es aplicable. La objeción implica un error y nos ha sorprendido verla reproducida por Marcadé, que tanto gusta de marcar los errores de los demás. Sin duda que por el pago la cosa debe ser determinada, pero para que haya pago se necesita el concurso de voluntad del acreedor; mientras que la intimación que el deudor dirige al acreedor implica la denegación previa del acreedor, y la cuestión que estamos discutiendo supone que él persiste en su denegación. Por lo mismo no puede decirse que la cosa debida al acreedor sea un cuerpo cierto; el acreedor la ha repudiado con este título; para él, la deuda sigue siendo lo que era, la deuda de una cosa indeterminada. Luego no se está en el caso del art. 1,264, sino en el caso del art. 1,258.

Se insiste sobre los inconvenientes que presentan las ofertas reales cuando son cantidades considerables que

deben transportarse al domicilio del acreedor. El inconveniente es real, y la ley habría debido tenerla en cuenta, y organizar las ofertas especiales para deudas que, aunque siendo fungibles, difieren de las deudas de dinero; pero el legislador no ha admitido más excepción que la del artículo 1,264; admitir otra, es crear una excepción, y el intérprete no tiene ese derecho. Basta leer á Marcadé para convencerse de que los intérpretes hacen la ley. El autor comienza por confesar que el texto es favorable á la opinión que él combate; esto basta para resolver la dificultad. Nó, dice Marcadé, la ley entendida literalmente es absurda, y por eso se pone á “borrar” y á “añadir,” como si fuera legislador. ¿Es esta la misión del intérprete? Mourlon dice muy bien: No se trata de saber si la ley es ó nó racional, sino de saber lo que ella decide. (1)

192. La ley habría debido también arreglar la manera de hacer la consignación. No se puede depositar la cosa debida en la caja de depósitos. Es, pues, preciso que el deudor se dirija al Tribunal, el cual indicará el lugar en donde las cosas oficiales deban depositarse.

#### § V.—DEL EFECTO DE LAS OFERTAS.

##### *Núm. 1. Del efecto de las ofertas independientemente de la consignación.*

##### *I. Respecto de los acreedores.*

193. Supongamos que el acreedor se niegue á las ofertas; si el las acepta, hay pago, y, por consiguiente, extinción definitiva de la deuda. Si el acreedor rehusa las ofertas,

1 Mourlon, t. II, pág. 730, núm. 1,388. Colmet de Santerre, t. IV, pág. 409, núm. 208 bis III. En sentido contrario, Marcadé, t. IV, págs. 556, 557 y 569. Esta es la opinión general. (Aubry y Rau, tomo IV, pág. 196, nota 21, pfo. 322.)

no puede prevalerse de ellas contra el deudor; por su denegación, estas ofertas se tienen por inexistentes, al menos á su favor; luego no pueden producir ningún efecto contra el deudor. La jurisprudencia se halla en este sentido. Cuando el deudor da una renta constituida hace ofertas de reembolsar el capital, y el acreedor las rehusa, él no puede después de esto invocar dichas ofertas para exigir el reembolso. La Corte de Lyon había, no obstante, sentenciado al deudor á reembolsar; esto era desconocer un principio elemental de derecho: ofertas rehusadas no pueden comprometer al que las ha hecho. La sentencia fué casada, (1)

El deudor es sentenciado á daños y perjuicios por dictamen de peritos: ofrece una suma de 2,000 francos que el acreedor rehusa. Se procede al juicio parcial y el crédito se valúa en 1,900 francos. El acreedor pretendió que el demandado estaba ligado por sus ofertas: su pretensión fué desechada por la Corte de Colmar. (2)

Un comitente, civilmente responsable por actas de su preposición, ofrece á la parte lesionada indemnización. El acreedor la rehusa. En el caso de que se trata, se sostenía que dichas ofertas habían exonerado al autor del hecho indemnizable respecto del acreedor. Si ofertas rehusadas no pueden ser invocadas por el acreedor, tampoco se les puede invocar contra él, en el sentido de que le quitan un derecho que debía al hecho indemnizable. El cuasidelito, en el caso de que se trata, le daba dos acciones, una contra el preposición, autor del hecho indemnizable, otra contra el comitente, civilmente responsable. De que rehusará las ofertas que le hacía uno de los deudores, no se podía, ciertamente, inferir que renunciara á su derecho contra el otro. No obstante, esta singular pretensión se

1 Casación, 3 de Enero de 1809 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,144, 1.<sup>o</sup>)

2 Colmar, 3 de Mayo de 1813, (Dalloz, núm. 2,145, 2.<sup>o</sup>)

llevó hasta la Corte de Casación, pero, como era natural, fué desechada. (1)

194. Ofertas rehusadas quedan como un acto puramente universal; no ligan al que las ha hecho, y si se retracta, se consideran como no acaecidas. El deudor hace ofertas, subordinándolas á una condición formal. Para que ligen al deudor, es preciso que el acreedor las acepte tales como se hicieron; es decir, con la condición sin la cual el deudor no habría hecho las ofertas; en tanto que no hay aceptación regular, el deudor no está ligado, y, por lo tanto, puede retractarse de sus ofertas. (2) Por lo común, la cuestión se presenta después que las ofertas se han consignado; vamos á insistir en esto. La consignación, por sí sola, no liga al deudor como tampoco las ofertas, puesto que aquella es también un acto unilateral; así, pues, los derechos del deudor son los mismos; él puede sacar los fondos que ha consignado, si se rehusan las ofertas. (3)

195. Las ofertas tienen, sin embargo, un efecto; suponiendo que sean irregulares, constituyen al acreedor en juicio, en el sentido de que él tiene culpa de haberlas rehusado. Siguese de aquí que, si á pesar de las ofertas, continúa la diligencia que había comenzado, debe no solamente reportar los gastos sino que también estará obligado á los daños y perjuicios respecto del deudor. En vano opondría él que el deudor no ha consignado; la consignación es necesaria para que haya liberación; ahora bien, el deudor no pretende estar exonerado, los réditos continúan corriendo, la deuda subsiste; pero el acreedor no puede continuar diligencias cuando se le está ofreciendo lo que le es debido. En cuanto á la consignación, puede siempre hacerse desde el momento en que ha habido ofertas, porque

1 Denogada apelación, 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 221).

2 Lyon, 31 de Julio de 1849 (Daloz, 1852, 2, 104).

3 Bourges, 30 de Abril de 1853 (Daloz, 1854, 2, 52).

la ley no fija ningún plazo dentro del cual deban hacerse. Hay una sentencia de la Corte de Lieja en este sentido; (1) á nuestro juicio, la cuestión ya no es dudosa.

## II. Respecto al deudor.

196. Las ofertas, aunque no estén seguidas de consignación, son suficientes para que el deudor no incurra en las prescripciones de que estaba amenazado si no pagaba al vencimiento de la deuda. Para las caducidades propiamente dichas, hay que ir más lejos; á nuestro juicio, no hay lugar á llenar las formas prescriptas para las ofertas, sino cuando una deuda debe ser pagada; cuando un derecho tiene que ejercitarse en un plazo fatal, no es necesario que el que quiere ejercitarlo haga ofertas reales propiamente dichas, sino que basta que él manifieste la voluntad seria de usar de su derecho; volveremos á tratar este punto al ocuparnos de la facultad de redención. Si una deuda tiene que pagarse bajo fijada en el convenio, por el simple retardo, entonces el deudor tiene que hacer ofertas reales. En el caso en que el acreedor rehusare su pago, las ofertas bastan aunque no hayan sido seguidas de consignación. No puede decirse que el deudor esté en retardo, supuesto que ha ofrecido pagar lo que debe. El acreedor es el que comete una falta. Verdad es que las ofertas no hacen veces de pago sino cuando han sido seguidas de consignación, y cuando el deudor no está exonerado sino desde la consignación; y de esto podría inferirse que el deudor, no habiendo pagado, está obligado á la pena. Esto sería razonar muy mal. Se incurre en la pena por la demora. La demora implica que el deudor está enredado y que este retardo es injusto; y lejos de que esté en retardo, ha ofrecido al acreedor lo que le debe; el acreedor es el que está

1 Lieja, 16 de Enero de 1858 (*Pasicrisia* 1859, 2, 39).

en falta, porque por su negativa injusta, el pago no se ha verificado; ha cometido una falta y debe reportar sus consecuencias. (1)

197. ¿Son suficientes las ofertas reales para impedir la moratoria? La cuestión es controvertida. Hay un caso en el cual todos los autores están de acuerdo. Cuando el contrato dice que sin que se necesite intimación, y por el solo vencimiento del plazo, el deudor estará en moratoria, hasta que el deudor haga ofertas para que no incurra en la moratoria. El vencimiento del plazo no puede constituir al deudor en moratoria, puesto que antes de ese vencimiento ofreció al acreedor lo que le debe; no está en retardo, y ¿cómo sin retardo habría moratoria, siendo que la moratoria no es más que el retardo injusto? El deudor es, además, constituido en moratoria por una intimación ó una citación (art. 1,139), y de pleno derecho está en moratoria cuando la cosa que él se obliga á dar no podía ser entregada sino en un cierto tiempo que él dejó pasar. ¿Acaso las ofertas reales impiden que el deudor incurra en moratoria en virtud de una intimación ó en virtud del art. 1,146? En cuanto á la moratoria en que incurre el deudor al dejar pasar el tiempo durante el cual la obligación podía ser útilmente ejecutada, no vemos la menor duda: este caso entra realmente en el que está previsto por el art. 1,139; es decir, que el plazo dentro del cual bajo pena de moratoria debe cumplirse la obligación; resulta de la naturaleza de la obligación y hace que sea inútil toda estipulación. Luego debe aplicarse el principio sobre el cual están acordes los autores, y no considerar como en moratoria al deudor que ha ofrecido la cosa en un momento en que ella podía aún pagarse útilmente. Esto se funda también en la razón: ¿puede decirse que el deudor paga demasiado

1 Toullier, t. IV, pág. 189, núm. 220. Aubry y Rau, t. IV, página 196, y nota 22, pfo. 322.

tarde, cuando ha ofrecido pagar y el acreedor se ha rehusado?

Queda la moratoria incurrida por la intimación. El deudor hace ofertas reales que se desechan: ¿puede el deudor constituirlo en moratoria por una intimación ó por una citación? Nosotros creemos con Toullier que las ofertas reales previenen toda moratoria, por el hecho solo de que en ella constituyen al acreedor. ¿Existe una razón para que las ofertas impidan la moratoria en dos casos y no la impidan en el tercero? ¿Puede el acreedor intimar al deudor que cumple con su obligación, siendo que, por su injusta negativa, le ha estorbado que la cumpla? El sentido común protesta contra semejante pretensión, y creemos que el derecho se halle de acuerdo con la razón; no podría haber moratoria cuando no hay retardo; el acreedor no puede constituir al deudor en moratoria, siendo que él mismo lo está. Se objeta que el deudor que ha hecho ofertas reales no ha hecho todo lo que la ley le impone; debe, además, consignar en el plazo más breve posible. Sin duda que debe consignar si quiere ser exonerado, pero no pretende esto. ¿Se dirá que por el hecho solo de que no está liberado, el acreedor puede intimarle que se libere? Aquí está el error á nuestro juicio; si el deudor no está exonerado es por la negativa injusta del acreedor. ¿Puede intimar al deudor á que pague lo que el deudor le ha ofrecido y él ha rehusado? De esto resulta, dicen algunos, que el acreedor no tendrá ningún medio de constituir al deudor en moratoria, aunque el deudor no consigne. Sí, toda moratoria se hace imposible por la excelente razón de que una acta auténtica, la de ofertas, hace constar que el deudor no está en retardo, lo que es decisivo. (1)

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 189, núm. 220. Larombière, t. III, página 439, núm. 6 del art. 1257 (EJ. B., t. II, pág. 285). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 197, nota 23, pfo. 322.

