

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. Qué la subrogación descansa en una ficción, es cosa que no podría negarse. Pothier acaba de decírnoslo 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. Tal es, 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 Prémeneu dice con todas sus letras, en la "Exposición de Motivos," que si el tercero que paga se hace subrogar en

1 Pothier, *Introducción á 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 deudor, 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, *Dict.* 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 (Daloz, en la palabra *Privilegios é Hipotecas*, núm. 2,351, 3°)

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

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 nó 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 (Dalloz, 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 débil. 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 (*Pasicrisia*, 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 sin 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 ménos, 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 enajenar; 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 Santerre, 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 sí 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. Nó, 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 Mourlón, *De la subrogación*, págs. 14, 29 y sigs. Gauthier, pág. 101 y siguientes, núms. 103 y 104. En sentido contrario, Durantón, t. XII, pág. 188, núm. 121 y 122.