

porte de las obligaciones hipotecarias por ellos subscrip-
tas, 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 ge-
rente de negocios. La sentencia agrega que los acreedo-
res habían puesto inmediatamente en caja las sumas per-
cibidas por el comisario y logrado así el objeto que se pro-
ponían sin correr riesgo alguno, puesto que los recibos en-
tregados al tercer pagador expresaban que estaba subro-
gado sin garantía alguna. Entablada apelación, recayó
sentencia de denegación. Pero la Corte de Casación se cui-
da mucho de reproducir la teoría de la gestión de nego-
cios en lo que la Corte de Nancy había fundado su deci-
sión. La jurisprudencia abusa singularmente de la ges-
tión de negocios; diríase que es una panacea que puede re-
mediar 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 sub-
rogar; 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 equiva-
le al mandato, pero excluye la gestión de negocios; ésta,
cuando existe, hace veces de mandato sin ratificación nin-
guna.

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." Lue-
go todos los que pagan pueden ser subrogados por el acree-
dor 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 en-
tregar el dinero á nombre del tercero? Ni debía proponer-
se la cuestión, porque equivale á preguntar si podemos ha-
cer por mandatario lo que la ley permite que hagamos
personalmente. ¿Pero si el deudor fuere portador del man-
dato? 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 in-
voca 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 acree-
dor en su propio nombre. No es este el caso del art. 1,250,
núm. 1, sino del núm. 2; es decir, de la subrogación con-
sentida por el deudor; para que haya subrogación en este
caso, no basta que el deudor entregue al acreedor el dine-
ro prestado, se necesitan otras condiciones y otras formas
que expondremos más adelante. No es esa nuestra hipóte-
sis. 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 ad-
mitido 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-
rre, t. V, pág. 36, núm. 190 bis, I. Aubry y Rau, t. IV, pág. 171, no-
tas 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 pala-
bra *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 actualmente. 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 (Loaré, 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 prescritas 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 Linojes, 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 (Daloz, 1848, 1, 209).

2 Denegada, 14 de Diciembre de 1858 (Daloz, 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 rea-

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, 1, 161).

lizada más tarde por instrumento notariado. (1) Si la translación 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 denegada, 6 de Noviembre de 1854 (Daloz, 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 expondrémos 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 Moulón. *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).