198. Supóngase que el deudor estuvo en moratoria en el momento de que hizo las ofertas. ¿Será expurgada la moratoria antes de que él haya consignado? La cuestión es controvertida. Distínguense generalmente los delitos de cuerpos ciertos y la deuda de sumas de dinero. Cuando la deuda es de un cuerpo cierto, no hay duda alguna; las ofertas solas bastan para expurgar la moratoria porque la ley no exige que estas cosas se consignen. La consecuencia es muy importante y es que el deudor cesa de reportar los riesgos de la cosa y ya no está obligado á daños y perjuicios: en una palabra, purgada la moratoria cesan sus efectos. Se objeta, sin embargo, el art. 1257 que dice formalmente que la cosa consignada quede á cuenta y riesgo del acreedor, lo que parece implicar que la cosa ofrecida queda á cuenta y riesgo del deudor en tanto que no se haga la consignación. Se contesta que esta disposición no es aplicable á la deuda de un cuerpo cierto; ella se aplica á la deuda de una cosa indeterminada, la oferta sola no es suficiente para ponerla á cuenta y riesgo del acreedor, porque la cosa ofrecida no es la cosa debida, habiéndola rehusado el acreedor. Así, pues, la deuda continúa teniendo por objeto una cosa indeterminada y, por lo mismo, es imposible que el acreedor reporte los riesgos: solo cuando la cosa se consigna se vuelve cierta y el deudor puede y debe reportar su riesgo: mientras que en el caso del art. 1,264, siendo la deuda de un cuerpo cierto y habiéndola el deudor ofrecido y puesto á disposición del acreedor, debe cesar de reportar su riesgo. Sin embargo, el deudor de un cuerpo cierto tiene interés en consignar, porque en tanto que no lo ha hecho sigue siendo deudor y, por consiguiente, está obligado á velar por la conservación de la cosa. (1)

1 Aubry y Ray, t. IV, pág. 197, nota 24, pfo. 322. Larombière, tomo III, pág. 414, núm. 18 del art. 1,257 (Ed. B., t. II, pág. 286).

Si la deuda es de una cosa determinada y principalmente de una suma de dinero ¿los efectos de la moratoria cesan cuando el deudor hace ofertas sin que consigne las cosas ofrecidas? La moratoria produce dos efectos contra el deudor: pone la cosa debida á su cuenta y riesgo, en el sentido de que él reporta la pérdida fortuita, y obliga á pagar los daños y perjuicios al acreedor. En cuanto á los riesgos de la cosa ofrecida, él no puede ser descargado de ellos, por la razón que acabamos de exponer. Quedando indeterminada la cosa, apesar de las ofertas, el deudor no puede decir que está liberado por la pérdida de la cosa, porque la pérdida de la cosa no libera sino cuando la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado (art. 1,302). Queda por averiguar si los intereses moratorios continúan corriendo.

Se dice que la cuestión está decidida por el art. 1,259, 2.º que obliga al deudor á pagar los intereses hasta el día del depósito. ¿No se puede contestar que hay dos especies de intereses, los intereses compensatorios y los intereses moratorios? Que el deudor deba los intereses compensatorios, es claro, porque conserva el goce de la suma que ha ofrecido, pero que no ha consignado; luego si debiera los intereses en virtud del convenio ó de la ley, debe seguir pagándolos; sigue siendo deudor hasta la consignación, lo que es decisivo. Pero los intereses moratorios, los debe únicamente en razón de su moratoria. Así, pues, la cuestión es esta: ¿el deudor queda comprometido á las obligaciones resultantes de la moratoria, siendo que ha hecho ofertas reales? Las ofertas expurgan la moratoria; no puede decirse que el deudor esté en moratoria, cuando ofrece al acreedor lo que le debe. Y cesando la causa deben cesar los efectos: el deudor deberá los intereses por el tiempo de la moratoria, y cesará de deberlos contando desde sus ofertas. Si el deudor hubiese hecho ofertas antes de ser

puesto en moratoria, no habría incurrido en ella, no habría sido obligado á pagar los intereses. ¿Se concibe que él deba intereses en razón del retardo injusto que ha puesto en cumplir su obligación, siendo que este retardo ya no existe y que hay denegación injusta del acreedor? La razón protesta contra semejante doctrina; desde el momento en que ofrezco lo que debo, lo que el acreedor rehusa injustamente, él es el que debe reportar las consecuencias de su denegación. ¿Se dirá que yo no quedo exonerado por mis ofertas y que solo en mí consiste consignar la cosa debida? Esto es verdad; así es que estaré ligado por todas las obligaciones que incumben al deudor; pero implica contradicción que esté ya ligado por las obligaciones que resultan de su retardo, siendo que yo no estoy en retardo. No hay más que una objeción seria y es el texto del art. 1,259, 2.º La ley habla de los intereses, sin distinguir los intereses moratorios y los intereses compensatorios; y ¿pueden hacerse distinciones cuando la ley no las hace? Sí, se puede y se debe cuando los principios exigen la distinción, y, en el caso de que se trata, sería contrario á todo principio hacer que el deudor reportase las consecuencias de la denegación injusta del acreedor. (1)

199. Las ofertas reales, cuando no van seguidas de consignación no liberan; el art. 1,257 no aplica la liberación sino á las ofertas seguidas de consignación. Esto es muy lógico. Para que las ofertas hagan veces de pago, es preciso que tengan, respecto del deudor y del acreedor, el mismo efecto que el pago verdadero. Ahora bien, cuando

1 En sentido contrario, Aubry y Rau y los autores que ellos citan, t. IV, pág. 197 y nota 25, pfo. 322. Hacemos notar que los autores combaten la opinión de Toullier que no es la nuestra. Toullier dice que el deudor queda liberado á contar de las ofertas que él consigue; nosotros enseñamos lo contrario (núm. 200). La cuestión que estamos discutiendo por el momento, se refiere únicamente á los efectos de la moratoria; ¿cesan ó nó éstos cuando el deudor hace ofertas reales?

el deudor paga, se despoja de la cosa debida y cesa, en consecuencia, de aprovecharla; en cambio, la cosa se pone en manos del acreedor y éste dispone de ella como se le antoja. Ahora bien, las ofertas solas no despojan al deudor, él conserva la cosa debida, continúa disputándola, y el acreedor no puede disponer de ella. Luego no hay en las ofertas ninguna de las condiciones del pago, y, por lo tanto, el deudor no puede ser liberado. (1)

Se ha pretendido que el art. 816 del Código de Procedimientos había derogado, en este punto, el Código Civil, restableciendo un uso que existía en el antiguo derecho y que el Código Civil había abrogado. En el Châtelet de París, reiteraba las ofertas á la audiencia presentando la cosa debida. Esta segunda oferta se llamaba la "realización" y tenía por efecto liberar al deudor. De aquí lo que dice el art. 816. "El fallo que declare válidas las ofertas ordenará, en el caso en que la consignación no hubiese tenido lugar todavía, que, por no haber recibido el acreedor la suma ó la cosa ofrecida, ésta se consignara; él pronunciará la cesación de los intereses, desde el día de la *realización*." Hé allí, se dice, la frase tradicional; es decir, la costumbre. Esta opinión no tiene apoyo alguno ni en nuestros textos ni en el espíritu de la ley; nada habría que decir acerca de ella si Merlin no la hubiese sostenido, y si M. Valette no hubiese tratado de concederle algún favor. Esto prueba, como en más de una ocasión lo hemos dicho, que Merlin es el hombre de la tradición antes que todo; y esto prueba, además, que hay que desconfiar de las teorías que los autores modernos tratan de introducir en el Código, invocando el antiguo derecho, siendo que el legislador es innovado formalmente. El art. 1,257 dice que el deudor no queda exonerado sino por las ofertas seguidas de consignación, y el art. 1,259 lo obliga á pagar los intereses hasta el depósito.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 396, núm. 292 bis II.

Y acaso el Código de Procedimientos dice lo contrario? Nada se encuentra en él de la antigua formalidad de realización; si el art. 816 reproduce la palabra *es* como sinónimo de “consignación” y para no repetir esta palabra de que acaba de servirse el legislador. En cuanto al espíritu de la ley, el orador del Tribunado ha dicho con todas sus letras que la palabra “realización” significaba el depósito; que no se había querido derogar el art. 1,259, y que la consignación sola operaba la liberación. Los principios más elementales son suficientes para decidirlo así: Como la “realización” no despoja al deudor, no apodera al acreedor; luego no puede hacer veces de pago; y en tanto que la deuda principal no está extinguida, los intereses deben correr, salvo, en nuestra opinión, los intereses moratorios. (1)

*Núm. 2. De las ofertas reales seguidas de consignación.*

200. Según los términos del art. 1,257, “las ofertas reales seguidas de una consignación, exoneran al deudor.” ¿Cuál es el sentido de esta disposición? Se le puede interpretar de dos maneras. Las ofertas reales exoneran al deudor, con tal que estén seguidas de consignación; de suerte que si el deudor consigna, queda exonerado desde las ofertas. Nó, dice otra opinión: el deudor no queda exonerado, sino cuando las ofertas reales van seguidas de consignación; luego no queda exonerado sino desde la consignación. Esta última interpretación es la aceptada generalmente, y creemos nosotros que es la buena. Lo que sigue del artículo 1,257 lo prueba: “hacen las veces, á su respecto de pago, cuando se hacen válidamente y la cosa así asignada queda á cuenta y riesgo del acreedor.” Así es que únicamente desde la consignación es cuando el deudor queda

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 198, nota 26, pfo. 322. Colmet de Sauter, t. V, pág. 397, núm. 202 bis IV. En sentido contrario, Merlin, Pigeau y Valette (Mourlon, t. II, pág. 727, núm. 1,384).

descargado de los riesgos, en el sentido de que cesa de ser deudor, porque las ofertas seguidas de consignación equivalen al pago. El art. 1,259 confirma esta interpretación: quiere que el deudor se desprenda de la cosa ofrecida, entregándola a una caja pública "con los réditos hasta el día del depósito." Esta disposición es decisiva; si el deudor debe los réditos hasta el día en que hace la consignación, es que la deuda subsiste, porque no se concebiría que la deuda extinguida produjera aún réditos. Por último, el Código de Procedimientos está concebido en el mismo sentido; el art. 816 dice que el fallo que declare válidas las ofertas, pronunciará la cesación de los réditos, desde el día de la realización; es decir, desde el día de la consignación, como lo ha explicado el orador del Tribunado. Tarrille dice formalmente que el Código de Procedimientos no hace mas que aplicar el Código Civil y que, según este último, el deudor no queda exonerado sino por la consignación. El espíritu de la ley no deja duda alguna. Haciendo las ofertas veces de pago, deben también ser la imagen del pago. Ahora bien, el pago desapodera al deudor y apodera al acreedor; luego lo mismo debe pasar con las ofertas; síguese de aquí que el deudor no puede ser exonerado sino cuando se desapodera de la cosa consignándola, lo que pone la cosa ofrecida á disposición del acreedor (número 199). (1) La jurisprudencia se halla en este sentido. (2)

201. El art. 1,257 dice que las ofertas reales seguidas de consignación, hacen las veces de "pago." Así, pues, no es un pago verdadero. Pothier lo dice: los autores del Código no han hecho más que formular su opinión en otros

1 Durantón, t. XII, pág. 353, núm. 125 y todos los autores salvo Toullier, t. IV, 1, pág. 101, núm. 221-225 (Aubry y Rau, t. IV, página 197, nota 25, pfo. 322 y los autores que citan.

