

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 Casación, 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 recibí 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 debe 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 ceder 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, *Introduction á la coutume de Orléans*, tit. XX, núm. 66.

2 Bigot-Préameneu, 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 (Daloz, 1846, 1, 49), y Montpellier, 15 de Diciembre de 1847 (Daloz, 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 individuo, 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 confunde 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 cesión de un crédito comprende los accesorios del crédito, tales como fianza, privilegio ó 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 produce 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 Darantón, 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. Mourlon, *De la Subrogación*, pág. 26. Demolombe, t. XXVII, pág. 278, núm. 328.

2 Mourlon, *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, rota 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 interviene entre el acreedor y el subrogado.

X 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, hacía 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 (Daloz, en la palabra *Embargo Ejecutivo*, núm. 67).

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