

K 2219
o F 8
L 3
418



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON.



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 Benusson *Tratado de la Subrogación*, París, 1701, 1 vol. in-4º. (Hay ediciones que dicen *Dernussón*.) Mourlón, *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 debe 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 jurisconsultos 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 más 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 más 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 supradichos antiguos acreedores, sin más 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 Renusson, 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 (Loché t. VI, pág. 168) Jaubert, Dictamen, núm. 20 (Loché, pág. 209) Mouricault Discursos número 37 (Loché, 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 preguntárse 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 transfiera el crédito al prestamista, sea; pero ¿basta con esto para que la lógica quede á salvo? El deudor transfiera 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? Repitamos, que en el dominio de la ficción el sistema del Código es más consecuente.

Agrega Merlin que la subrogación, si es que transfiera 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 strictísima 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, nó, 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 transfiriere 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 dirigirsele. El objeto del legislador es favorecer la liberación del deudor, y este objeto se consigue en la opinión que transfiriere 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, pag. 355, num. 189 bis III.