2 Denegada, 10 de Marzo de 1827 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,232 1<sup>o</sup> Lieja, 12 de Enero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 16); Bruselas, 4 de Agosto de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 32).

términos: "La consignación no es propiamente un pago, porque el pago encierra esencialmente la translación de la propiedad de la cosa que es pagada en la persona del acreedor. Ahora bien, es evidente que la consignación no transfiere la propiedad de la cosa consignada en la persona del acreedor, porque el acreedor no puede adquirirla sino recibiendo voluntariamente la cosa que se le ofrece." (1) Nadie se vuelve propietario á su pesar. "Pero la consignación equipola á un pago, y extingue la deuda del mismo modo que la extinguiría un pago real que se hiciera al acreedor." Esto es demasiado absoluto. No siendo las ofertas un pago real y permaneciendo el deudor propietario de la cosa, es imposible que ellas produzcan el mismo efecto que un pago real. El Código dice en qué sentido la consignación hace veces de pago: ella pone la cosa ofrecida á cuenta y riesgo del acreedor, detiene el curso de los intereses. Se puede agregar que ella pone al deudor al abrigo de toda persecución, porque si el acreedor lo persigue, puede oponerle su liberación, suponiendo que las ofertas y la consignación sean válidas. Esas son las analogías; veamos ahora la diferencia. El pago extingue la deuda de una manera irrevocable y trae consigo también la extinción de las garantías accesorias, tales como los privilegios, hipotecas, fianza; mientras que la consignación no extingue la deuda irrevocable. Permaneciendo el deudor propietario de la cosa consignada, tiene derecho á recobrarla, y si usa de este derecho, resulta que no habrá pago y la deuda subsistirá con todos sus accesorios. Hay que ver, pues, hasta qué momento el deudor puede retirar la cosa ofrecida y cuándo se hace irrevocable el pago.

202. Las ofertas, aunque seguidas de consignación, no son siempre más que ofertas; ahora bien, el acreedor las rehusa. En tanto que esta negativa no subsiste, no puede

1 Potiher, *De las obligaciones* núm. 573.

haber exoneración definitiva. Siguese de aquí que el acreedor que persevere en su negativa conserva su derecho de proceder contra el deudor y apoderarse de sus bienes; pero lo hace naturalmente á su cuenta y riesgo; el deudor puede pedir la nulidad de las persecuciones haciendo válidas sus ofertas; y si las ofertas y la consignación son válidas, el Tribunal anulará las persecuciones y sentenciará al acreedor á daños y perjuicios. Se ha obojetado el artículo 815 del Código de Procedimientos, por cuyos términos el acreedor puede pedir la nulidad de las ofertas y de la consignación, y de aquí se ha concluido que él debía promover nulidad antes de continuar sus persecuciones. La Corte de Casación contesta que la ley permite, ciertamente, al acreedor que pida la nulidad de las ofertas si no la cree válida, pero no lo obliga á seguir esa marcha; luego tiene derecho á continuar sus persecuciones pero á su cuenta y riesgo. (1).

203. La consignación en tanto que no se aceptan las ofertas, produce contra el acreedor dos efectos: la cosa queda á su cuenta y riesgo (art. 1,257) y los réditos cesan de correr (art. 1259, 2. °) Esto supone, como es de entenderse, que las ofertas y las consignaciones son regulares. Ya hablamos de los riesgos (núm. 198). La disposición concerniente á los réditos ha dado lugar á una dificultad. Se pregunta desde qué momento los réditos cesan de correr. Las condiciones exigidas para la validez de la consignación dejan alguna duda: en caso de que no comparezca el acreedor, el acta del depósito debe notificarse con intimación de retirar la cosa depositada (art. 1,259, 4. °) Luego, dícese la consignación no es válida sino cuando la significación se ha hecho notificación, y, por lo tanto, los réditos deben correr hasta el momento en que el deudor ha notificado el acta al acreedor; solo contando desde este mo-

1 Denegada, 4 de Julio de 1838 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,238).

mento es cuando el acreedor puede pedir la nulidad de todo el procedimiento. Se contesta, y la contestación nos parece perentoria, que el deudor queda exonerado por la consignación (art. 1257); es decir, á contar desde el depósito; luego desde este momento es cuando deben de cesar de correr los réditos; esto es en efecto lo que dice el núm. 2 del art. 1,259: si la ley quiere además la notificación de la acta, es para hacer saber al acreedor que se ha hecho el depósito; esta notificación, urgida por la no comparecencia del acreedor, no puede ocasionar perjuicio alguno al deudor. Tal es la opinion común. (1)

204. El deudor puede retirar la consignación, dice el art. 1.261, en tanto que no ha sido aceptada por el acreedor. ¿Tiene éste derecho, aun cuando el juicio del dinero hubiese aumentado? La afirmativa es clara porque el derecho de retirar la cosa consignada pertenece al deudor en su calidad de propietario; luego sus dineros son los que han aumentado de valor, el acreedor no tiene derecho á esta alza, puesto que no ha rehusado. Hay, sin embargo, en esto, una pequeña contradicción: la cosa depositada está á cuenta y riesgo del acreedor, y ¿no es de principio que él que reporta los riesgos debe también sacar provecho de las ventajas? La razón de esta anomalía es que el deudor está exonerado, si lo desea, cumpliendo las formalidades prescriptas por la ley; luego ya no puede estar obligado á los riesgos. En cuanto á las ventajas, en el acreedor estuvo aprovecharlas aceptando las ofertas, pero no puede á un tiempo mismo rehusar la cosa depositada y reclamar el beneficio del aumento de valor que ha experimentado: esto sería la verdadera contradicción. (2).

1 Durantón, t. XII, pág. 354 y siguientes, núm. 225. Aubry y Rau, t. IV, pág. 198, nota 26. pfo. 322.

2 Durantón, t. XII, pág. 359, núm. 231. Aubry y Rau, t. IV, página 199 y nota 30.

205. El art. 1,261 añade que si el deudor retira la consignación, sus codeudores y los fiadores no quedan exonerados. De aquí la cuestión de saber si los codeudores y los fiadores pueden oponerse á que el deudor retire la cosa consignada. Esta es una cuestión que ni siquiera debia formularse. El deudor al retirar la cosa cuya propiedad ha conservado, usa de un derecho y no vulnera el derecho de nadie; los fiadores y codeudores estarían, ciertamente, interesados en que no se retirase la consignación, pero este interés no es un derecho, por lo que no pueden oponerlo al deudor. Jaubert, el relator del Tribunado, hace la observación é indica al mismo tiempo á los terceros un medio de resguardar sus intereses. “En vano se quejarían, dice él, porque los derechos del acreedor han permanecido intactos respecto de ellos, y si el deudor se vuelve insolvente, deben imputarse el no haber promovido contra él las diligencias necesarias de no haberse opuesto á la suma. ¿No podrían ellos, según los principios generales, ejecutar los derechos y acciones de su deuda y hacer que la consignación se juzgase buena y válida, lo que habría extinguido completamente el derecho del acreedor?” (1)

206. Si el deudor retira la consignación, la deuda subsiste; puede decirse que revive (2) puesto que la consignación había exonerado al deudor. Por consiguiente, los accesorios de la deuda reviven igualmente. Esto prueba que la liberación no fué definitiva; si lo hubiera sido, el deudor podría muy bien renunciar al beneficio de la liberación en lo que le concierne, pero no podría hacer revivir una deuda extinguida con perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. En realidad, no hay derecho adqui-

1 Jaubert, Dictamen núm. 26 (Loaré, t. VI, pág. 212). Durantón, t. XII, pág. 360, núm. 232.

2 En la expresión de Zachariæ (Aubry y Rau, t. IV, pág. 119, pfo. 322).

rido, porque la liberación no era definitiva; hé aquí por qué, como lo dice Jaubert, los codeudores y los fiadores no tienen derecho á quejarse. En el antiguo derecho, la cuestión de saber si los codeudores y fiadores quedaban obligados cuando el deudor retira la consignación, era controvertida. Decíase en su favor que la consignación los había exonerado y que no podía estar en el poder del deudor hacer revivir su obligación. Sin embargo, la jurisprudencia se había pronunciado contra ellos; Pothier lo aprueba, porque la consignación no es por sí misma un pago que ella no equipola á un pago verdadero sino cuando el juez la ha declarado válida; de suerte que de la autoridad del juez es de donde tiene la virtud que ella tiene de equivaler á un pago y de extinguir la deuda. (1) Esto no es exacto, el lenguaje del Código es más correcto; según los términos del art. 1,261, el deudor puede retirar la consignación en tanto que no haya sido aceptada por el acreedor; luego la aceptación del acreedor es lo que hace que el pago sea definitivo, lo que es muy jurídico, porque no puede haber pago verdadero cuando el acreedor no acepta las ofertas que le ha hecho el deudor.

207. Se pregunta si los acreedores del que ha hecho la consignación pueden retirar las ofertas en virtud del artículo 1,166 que les permite ejercitar todos los derechos de su deudor. La cuestión es controvertida y existe alguna duda. Parécenos que la cuestión debe decidirse negativamente por aplicación del principio de que los acreedores no pueden ejercitar los derechos de pura facultad (t. 15, núm. 424); es decir, los derechos que al deudor corresponde ejercitar ó nó, sin que pueda decir que disminuye su patrimonio cuando se queda en la inacción. La ley permite á los acreedores que procedan cuando el deudor sea ne-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 590. Colmet de Santerre tomo V, pág. 406, núm. 206 bis II.

gligente, siendo que tenga el derecho de promover. Si el deudor no retira la consignación, es porque quiere ser exonerado, y ciertamente que está en su derecho; y no se puede decir que él disminuye su patrimonio manteniendo la consignación, puesto que si él la retirara el acreedor podría inmediatamente forzarlo á que pagase. (1)

Todos admiten que los acreedores del acreedor pueden formar oposición sobre la cosa consignada. Estas oposiciones tienen valor tanto contra el acreedor que no puede recibir con perjuicio de aquéllos, como contra el deudor que ha consignado como aceptación de la consignación, hasta concurrencia de las causas del embargo. Síguese de aquí que el deudor no puede ya retirar la consignación sino por lo que exceden las causas de las oposiciones. (2)

208. El deudor no puede ya retirar la consignación después que el acreedor la ha aceptado. Esta aceptación puede ser voluntaria ó forzada. El art. 1,261 supone que el acreedor la acepta voluntariamente. Importa precisar el momento en que el deudor puede todavía retirar la cosa consignada y aquél en que el acreedor puede todavía aceptarla. Un dictamen del consejo de Estado del 16 de Mayo de 1816, resolvió que el receptor de la caja en donde se hizo la consignación, está obligado á devolverla al deudor que reclama su restitución toda vez que no ha estado acompañada ó seguida de ninguna aceptación ú oposición debidamente notificada. Síguese de aquí que la oferta se retira desde el momento en que el deudor ha dirigido al receptor de la caja la demanda oficial de entregar la cosa depositada; luego después de ese momento, el acreedor no pue-

1 Larombière, t. III, pág. 477, núm. 2 del art. 1,261 (Ed. B., tomo II, pág. 300). Aubry y Rau, t. IV, pág. 199, nota 32, pfo. 324. En sentido contrario, Duranton, t. XII, pág. 265, núm. 237; Colmet de Santerre, t. V, pág. 406, núm. 206 bis I.

