

llevasen 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. Demolombe, 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 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,864, II).

2 Bruselas, 2 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 59). Denegada, 2 de Julio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 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 (Daloz, 1847, 1, 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 (Daloz, 1855, 1, 145).

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

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

bló querella; la Corte de Casación contesta que la de Apelación había examinado subsidiariamente 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. 1,323? 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 (Dalloz, 1857, 1, 309), y 7 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 156).

2 Denegada, 31 de Enero de 1843 (Dalloz, *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 (Dalloz, 1858, 1, 150). Denegada, 2 de Julio de 1863 (Dalloz, 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 (Dalloz, 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. Enséñase 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 choca 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 pertenecen 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 subrogue 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 atrasadas que era al 12 p.º, había bajado al 6½ p.º. 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.º cuando escasea el dinero, tiene vivísimo interés en arreglar un préstamo al 4 p.º 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, puesto 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, LIV. 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 él 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 extenderse por vía de analogía, pero la subrogación 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. 1,866.

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