2 Larombière, t. III, pág. 478, núm. 2 del art. 1,261 (Ed. B., tomo II, pág. 300).

de ya aceptar, porque ya nada tiene que aceptar habiéndose retirado legalmente las ofertas. Esto no es dudoso, aunque haya una sentencia que parezca decidir lo contrario. (1)

209. La aceptación puede ser forzada. Es de principio que los fallos hacen veces de convenio. Así es que cuando un fallo ha resuelto la consignación válida, se tiene por aceptada por el acreedor, y, por consiguiente, el pago es definitivo, el deudor no puede ya retirar las ofertas. El art. 1,262 lo dice: cuando el mismo deudor ha conseguido un fallo que declara buenas y válidas sus ofertas y su consignación. Sería lo mismo si, á demanda de nulidad de las ofertas, el Tribunal las hubiese validado; la razón para declarar es la misma. Pero en todo caso, es preciso que el fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada (artículo 1,262). ¿Cuándo una decisión tiene fuerza de cosa juzgada? Esta expresión tiene un sentido técnico; se entiende de un fallo que no puede reformarse por vía legal; es decir, un fallo contra el cual no hay ni oposición ni apelación. Esto puede suceder en dos casos. El fallo es contradictorio, y se pronuncia en razón del monto pecuniario del litigio; todo queda consumado en este caso, porque el fallo equivale á aceptación; luego hay pago definitivo, y no puede ser cuestión de retirar las cosas depositadas que han venido á ser propiedad irrevocable del acreedor. El fallo se pronuncia por falta; en este caso, no se vuelve definitivo sino cuando el plazo para interponer oposición ha transcurrido sin que la parte sentenciada haya usado de su derecho. Si el fallo es contradictorio, pero susceptible de apelación, no adquiere fuerza de cosa juzgada sino por la aquiescencia de la parte sentenciada, ó por la expiración del plazo de apelación ó por la confirmación sobre apela-

1. París, 29 de Junio de 1825 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,147 y las observaciones del autor del *Repertorio*).

ción. Tal es el derecho común, y como el Código no lo deroga, se aplica en materia de ofertas. (1)

¿Puede el deudor retirar la consignación durante los plazos, para formular oposición ó apelación? Se supone que el fallo ha declarado las ofertas buenas y válidas. Si esto fué á demanda del deudor, el acreedor es el único que tiene derecho de formular oposición ó apelación; si él ataca el fallo pronunciado contra él, el fallo cae y, por consiguiente, nada impide que el deudor retire sus ofertas; si el acreedor no lo ataca, el fallo pronunciado á favor del deudor tiene provisionalmente fuerza de cosa pagada á su respecto; luego no puede ya retirar las ofertas, porque existe un convenio que el acreedor es el único que puede atacar, y si el fallo se pronunció á demanda de nulidad del acreedor, y si el fallo hizo válidas las ofertas, habrá igualmente convenio provisional, puesto que únicamente el acreedor tiene derecho á atacar el fallo; es verdad que en este caso, el deudor no ha promovido, pero ha contestado la demanda, lo que viene á ser lo mismo. (2)

210. Cuando se han aceptado las ofertas, sea voluntariamente, sea forzosamente, el pago es definitivo y el deudor ya no puede retirar la cosa ofrecida. La ley, no obstante, prevee el que el deudor retira la consignación con el consentimiento del acreedor. ¿Cual será el efecto de esto? El art. 1,262 dice que el deudor no puede, ni aun con el consentimiento del acreedor, retirar la consignación, con perjuicio de los codeudores ó de los fiadores. Esto es evidente: hay pago definitivo; es decir, extinción de la deuda y, por consiguiente, liberación definitiva de los fiadores y de los codeudores. El acreedor puede muy bien autori-

1 Duranton, t. XII, pág. 362, núm. 236. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 408, núm. núm. 207 bis IV; Aubry y Rau, t. IV, página 200, notas 33 y 34, pfo. 322.

2 Mourlon, t. II, pág. 729, núm. 1,386. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 408, núm. 207 bis V.

zar al deudor á que recobre la cosa pagada, pero las partes no pueden hacer revivir una deuda extinguida por el pago, con perjuicio de los terceros. Así, pues, los fiadores y deudores siguen exonerados. Debe agregarse que los privilegios ó hipotecas están extinguidas: los terceros detentores están exonerados, los acreedores hipotecarios posteriores pueden prevalerse de la extinción de la hipoteca que los ponía en segundo lugar. Esto es una consecuencia incontestable de la extinción de la deuda.

¿Qué efecto tendrá esta restitución de la cosa pagada entre las partes? El acreedor había venido á ser propietario de las cosas dadas en pago; consentir en que el deudor las retire, equivale á cederle la propiedad de las cosas depositadas. Se opera, pues, una nueva mutación de propiedad, con la condición de que el deudor pague lo que debía en virtud de su obligación primera. Así es que esta obligación no revive; esto es imposible, supuesto que hay un hecho consumado. Luego es una nueva obligación la que reforma. Tal es el sentido del art. 1,263. La ley supone que la primera deuda estaba garantizada por privilegios ó hipotecas; el acreedor que ha consentido en que el deudor retirase la consignación, ¿puede ejercitar esos privilegios ó hipotecas? Nó, dice la ley. ¿Y por qué nó? Porque sus garantías accesorias se han extinguido. Y ¿por qué se han extinguido? Porque la deuda principal está definitivamente extinguida. Hay, sin embargo, un motivo para dudar. El art. 1,263 dice que el acreedor no puede ya, para el pago de su rédito, ejercitar los privilegios é hipotecas que le eran inherentes. Esto supone que el antiguo crédito subsiste. Si se interpreta la ley en este sentido, hay que decir que consagra una anomalía inexplicable. (1) No hay

1 El art. 1,295 consagra una semejante anomalía. Los autores del Código no aplican siempre los principios en todo su rigor. Bueno es que el intérprete lo haga cuando el texto no se opone á ello absolutamente.

más que un medio de conciliar con los verdaderos principios, y es admitir que el rédito se ha extinguido. El artículo 1,263 le dice ampliamente agregando que si el acreedor quiere tener garantías hipotecarias debe estipularlas en la escritura por la cual ha consentido en que la consignación se retirase. Esta "escritura" es el nuevo convenio que se ha formado. (1).

211. ¿Cuáles son los efectos de la consignación en cuanto á las obligaciones de la caja? La caja se hace deudora de la suma depositada y debe los réditos á 3 por ciento, desde el día 61.º desde la consignación. Quedándose la suma consignada como propiedad del deudor, puede embargarse á instancia de sus acreedores; se aplica, en este caso, el derecho común que rige los autos de embargo. (2)

212. "Las costas de las ofertas reales y de la consignación son á cargo del acreedor, si son válidas (art. 1,260). Esta disposición ha dado lugar á algunas dificultades que se deben á malas explicaciones, á una mala inteligencia, como se ha dicho, más bien que al fondo. (3) Esto prueba cuán importante es poner el mayor rigor en el razonamiento, porque de lo contrario el intérprete crea controversias cuando no hay duda alguna. El principio, en esta materia, es incontestable: el que ha ocasionado los gastos debe reportarlos. Para la aplicación del principio, hay que distinguir varias hipótesis.

213. El acreedor acepta las ofertas en el momento en que se las hace el oficial ministerial. No es este el caso previsto por el art. 1,260; la ley supone que ha habido

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 407, núm. 207 bis II y III. Aubry y Rau, t. IV, pág. 200 y nota 36, pfo. 322.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 406, núm. 206 bis I. Denegada apelación, 6 de Enero de 1840 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,243).

3 Marcadé, t. IV, pág. 564, art. 1,260, núm. II. Toullier, t. IV, pág. 188, núm. 219. Duranton, t. XII, pág. 352, núm. 224. Larombière, t. III, pág. 475, núm. 1 y 2 del art. 1,260 (Ed. B., t. II, página 299).

consignación, y, en el caso de que se trata, aceptadas las ofertas, no hay lugar á consignar. Queda por averiguar por culpa de quién se han tenido que hacer ofertas por medio de un oficial público. Si el deudor se ha ajustado á la ley, no hay duda alguna. El art. 1,257 dice que "cuando el acreedor se niega á recibir su pago, el deudor puede hacer ofertas reales." Luego el deudor debe empezar por hacer ofertas amigablemente al acreedor (núm. 143). Si así lo hace, y si el acreedor rehusó recibirlas, es claro que las costas son á cargo del acreedor que acepta las ofertas reales; porque al aceptar ofertas que se le hacen por medio de comisario, prueba que ha hecho mal en rehusar las que el deudor le había hecho. Pero si el deudor empieza por hacer ofertas por medio de un oficial público, el acreedor que las acepta no debe reportar las costas; puede decir, y con razón, que esas costas eran inútiles y frustratorias; que él habría aceptado las ofertas amigables si el deudor se las hubiera hecho; que si el deudor recurrió á la vía rigurosa de una notificación, en lugar de dirigirse desde luego al acreedor como el uso y la ley lo exigen, él debe reportar las consecuencias de un procedimiento inconveniente á la vez que ilegal.

Esto no es dudoso. Pero hay una dificultad de prueba. ¿Quién es el que debe probar que el deudor se ha dirigido á su acreedor y ha sufrido una denegación antes de hacer ofertas reales, ó que él no ha hecho ninguna oferta en lo amigable? Hay que aplicar el principio elemental escrito en el art. 1,315; al acto corresponde probar el fundamento de su demanda. ¿Cómo se rendirá la prueba? Conforme al derecho común, supuesto que la ley no lo deroga. Remitimos á lo que antes se ha dicho sobre la derogación del acreedor y para recibir su pago (núm. 143). Se ha propuesto una distinción que simplificaría la dificultad, si fue-

se admisible. (1) Las deudas son, en principio, requeribles; es decir, que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, cuando se trata de sumas de dinero ó de cosas indeterminadas. Así, pues, al acreedor corresponde ir á buscar su pago, dicese; el deudor no tiene que dar un solo paso. Si no se presenta en la casa del deudor, éste no tiene oferta que hacerle y puede, por consiguiente, hacer desde luego ofertas reales. Creemos que, en esta opinión, se confunde el pago voluntario con las ofertas seguidas de consignación. Es indudable que regularmente el acreedor se presentará en la casa del deudor para recibir lo que se le debe. Pero si no lo hace ¿se podrá inferir que rehusa su pago? Porque se necesita una denegación, según los términos del art. 1,257, para justificar las ofertas reales. Puede suceder que el acreedor no se haya presentado, por negligencia ó por olvido, ó que haya habido impedimento. Antes de recurrir á las ofertas reales, el deudor debe, pues, advertir al acreedor que tiene á su disposición la cosa debida. Solamente cuando el acreedor se niegue á contestar á esa invitación es cuando el deudor tendrá derecho á hacerle ofertas reales. Luego si en el día del vencimiento, el deudor hiciere ofertas por medio de comisario judicial, antes de haberse asegurado si el acreedor acepta, ó rehusa lo que él le ofrece, debería reportar las costas, porque el acreedor tiene á su favor el texto de la ley, que exige la denegación de recibir el pago, antes de que el deudor proceda á una notificación judicial. Si la deuda es trasladable, no hay duda alguna entonces, el deudor es el que debe tomar la iniciativa de las ofertas amigables.

214. El acreedor rehusa las ofertas reales; el deudor consigna; y en el momento en que se hace la consignación, el acreedor se arrepiente de su negativa y acepta. En este caso, él debe reportar las costas, porque su aceptación

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 404, núm. 205 bis III.

tardía prueba que hizo mal en rehusar; cometió una falta; luego debe pagar las costas que ésta ha ocasionado.

Si el acreedor persiste en su negativa y se hace la consignación, se aplica el art. 1,260; las costas serán á cargo del acreedor si las ofertas y la consignación son válidas; si éstas son nulas, por esto mismo son frustratorias, y, por consiguiente, el deudor las reporta.

Existe una última hipótesis que los autores no preveen, sin duda porque no es dudosa. El deudor retira la cosa consignada; con esto revoca sus ofertas, y, por consiguiente, las costas son á su cargo, aun cuando las ofertas y la consignación hubiesen sido regulares. El acreedor no puede reportar las costas de un procedimiento que no le aprovecha.

#### ARTICULO V.—*De la cesión de bienes.*

##### § I.—NOCIONES GENERALES.

###### *Núm. 1. Definiciones y caracteres.*

215. “La cesión de bienes es el abandono que un deudor hace de todos sus bienes á sus acreedores” (art. 1,265). Es voluntaria ó judicial (art. 1,266). La cesión voluntaria es la que los acreedores aceptan voluntariamente (artículo 1,267). La cesión judicial es la que se hace por justicia, á negativa de los acreedores, cuando el deudor es infeliz y de buena fe (art. 1,268).

Se ha criticado la definición que el Código da de la cesión de bienes. No conviene, dicen, á la “cesión voluntaria;” porque un deudor cuando está de acuerdo con sus acreedores, puede, sin que se tenga que ver si se halla “fuera de estado de pagar sus deudas,” abandonarles “todos” sus bienes ó una “parte” solamente. La definición, agregan, no conviene á la cesión “judicial,” porque no bas-

ta que un deudor se halle fuera de estado de pagar sus deudas para que tenga el derecho de invocar ese beneficio, sino que además se necesita que sea "desgraciado de buena fe y sometido á la violencia corporal." (1)

No somos partidarios de las críticas injustas que se hacen á la ley. Si fueran á oír todos los reproches que se le dirigen, sería una obra tan imperfecta, que habría que rehacerla á toda prisa; y los que la critican á menudo á la ligera ¿lo harían mejor? Hay dos especies de cesiones que difieren en cuanto á las condiciones exigidas por la ley, pero tienen también caracteres que les son comunes; estos elementos comunes son los que el legislador ha reunido en la definición que da. Esto es muy lógico. La cesión es un solo y mismo hecho jurídico que se hace voluntaria ó judicialmente; y esto es lo que la ley marca al definir la cesión en general, salvo el indicar después las condiciones diversas exigidas para cada una de las dos cesiones, condiciones que no deben entrar en la definición. Queda por averiguar si los rasgos generales que el artículo 1,265 ha reunido en una definición general, son exactos.

216. ¿Es verdad que la cesión debe comprender todos los bienes del deudor? Nó, se dice, porque el deudor puede ceder una parte de sus bienes á sus acreedores, aun cuando se halle en estado de pagar sus deudas. Nosotros contestamos que el abandono que un deudor hiciere de una parte de sus bienes no es una cesión de bienes, es una dación en pago. Y es grande la diferencia entre estos dos actos jurídicos. Cuando el deudor es solvente, la cesión de bienes no tiene ya razón de ser. El deudor que se halla en estado de pagar sus deudas, las paga, sea realizando una parte de su haber si no tiene fondos suficientes y si no quiere pedir prestado, sea dando una parte de sus bienes en pago de lo que debe; esto es lo que se llama una "dación en pa-

1 Mourlou, *Repeticiones*. t. II, pág. 732, núm. 1,391.

go." Lo que caracteriza esta operación, es que es esencialmente translativa de propiedad y que hace veces de pago. La dación en pago tiene, en efecto, generales de la venta, salvo algunas diferencias que indicaremos en el título "De la Venta." Cosa distinta es la cesión de bienes. Ella supone que el deudor no se halla en estado de pagar sus deudas; el art. 1,265 lo dice y el sentido común lo diría á falta de la ley. ¿Por qué el deudor solvente se había de despojar de sus bienes cuando se halla en estado de pagar sus deudas? Abandonará una parte de ellos, se dice. Sea, pero entonces hace un pago y no una cesión de bienes. La cesión no tiene por objeto transferir á los acreedores la propiedad de los bienes; el art. 1,269 lo dice de la cesión judicial; únicamente les da el derecho de mandar vender los bienes en su provecho. Lo que la ley dice de la cesión judicial es también verdadero de la cesión voluntaria. ¿Se dirá que la cesión es inútil si únicamente da á los acreedores el derecho de vender? Verdad es que los acreedores tienen el derecho de embargar los bienes de su deudor y de provocar su venta forzosa. Pero el embargo ocasiona gastos considerables, y estos gastos recaen en los acreedores, puesto que disminuyen el haber de su deudor, el cual es ya insuficiente para resarcirlos completamente. Así, pues, el deudor y el acreedor tienen interés en evitar esos gastos; para esto no hay más que dos medios, ó permitir al deudor que venda amigablemente y liquidar, ó dar á los acreedores el mandato de que vendan y se distribuyan el producto de la venta. Los acreedores preferían generalmente este último partido, porque están mal dispuestos hacia un acreedor que no cumple sus compromisos. Por esto es la cesión de bienes.

217. Es, pues, de la esencia de la cesión que comprenda todos los bienes del deudor. ¿Las cosas que la ley declara inalienables están comprendidas en la cesión? General-

mente se decide que el deudor no debe ceder sino lo que los acreedores pueden tomar. (1) Cuando la cesión se hace judicialmente, esto casi no tiene duda; en cuanto á la cesión voluntaria, todo depende de los convenios que se celebren entre el deudor y sus acreedores. En el silencio de la escritura, habría que admitir también que las cosas inalienables se le quedan al deudor; la cesión es un beneficio que los acreedores conceden al deudor; no debe ser que el favor sea más riguroso que los más de rigor que la ley autoriza. El Código de Procedimientos enumera las cosas que no pueden ser embargadas (arts. 581 y 592).

Salvo las cosas inalienables, la cesión comprende todo lo que pertenece al deudor. Se ha fallado, en materia de cesión judicial, que el deudor, casado bajo el régimen de la comunidad, debía comprender en su balance las rentas de los propios de su mujer; en efecto, dichas rentas le pertenecen por motivo de la comunidad, muebles é inmuebles, porque es su propietario dueño y señor, como decían nuestras antiguas costumbres, y el principio es aun cierto en derecho moderno para todo lo que se refiere á los actos á título oneroso.

218. ¿Qué sucedería si el deudor cediera únicamente una parte de sus bienes y transfiriese la propiedad á los acreedores? Esto no sería ya una cesión de bienes, sino una dación en pago. La dación en pago transfiere la propiedad de los bienes á los acreedores; luego hay lugar á la percepción de los derechos que deben pagarse por la transmisión de los derechos mobiliarios ó inmobiliarios. Si se han dado inmuebles en pago, se necesita la transcripción para que los acreedores sean propietarios respecto de terceros (Ley Hipotecaria, art. I). Estos bienes se vuelven la prenda de los acreedores, están sometidos á la hipoteca legal y pue-

1 Duranton, t. XII, pág. 382, núm. 258. Larombière, t. III, página 497, núm. 8 del art. 1,566 (Ed. B., t. II, pág. 308).

den ser gravados con hipoteca. Nada de esto es cierto en caso de cesión. El deudor sigue siendo propietario, no hay mutación de propiedad ni transcripción; los acreedores de aquellos á quienes se ceden los bienes ningún derecho tienen á ellos; solamente cuando los bienes se hayan vendido y se haya distribuido su precio es cuando el dinero entrará al patrimonio de los acreedores á quienes se ha hecho la cesión.

Estos principios son incontestables cuando la cesión es judicial. (1)

Sucede lo mismo con la cesión voluntaria; el art. 1,267 es formal; no hay cesión de bienes sino cuando el deudor cede todos sus bienes á sus acreedores; cuando no cede más que una parte, el acto es una acción en pago. Se dirá que las partes interesadas están en libertad de hacer lo que quieran; que pueden, en concurrencia, convenir en que el deudor no ceda más que una parte de sus bienes, sin que haya dación en pago, ó que les ceda todos transfiriendo á los acreedores la propiedad de los bienes que él cede. Sin duda que los acreedores y el deudor están en libertad para hacer las estipulaciones que juzguen convenientes, los que recibieran ejecución, siempre que no sean contrarias al orden público y á las buenas costumbres. Pero debe suponerse que las partes contrayentes comprenden lo que hacen; no pueden hacer lo imposible, y no es de temer que hagan lo que es contrario á sus intereses. Y sería pretender lo imposible decir que un acto que no es translativo de propiedad, tal como la cesión, sea translativo de propiedad, como es la acción en pago. Una cesión translativa de propiedad cesa de ser una cesión. Mucho cuidado tendrán los acreedores, en general, de aceptar el

1 Denegada, Sala de lo Civil, 15 de Abril de 1857 (Daloz, 1857, 1, 160). Toullier, t. IV, pág. 204, núm. 241. Larombière, t. III, página 493, núm. 4 del art. 1,237 (Ed. B., t. II, pág. 307).

traslado de propiedad: les es inútil, puesto que les basta el mandato de vender, y si tienen que revender, tendrán que pagar dobles derechos de mutación.

219. También dice que no debe confundirse el contrato de "abandono" con el contrato de "prórroga." Este último contrato tiene por objeto conceder al deudor plazos para el pago; á veces contienen también una condonación á favor del deudor. El aplazamiento deja al deudor la propiedad de la administración de sus bienes; nada cede á sus acreedores, obtiene de ellos el favor de una prórroga, y es la prórroga de gracia consentida por los acreedores, en lugar de que el juez la conceda en virtud del art. 1,244. Hay también una prórroga que el juez decide, y se llama sobreseimiento. El sobreseimiento no se ha establecido sino á favor de los comerciantes; remitimos á la la ley sobre las quiebras que contienen un título entero sobre esta materia. (1)

### *Núm. 2 Fin y efecto de la cesión.*

220. La cesión de bienes se llama contrato de abandono; el Código consagra implícitamente ese término, al decir que la cesión de bienes es el "abandono" que un deudor hace de todos sus bienes á sus acreedores. Esto supone que el deudor transfiere á los acreedores la posesión de sus bienes. Respecto al mobiliario, es una garantía contra la subtracción; si el deudor se quedara en posesión, se necesitaría un inventario, formalidad inútil y frustratoria, puesto que el objeto de la cesión no es dar á los acreedores la gestión permanente de los bienes de su deudor; el abandono tiene por objeto liquidar el haber de un deudor insolvente; es decir, la venta del mobiliario, en cuanto á los inmuebles; el abandono de la posesión tiene además otro objeto: los in-

1 Albert Callier, *De los sobreseimientos de pago según la ley de 18 de Abril de 1851* (Gante, 1871).

muebles producen frutos naturales ó civiles; en principio, los frutos pertenecen al propietario; cuando el propietario abandona sus bienes á sus acreedores, les abandona también los frutos á título de accesorio, porque los frutos son también la prenda de los acreedores. El art. 1,269 así lo dice de la cesión judicial; los acreedores tienen el derecho de percibir las rentas hasta la venta. Sucede lo mismo con la cesión voluntaria, supuesto que hay identidad de razón, salvo estipulación en contrario, si es que puede suponerse semejante estipulación.

Se pregunta lo que viene á ser de los frutos; es decir, á qué acreedores pertenecen. Cuando todos los acreedores son quirografarios, la cuestión no se presenta, porque los frutos van á la masa común. Pero si hay acreedores hipotecarios ¿los frutos se inmovilizarán en su provecho como se verifica en caso de secuestro inmobiliario (Cód. de Procedimientos, art. 689)? La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por la afirmativa. Esta decisión, fundada en el espíritu de la ley, nos parece muy jurídica. La cesión de bienes la hace el deudor que no se halla en estado de pagar sus deudas (art. 1,265); es decir, en el momento en que los acreedores van á apoderarse de los bienes del deudor insolvente; tiene por fin prevenir el embargo que es inminente. Luego debe procurar á los acreedores hipotecarios la misma ventaja que les da el embargo. Si los frutos no estuvieran inmovilizados, si se atribuyesen á la masa quirografaria, los acreedores hipotecarios no consentirían en la cesión y procederían al embargo, y ¿quién sería el que sufriese con esto? Los acreedores quirografarios; porque las costas absorberían una buena parte del valor de los inmuebles embargados y disminuirían, por consiguiente, el haber de la masa, á la que corresponde el excedente del precio cuando los acreedores hipotecarios que

dan resarcidos. Así, pues, los derechos é intereses de todos exigen que los frutos sean inmovilizados (1)

Teniendo los acreedores la posesión de los bienes, ellos también son los que los administran. Ya antes del abandono podían ejercitar todos los derechos de su deudor (artículo 1,166); y naturalmente conservan ese derecho después del abandono. (2) Se ha fallado, por aplicación de este principio, que los acreedores tienen derecho á interponer apelación contra un fallo que reconoce á un tercero un privilegio sobre los bienes abandonados; los acreedores tienen derecho é interés para promover, mientras que sí se concibe la inacción del deudor después del abandono que él hace de sus bienes.

221. Por poco numerosos que sean los acreedores, no pueden por sí mismos administrar los bienes abandonados. Se acostumbra que constituyan una "dirección" por un convenio que se llama "contrato de unión." En virtud de esta asociación, la gestión de los negocios se confía á administradores que llevan el nombre de síndicos. Las atribuciones, los derechos de los síndicos, las garantías de los acreedores, se determinan por el contrato de unión. A lo que parece, esta administración corresponde raras veces á los deseos de los acreedores, si vamos á juzgar por las quejas de los autores. Toullier dice que pasan años tras años en deliberaciones, en discusiones ruinosas, y que el día menos pensado vienen á anunciar á los acreedores que los gastos han absorbido todo el activo. Si así es, se concibe, como dice Larombière, que los acreedores teman los contratos de unión más que la ruina y la quiebra. (3) ¿Qué

1 Grenoble, 20 de Julio de 1843 (Daloz, 1845, 2, 16). Limoges, 13 de Marzo de 1869 (Daloz, 1870, 1, 217). Toullier, t. IV, 1, página 203, núm. 239.

2 Lieja, 25 de Noviembre de 1819, confirmada por casación, 4 de Noviembre de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 231).

3 Toullier, t. IV, 1, pág. 207, núm. 251. Larombière, t. III, página 499, núm. 12 del art. 1,267 (Ed. B., t. II, pág. 318).

hacer? Creemos nosotros que el verdadero remedio no está en la unión de los acreedores; esta gestión será siempre poco eficaz, á menos que por una mera casualidad haya un hombre capaz y honrado que tome á su cargo los intereses de todos. No hay más que un medio de impedir la dilapidación del patrimonio del deudor, y es corregir las leyes de procedimientos; las formas son la garantía de los litigantes, pero cuando se multiplican excesivamente, como lo hace nuestra legislación, se vuelven contra los que están obligados á dirigirse á la justicia, absorbiendo en costas el patrimonio que debiera ser la prenda de los acreedores. Pero si se quiere reformar seriamente el procedimiento, se debe empezar por abolir los oficiales ministeriales que están interesados en perpetuar los abusos. La cuestión es capital; por esto es que agregamos nuestra reclamación á la protesta de todos los que se empeñan en que la distribución de la justicia no sea una explotación de los litigantes.

222 ¿Cuáles son los poderes de los síndicos? El contrato de unión que los determina. Resulta de la naturaleza de las cosas que los síndicos son los representantes de la masa procedida en nombre de todos los acreedores unidos; luego hay que aplicar los principios que rigen el mandato. Los mandatos están ligados por las escrituras que constituyen sus mandatarios, cuando se están dentro de los límites de su mandato. Si los síndicos se salen de sus poderes, si proceden ilegalmente los mandantes; es decir, la unión de los acreedores, pueden atacar los actos de aquellos. Se ha fallado que los acreedores individualmente no tenían semejante derecho; en efecto, los síndicos no representan á cada acreedor sino á todos los acreedores; luego si uno de los acreedores pide la nulidad de los actos llevados á cabo por los síndicos, debe incluir en la demanda á todos los acreedores. (1)

1 Colmar, 20 de Febrero de 1820 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,282, 1°)

223. La cesión da á los acreedores el derecho de mandar vender los bienes del deudor, pero la venta se hace á nombre de éste porque sigue siendo propietario de los bienes cedidos. Esto es de la esencia del contrato de abandono. El art. 1,269 así lo dice de la cesión judicial, y debe admitirse el mismo principio para la cesión voluntaria, salvo convenio en contrario. Tal es lo que ha resuelto la Corte de Casación en materia fiscal. Los primeros jueces habían interpretado la cesión en el sentido de que la propiedad de los bienes del deudor venía á parar transitoriamente en manos de los acreedores con la obligación de vender. Semejante contrato no sería de admitirse, á menos que la voluntad de las partes sea formal, porque estaría en oposición con los intereses de los acreedores, como ya lo hicimos notar (núm. 218). La ley de 22 frimario año VII, consagra los verdaderos principios (art. 68, § IV, núm. 1); ella no somete sino á un derecho fijo los abandonos de bienes, sean voluntarios, sean forzados, para ser vendidos en dirección; esto prueba, dice la Corte de Casación, que el abandono voluntario no confiere la propiedad á los acreedores, como tampoco el abandono forzado, supuesto que este acto no está sometido al derecho proporcional que la ley impone sobre toda mutación. (1)

Tal es el carácter distintivo de la cesión; cuando el convenio celebrado entre el deudor y los acreedores transfiere á éstos la propiedad de los bienes, deja de haber cesión y hay venta ó dación en pago. En un caso que se presentó ante la Corte de Riom, el deudor había vendido los bienes de una sucesión á los acreedores para libertarse de las inmensas deudas que gravaban los bienes ya embargados realmente. Singular contrato era este, y la Corte de Riom tuvo razón para decir que en él no podía verse una cesión

1 Casación, 27 de Enero de 1809 (Daloz, *Registro*, núm. 4,204). Cómparese Duranton, t. XII, pág. 374, núm. 214.

de bienes. Desde luego el abandono no se refería sino á los bienes de la sucesión; ahora bien, dice la sentencia, el abandono hecho á los acreedores debe ser íntegro y comprender todos los bienes que son la prenda común de los acreedores. Además, la cesión tiene por objeto esencial el derecho, que es al mismo tiempo una obligación de realizar el haber del deudor, á fin de resarcir á los acreedores y exonerar al deudor. (1)

221. Decimos que los acreedores deben vender; un propietario vende cuando gusta; los acreedores no son propietarios, no son sus bienes los que ellos venden, sino que están encargados de venderlos. La cesión es un mandato, pero es uno de esos mandatos singulares que se hacen por interés del mandatario, tanto como por el interés del mandante; el interés de los acreedores juntamente con el del deudor, es lo que ha provocado la cesión: los unos están interesados para liquidar á poca costa los bienes que les sirven de prenda, el otro porque el valor de sus bienes se ha distribuido entre sus acreedores, á fin de verse libre al menos hasta concurrencia de dicho valor. Esto es lo que, en el lenguaje de escuela se llama un mandato *in rem suam*. El carácter distintivo de este mandato, es ser irrevocable, mientras que el mandato ordinario es revocable por su esencia. Siguese de aquí que el deudor está obligado á dejar vender sus bienes por los acreedores á quienes se los abandonó. Sin embargo, y esto es de entenderse, él podía recobrar los bienes que son siempre su propiedad, si resarciera por completo á sus acreedores. (2). La ley así lo dice en un caso análogo, el abandono (Ley Hip., artículo 101). Esto es una hipótesis de escuela en lo que concierne al deudor que ha cedido todos sus bienes porque no

1 Riom, 15 de Julio de 1820 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,283.

2 Larombière, t. III, pág. 494 núm. 5 del art. 1,266 (Ed. B.; tomo II, pág. 307).

está en estado de pagar sus deudas; serían necesarias circunstancias muy extraordinarias para que volviese á mejor fortuna.

225. Hay una dificultad más práctica que es preciso prever. El deudor sigue siendo propietario y ha abandonado todo su haber á sus acreedores. Se concibe que se vea tentado á vender los bienes bajo de mano á fin de crearse recursos ó que contraiga nuevas deudas para vivir. ¿Cuál sería el efecto de estas enajenaciones y de estos préstamos? Entre las partes contrayentes, estos actos son perfectamente válidos, porque el deudor que sigue siendo propietario puede, respecto de los terceros, disponer libremente de sus bienes; puede vender, puede contratar. No sucede lo mismo con los acreedores á queines ha hecho el abandono de sus bienes. El deudor no puede revocar el mandato que ha dado á sus acreedores; y no puede hacerlo ni directa ni indirectamente, y equivaldría á revocar el mandato y quitar á los acreedores la garantía que la cesión debía procurarles el vender los bienes abandonados que contraer nuevas deudas si esos actos fuesen válidos respecto de los acreedores, porque la venta los despojaría de su prenda, y el concurso de nuevos acreedores disminuiría la parte que tuvieran en la distribución. De este modo se llega á la consecuencia de que los actos de disposición, directos ó indirectos que el deudor hace posteriormente á la cesión, son válidos entre las partes, pero que no se pueden oponer á los acreedores. Estos podrán pedir su nulidad sin recurrir á la acción pauliana, siempre eventual, porque exige la complicidad de los terceros; los acreedores pueden rechazar los actos del deudor en virtud de la cesión que el deudor les ha consentido. (1).

1 Toullier, t. IV. 1. pág. 206, núm. 244. Duranton, t. XII. página 375, núm. 444. Colmet de Santerre, t. V. pág. 112, núm. 214 bis. Larombière, t. III, pág. 498, núm. 10 del art. 1,266 (Ed. B., t. II, pág. 308).

Los terceros que contraten con el deudor, serán lesionados, no tendrán más garantía que los bienes que el deudor pueda adquirir posteriormente á la cesión, garantía casi ilusoria. Hay, en este punto, un vacío en la ley. Debera haber prescripto la publicidad de los contratos de abandono á fin de prevenir á los terceros que no pueden contar ya con los bienes abandonados. La ley rodea de cierta publicidad las cesiones judiciales (Cód. de Proc., arts 901 y 903); pero esta publicidad es insuficiente, y no es conveniente á las cesiones voluntarias, las únicas que pueden presentarse desde la abolición de las penas corporales. Nuestra ley hipotecaria no ha sometido á la transcripción más que los actos translativos de derechos reales inmobiliarios: las cesiones, aunque como actos translativos de propiedad, interesan á los terceros; el legislador habría debido someterlas á la transcripción. La publicidad más completa es el único medio de resguardar los derechos y los intereses de los terceros.

226. ¿En qué forma se hará la venta de los bienes? Cuando la cesión es judicial, la venta debe hacerse en las formas prescriptas para los herederos beneficiarios (Cód. de Proc., art. 904). Los autores admiten que lo mismo es en caso de cesión voluntaria. Se dice que las partes no habiendo arreglado nada en cuanto á las formalidades que han de cumplirse para la realización de su prenda común, se le reputa por lo mismo que se acogen á las disposiciones concernientes á la cesión judicial. (1) Mala es la razón para decidir; sin duda que la cesión es una, tiene la misma causa, la insolvencia del deudor, y el mismo objeto, la liquidación de su haber. Sin embargo, hay una diferencia considerable entre la cesión judicial y la cesión voluntaria. La primera se hace apesar de los acreedores; la ley, pues,

1 Duranton, t. XII, pág. 374, núm. 244. Larombière, t. III, página 499, núm. 13 (Ed. B., t. II, pág. 309).

ha tenido que resguardar su interés y darles garantías. La obra se hace amigablemente y con el fin evidente de ahorrar los gastos: el fin implica libertad completa de vender sin forma alguna, á menos que el contrato estipule formas. Harémos, pues, el razonamiento diametralmente contrario al que hace M. Larombière: por el hecho solo de que el contrato no prescribe ninguna forma á los acreedores, están en libertad de vender como lo crean conveniente.

227. El precio que proviene de la venta, se distribuye entre los acreedores, según el derecho común; luego por contribución, á menos que haya entre ellos causas legítimas de preferencia (art. 2,093; Ley Hipotecaria, art. 8). Si por acaso hubiera un excedente, éste correspondería al deudor. Esta es una nueva confirmación del principio que, á nuestro juicio, rige esta materia, á saber que la cesión no es más que un mandato de vender. Si implicara enajenación, el excedente aprovecharía á los acreedores, y sin causa alguna. Este resultado sería muy inicuo, porque los acreedores se enriquecerían á expensas de un deudor que se ha despojado de todo su haber para satisfacerlos.

Los acreedores privilegiados é hipotecarios son pagados de preferencia, á los acreedores quirigrafarios, pero para esto es menester que hayan conservado sus derechos renovando sus inscripciones. En el el título "De las Hipotecas" diremos que las inscripciones deben renovarse hasta el momento en que los acreedores han adquirido un derecho sobre el precio. Ahora bien, la cesión les da únicamente el derecho de vender; y solo por la venta se realiza la garantía hipotecaria, debiendo pagar el adjudicatario su precio á los acreedores; á contar desde este momento, las inscripciones no deben renovarse, puesto que han producido su efecto. Podría objetarse que la cesión da un derecho exclusivo sobre los bienes á los acreedores que la han aceptado é inferir que desde ese momento el valor de

los bienes queda afecto á los acreedores hipotecarios y privilegiados. Esto seria razonar muy mal, porque el deudor puede recobrar sus bienes resarciendo á los acreedores; esto casi no sucederá, es verdad, pero al menos puede que el derecho de los acreedores hipotecarios no se ha realizado todavía; lo que es decisivo. (1)

228. La cesión despoja al deudor de la posesión de los bienes y se la da á los acreedores. Así pues, éstos tienen el derecho de perseguir á los deudores. Esto no tiene la menor duda. Pero aquí se presenta un nuevo vacío. La ley no prescribe ninguna publicidad, ni siquiera una notificación de la cesión á los deudores. No puede decirse que el art. 1,600 es aplicable, porque la cesión no es un traslado de crédito. La prudencia exige, no obstante, que los acreedores notifiquen el contrato de abandono; porque éstos en la ignorancia en que están del abandono, pueden y deben pagar á su acreedor. Se ha fallado que si son perseguidos por el acreedor, no pueden oponerle el contrato de abandono; este contrato como todos, no tiene efecto sino entre las partes contrayentes; los deudores son extraños; luego no pueden invocarlo. (2).

## § II. --DE LA CESIÓN VOLUNTARIA.

### *Núm. 1. Condiciones.*

229. "La cesión voluntaria de bienes es la que los acreedores aceptan voluntariamente" (art. 1,267). ¿Quién puede consentir en cesión? La cesión es un contrato; luego se necesita la capacidad para contratar. ¿Pero basta con esta capacidad? Esto depende de las cláusulas que contiene el contrato de abandono y de los efectos que se le atribuyen.

1 Larombière, t. III, pág. 495, núm. 6 del art. 1,266 (Ed. B., tomo II, pág. 307).

2 Bruselas, 20 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 280).  
P. de D. TOMO XVIII—36

Si el contrato expresa que el deudor queda exonerado mediante la cesión que hace, resulta de esto que los acreedores hacen al deudor la condonación de una parte de sus créditos en el caso en que los bienes cedidos fuesen insuficientes para resarcirlos, cosa que es común, porque la ley supone que el deudor no se halla en estado de pagar sus deudas. Ahora bien, solo los acreedores que tienen la libre disposición de sus derechos, pueden renunciarlos en todo ó en parte. Esto equivale á decir que los administradores legales, tales como el tutor y el marido, no podrían consentir un contrato de abandono. Y no lo podrían, en nuestra opinión, aun cuando la cesión no exonerase expresamente al deudor; creemos, como vamos á procurar demostrarlo, que la cesión exonera al deudor, á menos que haya estipulación en contrario.

Sin embargo, se ha fallado que el tutor podía consentir en el contrato de abandono. (1) Pero la sentencia dice que el deudor no estaba exonerado sino hasta la concurrencia del valor de los bienes abandonados; lo que cambia la cuestión. No se trata entonces más que de un simple mandato de vender, y este mandato es muy favorable á los acreedores, porque evita los considerables gastos del embargo y de la venta judicial. Sin embargo, dichas formas se consideran como una garantía, y dudamos que el tutor tenga derecho á renunciarlas.

230. ¿Quién debe consentir? Siendo la cesión un contrato voluntario, todos los acreedores deben consentir si se quiere que el contrato tenga efecto respecto á todos. En materia de quiebra, la mayoría de los acreedores, tal como la ley lo determina, liga á la minoría; de suerte que la minoría está ligada por un contrato que ella se ha negado á consentir. Esta disposición es del todo exorbitante del derecho común; deroga un principio esencial de los conve-

1 Blom, 13 de Julio de 1820 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,282).

nios: nadie puede ser obligado por su consentimiento. Por un favor especial á los comerciantes, la ley ha admitido esta excepción; luego no puede extenderse al contrato de abandono. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. (1)

¿Quiere decir esto que la cesión sea nula cuando no la han consentido todos los acreedores? Si la cesión contiene la cláusula de que no sería válida sino cuando todos los acreedores la consienten, cesa de haber cuestión; la cesión será condicional, y, por consiguiente, no existirá si hay un acreedor disidente. Pero nada impide que los acreedores consientan una cesión apesar del disentimiento de uno ó de varios de entre ellos. (2) Nada más que esta cesión estará llena de embarazos: teniendo los acreedores disidentes el derecho de embargar los bienes y venderlos ¿cómo la unión de los acreedores podrá proceder á la venta amigable y liquidar el haber del deudor?

231. ¿Quién puede obtener una cesión? Todo deudor, comerciante ó nó. La ley no interviene en los asuntos de los particulares, sino que les deja entera libertad para arreglarlos como se les ocurra. En la misma ley sobre quiebras, de 8 de Abril de 1851, hay una disposición que parece derogar este principio: según los términos del artículo 535, "ningún deudor comerciante será aceptado á pedir su admisión al beneficio de la cesión." Este artículo se refiere nada más á la cesión judicial; el texto lo prueba, y el espíritu de la ley no es dudoso. Los acreedores y el deudor están en libertad de arreglar sus intereses como mejor les ocurra; la cesión voluntaria puede pues, tener lugar á toda hora, después, como antes de la quiebra; pero, á diferencia del concordato, supone el consentimiento de to-

1 Durantou, t. XII, pág. 372, núms. 242 y 243. Denegada, 3 de Junio de 1816 (Daloz, *Obligaciones* núm. 1,302).

2 París, 15 de Diciembre de 1815 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,275).

dos los acreedores. Si la ley prohíbe la cesión judicial que un quebrado quisiera hacer apesar de sus acreedores, es porque dicha cesión deja de tener razón de ser, en caso de quiebra. En efecto, ella tiene un solo objeto, y es procurar al deudor la libertad de su persona (art. 1,268); y según el mismo Código de Comercio, el quebrado queda libre de la pena corporal si se ha declarado excusable: (1) y la ley que deja abolida la pena corporal, hace enteramente inútil la cesión judicial.

*Núm. 2. Efectos de la cesión.*

232. Según los términos del art. 1,267, "la cesión voluntaria no tiene más efecto que el que resulta de las estipulaciones mismas del contrato celebrado entre los acreedores y el deudor." Se pregunta si, á ausencia de una estipulación, la cesión exonera enteramente al deudor, ó si no queda exonerado sino hasta la concurrencia del valor de los bienes que él abandona á los acreedores; la cuestión es controvertida; es bastante ociosa, porque la estipulación, en lo concerniente á los efectos de la cesión, es tan esencial, que casi no se concibe que el contrato de abandono guarde silencio sobre un punto que interesa en el más alto grado á las partes contrayentes. Sin embargo, esto puede suceder; luego se necesita una decisión cualquiera.

El Código trata de la cesión de bienes en la sección "Del Pago;" pone la cuestión en la misma línea que el pago en general (§ I), el pago con subrogación (§ III), las ofertas de pago seguidas de consignación (§ IV); así, pues, considera la acción como un modo de extinción de las obligaciones; es así que la cesión judicial no exonera al deudor (art. 1,270); luego este efecto debe ser propio de la cesión

1 Donogada, 18 de Abril de 1849 (Dalloz, 1849, I, 110). Duranton, t. XII, pág. 374, núm. 244.

voluntaria. Si la cesión consentida por los acreedores no extingue la deuda, hay que decir, como se hace en la opinión contraria, que malamente los autores del Código han hablado de la cesión en el capítulo "Del Pago." (1) ¿No serían los intérpretes los que no tuviesen razón? Los términos mismos del art. 1,267 implican la exoneración del deudor: abandona á sus acreedores todo lo que tiene, porque no se halla en estado de pagar sus deudas; los acreedores pueden rehusar este abandono, aun cuando conserven todos sus derechos contra el deudor, y aun cuando éste fuese admitido al beneficio de cesión por la sentencia del juez (art. 1,270); á la vez que aceptan el abandono, pueden además estipular que el deudor no quede exonerado sino hasta la concurrencia del valor de sus bienes; pero si no hace esa reserva, ¿no es esto una prueba de que su intención es exonerar al deudor definitivamente? (2)

Generalmente se adopta la opinión contraria. Toullier y Zachariæ no dan ninguna razón, y Larombière las da malas (3) Una renuncia, dice él, no se presume; ciertamente que nó, pero ¿acaso no puede ser tácita? ¿y no debe verse una renuncia tácita en el hecho de que los acreedores aceptan el abandono de todos sus bienes por un deudor que no se halla en estado de pagar todas sus deudas? Tal es la verdadera cuestión. Se pretende que el Código la resuelve: él decide que la cesión judicial no exonera al deudor, y por idénticas razones, se debe interpretar en el mismo sentido la cesión voluntaria. ¡Cómo! hay identidad, bajo este concepto, entre la cesión voluntaria que se impone á los acreedores y la cesión que los acreedores aceptan? ¿Acaso puede el juez exonerar al deudor cuando los acree-

1 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. III, pág. 443 nota 22.

2 Duranton, t. XII, pág. 376, núm. 247.

3 Toullier, t. IV, pág. 205, núm. 243. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. III, pág. 441 y siguientes. Larombière, t. III, pág. 490, núm. 7 del art. 1,266 (Ed. B., t. II, pág. 307).

dores se niegan á hacerlo? Pero lo que el juez no puede, los acreedores sí lo pueden, porque pueden renunciar á sus derechos, mientras que el juez debe soportarlos prestándoles el apoyo de su autoridad.

233. En la opinión contraria, la cesión no tiene otro efecto, á favor del deudor, que suspender las persecuciones de sus acreedores, salvo el volver á reanudarlas si alcanzase mejor fortuna. En nuestra opinión, el deudor queda exonerado definitivamente; pero hay que decir de él lo que hemos dicho del quebrado concordatario, y es que queda á su cargo una obligación natural. Lo que lo prueba, es que la ley impone una incapacidad política. Según la ley de 1.º de Abril de 1843, los que están en estado de quiebra declarada y los que han hecho cesión de sus bienes no pueden ser electores por todo el tiempo que no hayan pagado inseguramente á sus acreedores. La ley no distingue entre la cesión voluntaria y la cesión judicial; no distingue si el contrato de abandono ha exonerado al deudor ó si los acreedores se han reservado sus derechos; esta es una disposición general y de moralidad: es preciso enseñar á los hombres á que cumplan sus compromisos.

## § II.—DE LA CESION JUDICIAL.

234. “La cesión judicial es un beneficio que la ley concede al deudor desgraciado y de buena fe, al cual se le permite, para tener la libertad de su persona, que haga judicialmente el abandono de todos sus bienes á sus acreedores, no obstante todas las estipulaciones contrarias” (artículo 1268). ¿Por qué la ley admite al deudor al beneficio de cesión siendo que los acreedores han rehusado aceptar el abandono que él les ha ofrecido, y apesar de los convenios en contrario? El orador del Gobierno nos va á decir la razón. “Si los acreedores rehusan la cesión, la ley

interviene: manda que se examine si las desventuras del deudor son reales, si su buena fe es irreprochable; y cuando aparece que los acreedores motiven motivo alguno razonable para rehusar que se ponga en sus manos la prenda entera de los créditos, la ley considera como acto de humanidad así como de utilidad general, obligar á esos acreedores á que reciban la cesión y á vedarles las persecuciones contra la persona del deudor." (1) Parece contraio á todo principio que la ley conceda al deudor un beneficio que los acreedores le niegan, y que quite á los acreedores un medio de acción que ella misma les otorga, la encarcelación. Y es porque la pena corporal deja de tener razón de ser cuando el deudor es desgraciado y de buena fe, y la cesión judicial no produce más efecto contra los acreedores ni en favor del deudor; ahora bien, es del resorte del legislador que permite la encarcelación, restringir su ejercicio. Esa es toda la cesión judicial: una excepción á la ley que autorizaba la encarcelación contra los comerciantes y, en ciertos casos, contra los deudores civiles.

235. La ley de 27 de Julio de 1871, ha suprimido la pena corporal, salvo las restricciones siguientes: "Se mantiene en materia penal para la ejecución de la condena, á la restitución, á los daños y perjuicios y á las costas. Puede pronunciarse en cualquiera otra materia para las restituciones, daños y perjuicios y costas, cuando son el resultado de un hecho prescripto por la ley penal, ó de un acto ilícito cometido *malignamente* y de *maia fe* (arts. 2 y 3). En Francia, una ley de 22 de Julio de 1867 abolió igualmente la pena corporal en materia civil. Se pregunta si, en presencia de estas nuevas leyes, la cesión judicial subsiste todavía. Ya, en virtud de la nueva ley sobre las quiebras, carecía de interés para los comerciantes, supuesto que nin-

1 Bigot-Prámeneu, Exposicion de Motivos, núm. 143 (Looré, t. VI, pág. 173).

gún deudor comerciante era admitido al beneficio de cesión; la cesión era inútil, porque el quebrado, declarado excusable, permanecía exento de la pena corporal (artículo 535). Las leyes que han abolido la pena corporal en materia civil, también han abolido la cesión judicial, sino de derecho, al menos de hecho. Según el art. 1,268, la cesión judicial no tiene más objeto que libertar al deudor de la pena corporal; así es como ha sido explicada la ley por el relator del Tribunado. "Para que un deudor desgraciado y de buena fé sea admitido á la cesión judicial, es preciso que á causa de alguno de sus compromisos esté bajo la prisión de la pena corporal. La cesión judicial no se ha introducido sino para exonerar á la persona del deudor. (1)

Así, pues, queda por averiguar si el deudor que, en virtud de las leyes nuevas, puede todavía ser encarcelado por excepción, se halla en el caso de invocar el beneficio de cesión. En materia puramente civil, nó, puesto que la ley supone que el deudor es de "mala fe," y la cesión no puede ser pedida sino por el deudor de "buena fe." Si el deudor es encarcelado en materia penal, muy rara vez acontecerá que pueda aprovecharse del beneficio de la cesión; porque puede considerarse como "desgraciado" y de "buena fe" el autor de una infracción penal? Sin embargo, se ha citado un caso en que sería admisible en cesión. El que es condenado por homicidio de culpa, puede ser desgraciado y de buena fe; del mismo modo las contravenciones de policía no excluyen la buena fe; si, además, el deudor ha sufrido adversidades, el juez podía concederle el beneficio de cesión para libertarlo de la pena corporal. Estos casos son tan raros que puede considerarse la cesión judicial como abolida de hecho. Así, pues, nos limitaremos á analizar las disposiciones del Código, remitiendo á las fuentes para los

1 Jaubert, Dictamen núm 34 (Loché, t. VI, pág. 213).

pormenores; la cesión no es ya más que punto histórico y nuestro trabajo no es una obra histórica.

236. ¿Que puede pedir la cesión judicial? El art. 1,268 contesta que la ley la otorga al deudor infeliz y de buena fe. Síguese de aquí que el deudor que invoca el beneficio debe probar su buena fe y las desgracias que lo han puesto en estado de no pagar sus deudas; tales son las condiciones bajo las cuales la ley permite conceder la cesión, y naturalmente al actor es á quien corresponde probar que cumple con los requisitos de la ley. (1)

¿Quién debe entenderse por desgracias y por buena fe? Acerca de este punto remitimos á la jurisprudencia. (2) La ley debe aplicarse con alguna indulgencia, porque de lo contrario, nunca sería aplicable; conforme el rigor del derecho, la imprudencia, la falta de habilidad bastarían para rehusar el beneficio de cesión; la Corte de Burdeos se ha pronunciado por el deudor imprudente ó inhábil: ésta es cuestión de apreciación. (3)

237. El Código de Procedimientos excluye á ciertas personas del beneficio de cesión. Remitimos al texto y á los autores, así como á la jurisprudencia que han interpretado la ley. (4) Sin embargo, debe mencionarse una de esas excepciones. Los extranjeros no son admitidos al beneficio de cesión; así, pues, se le considera como uno de esos derechos puramente civiles cuyo goce no pertenece al extranjero. Hé aquí, una disposición que habla en contra de los

1 Durantou, t. XII, pág. 383, núm. 260. Larombière, t. III, página 561, núms. 5 y 6 del art. 1,268 (Ed. B., t. II, pág. 310). La jurisprudencia está conforme. (Daloz, núms. 2,294 y 2,295). Bruselas, 4 de Febrero de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 37).

2 Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,296.

3 Burdeos, 24 de Mayo de 1849 (Daloz, 1853, 5, 72).

4 Durantou, t. XII, pág. 386, núm. 270. Larombière, t. III, página 501, núm. 5 del art. 1,268 (Ed. B., t. II, pág. 310). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Daloz*, núms. 2,306, 2,318, y Bruselas, 4 de Febrero, 9 de Noviembre de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, págs. 36 y 279).

derechos civiles. ¿Acaso un extranjero no puede ser desgraciado y de buena fe? ¿Acaso la humanidad que ha introducido ese derecho no puede aprovechar á todo hombre? Pascal se mofaba de las leyes que hacen depender lo justo ó lo injusto de las fronteras de un Estado; ¿qué diría él de una ley que declara humano respecto á un extranjero lo que sería inhumano respecto de un indígena?

El art. 905 del Código de Procedimientos ha dado lugar á una cuestión muy controvertida. ¿El limitativo? ¿y en qué sentido? Remitimos á la jurisprudencia. (1)

238. Las formas, en otro tiempo eran humillantes para el deudor. Este es un rasgo de las costumbres del que se debe tomar nota. ¿Se quería, por esa humillación, impedir que el deudor hiciera una cesión fraudulenta? ¿ó las costumbres eran severas hasta el punto que se impusiese una especie de infamia al que no pagaba sus deudos íntegramente? (2) Sea lo que fuere, había contradicción en manciillar al deudor á quien se suponía "desgraciado y de buena fe." Quedan todavía algunos restos de estas antiguas costumbres en las formas prescriptas por el Código de Procedimientos. Remitimos á la ley y á las autoridades.

239. ¿Cuáles son los efectos de la cesión? Ya dijimos cuáles son esos efectos respecto á los bienes que el deudor abandona; el art. 1,269 los resume en estos términos: "La cesión judicial no confiere la propiedad á los acreedores, sino que únicamente les da el derecho de mandar vender los bienes en su provecho y de percibir las rentas hasta la venta." Hay una diferencia entre la cesión voluntaria y la cesión judicial en cuanto á las formas en las cuales la venta puede y debe hacerse. Cuando los acreedores están de acuerdo con el deudor, la venta puede hacerse amigablemente; cuando la justicia concede la cesión apesar de

1 Dalloz. *Repertorio, Obligaciones*, núms. 2,302-2,305).

2 Pasquier, *Investigaciones*, IV, 10, pág. 376.

los acreedores, la ley prescribe formas que garantizan los intereses de los acreedores y del deudor. No faltan las disputas cuando se trata de formas; remitimos á la jurisprudencia. (1)

240. "La cesión no exonera al deudor sino hasta concurrencia del valor de los bienes abandonados; en el caso en que hubiesen sido insuficientes, si le vienen otros, está obligado á abandonarlos hasta el perfecto pago" (artículo 1,270). Agreguemos el comentario de Jaubert, relator del Tribunalado: "¿Los bienes que el deudor haya adquirido desde la cesión, no vendrán á ser la prenda de los acreedores? En otro tiempo se había vacilado sobre esta cuestión, según la idea de que *afflictio non debet addi afflictio*. Sin duda que la humanidad tiene sus derechos. Existe entre los hombres un vínculo de benevolencia que la desgracia no debe romper, pero la ley no ha debido detenerse en esta consideración. Independientemente de la justicia estricta que no permite que un deudor posea bienes con perjuicio de sus acreedores, hay que impedir, hasta donde sea posible, los fraudes que podrían resultar de la cesión; y á menudo sería provocarlos el asegurar al deudor que hubiese hecho cesión de bienes el goce de los que posteriormente hubiese adquirido." Esta es una consecuencia del carácter forzado de la cesión; la ley no tiene el derecho de despojar á un acreedor de una parte de su crédito, porque esto sería atentar á la propiedad, sería una expropiación por causa de humanidad; es decir, una violación de la constitución. (2)

241. La cesión judicial no produce más que un efecto á favor del deudor, opera el descargo de la pena corporal (art. 1,270). Ella produce varios efectos contra el deudor.

1 Dalloz, *Obligaciones*, núms. 2,343-2,348.

2 Compárese Larombière, t. III, pág. 497, núm. 9 y pág. 513, número 10 (Ed. B., t. II, pág. 315).

El que ha hecho cesiones de su bienes no puede ya ser elector; basta que haya pagado sus deudas íntegramente (Ley de 1.º de Abril de 1843). Esta es una disposición tomada á la constitución del año VIII (art. 5), por cuyos términos el ejercicio de los derechos políticos ó cívicos se suspendía por el estado del deudor quebrado. (1) Suspende ella también el ejercicio de su derechos civiles. La Corte de Bruselas falló la negativa. (2) Durantón aplica á las causas de bienes lo que el Código de Comercio dice de la quiebra; el deudor comerciante que es admitido á la cesión no puede presentarse en la Bolsa sino después de haber obtenido su rehabilitación (art. 614 y Ley de 18 de Abril de 1851, art. 592). Esto es dudoso, porque las incapacidades son de derecho estricto. En cuanto á la disposición del art. 83 del Código de Comercio, está abrogada en Bélgica por la ley del 31 de Diciembre de 1867.