

subrogación es perfectamente válida, porque se está dentro del texto y del espíritu de la ley.

41. El art. 1,250 supone que el "deudor" pide prestado. ¿Hay que limitar la subrogación al deudor principal? Todos admiten que la subrogación la puede consentir el que tiene interés en pagar y que, en razón de este interés, queda subrogado en virtud de la ley cuando paga con su propio dinero; si pide dinero para pagar, debe tener el derecho de subrogar al prestador. Esto no se discute en el caso previsto por el art. 1,251, núm. 1; es decir, cuando el que es acreedor paga á otro acreedor que le es preferente en razón de sus privilegios é hipotecas. Hay una sentencia de la Corte de Casación á favor de esta opinión. (1) No equivale esto á extender una disposición anómala más allá de los límites que la ley ha trazado á la ficción. Tal sería nuestra opinión. El art. 1,250 habla únicamente del "deudor" que pide prestado; y el acreedor que paga á otro anterior no es, ciertamente, deudor. Luego no se está dentro del texto de la ley, y su espíritu es igualmente extraño á dicha hipótesis. El acreedor que paga á otro anterior no lo hace con el fin de aprovecharse de una reducción ó de una baja de créditos; su objeto es muy diferente, como más adelante lo diremos. Que haya razones para autorizar la subrogación en provecho del prestador en todos los casos en que la ley la establece en provecho del que paga, fácilmente lo aceptamos; pero los mejores argumentos del mundo no bastan para admitir una ficción y para extenderla; ahora bien, la subrogación no es una ficción y, en el núm. 2 del art. 1,250, está, además, en oposición con los principios de derecho; el legislador es el único que podrá establecerla, y en vano buscamos un texto que la establez-

1 Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 409). Aubry y Rau, t. IV, pág. 176 y notas 30 y 31 del pfo. 321. Demolombe, tomo XXVII, pág. 343, núms. 397 y siguientes.

ca. Tal es, no obstante, la opinión universalmente aceptada, y hay que tenerla en cuenta en la discusión que vamos á emprender.

42. ¿El adquirente de un inmueble que emplea el precio en el pago de los acreedores hipotecarios, puede subrogar al prestador que le ha facilitado el dinero con el cual paga á los acreedores? Que puede subrogarlo nadie lo pone en duda. En efecto, si se admite la subrogación en provecho del prestador en el caso del núm. 1 del art. 1,250, con mayor razón se debe admitir en el caso del núm. 2, puesto que el adquirente de un inmueble gravado con hipotecas es deudor en cierto concepto y está obligado hipotecariamente al pago de la deuda. La dificultad está en determinar los efectos de la subrogación.

Véase el ejemplo que se dá. Yo vendo á usted un inmueble en 100,000 francos, gravado con tres hipotecas á favor de A, B y C. Usted pide prestada una suma á 50,000 francos para apartar de todo interés á los acreedores A y B. Después, el inmueble es embargado y vendido á un subadquirente. Se presentan al orden, el prestador por 50,000 francos, el acreedor C que no ha sido pagado y el vendedor por los 50,000 francos que se quedan debiendo. ¿El prestador subrogado en los acreedores A y B tendrá primacía sobre el acreedor C y el vendedor? La cuestión era controvertida en el antiguo derecho y todavía lo es en derecho moderno. Nosotros creemos que el prestador tiene la primacía sobre el vendedor y el acreedor posterior.

La dificultad es esta: ¿el adquirente que paga á los acreedores con dinero prestado subrogando al prestador, lo subroga en los derechos de los acreedores ó lo subroga en los derechos del vendedor? Si el prestador es subrogado al vendedor, éste puede invocar el principio del artícu-

lo 1,252, según el cual, la subrogación no daña al subrogante; así, pues, el vendedor tendrá primacía sobre el prestador, y éste estará también en segundo lugar del acreedor, que es el que tiene acción sobre el vendedor. Si, al contrario, el prestador es subrogado en los derechos de los acreedores á quienes paga, prevalecerá el vendedor y el acreedor posterior, porque él ejercita los derechos de los acreedores que ciertamente habían prevalecido sobre el vendedor y sobre el acreedor posterior.

En nuestra opinión, la cuestión está resuelta por el texto del art. 1,251, núm. 2. La ley subroga al adquirente que paga á los acreedores inscriptos sobre el inmueble vendido ¿A quién lo subroga? Naturalmente á los acreedores á quienes paga, luego el adquirente que paga el precio de sus dineros es subrogado en los derechos de los acreedores; en consecuencia, si él paga á sus acreedores con dinero prestado, subroga al prestador en los derechos de dichos acreedores. Esto nos parece decisivo.

Hay, sin embargo, una objeción muy seria. En el caso del art. 1,250, núm. 2, el "deudor" es quien subroga al portador en los derechos del acreedor. ¿Y quién es, en el caso de que se trata, el deudor, y quién el acreedor? El adquirente es el deudor y el vendedor es el acreedor; para cubrir esta deuda es por lo que el adquirente paga su precio á los acreedores inscriptos; éstos no son, en realidad, más que los mandatarios del vendedor; el adquirente no es su deudor, es tercer detentor, y quien dice tercer detentor dice "tercero" en la "deuda;" luego el adquirente no es su deudor, y ellos no son sus acreedores. Por lo tanto, no estamos en las condiciones de la subrogación del art. 1,250, núm. 2; el prestador estará, á la verdad, subrogado, pero no estará subrogado á los acreedores, sino al vendedor, de quien los acreedores no son más que los mandatarios. La consecuencia es que el deudor y sus coausantes pueden

oponer el art. 1,252 al prestador. Es de todo punto cierto que el adquirente no es el deudor personal de los acreedores suscriptos, pero si está obligado respecto de ellos hipotecariamente, y á este título de deudor hipotecario la ley le permite que pague con subrogación á los acreedores suscriptos; luego realmente está subrogado á estos acreedores. El adquirente reúne dos calidades en su persona, es deudor personal y es deudor hipotecario; como deudor personal, puede pagar al vendedor con subrogación; en este caso, será suplantado en virtud del art. 1,252; como deudor hipotecario, puede pagar á los acreedores suscriptos y, en este caso, el vendedor no puede oponerle el art. 1,252, puesto que no es á él á quien el prestador queda subrogado. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Nimes á favor de esta opinión, y la Corte de Casación la ha confirmado. Las dos decisiones son muy motivadas.

43. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, basta el simple consentimiento del subrogante, y no se requiere ninguna formalidad; si las partes levantan un escrito, es únicamente para tener una prueba literal de su convenio. No pasa lo mismo con la subrogación consentida por el deudor; para que sea válida, dice el art. 1,250, 2.º, se necesita que el acta de préstamo y la carta de pago se hayan celebrado ante notario. Esto no es suficiente, la ley indica lo que debe contener el acta de préstamos; es preciso que en ella se declare que la suma fué pedida prestada para hacer el pago. Y es preciso que en la carta-pago se declare que el pago se hizo con dinero prestado.

¿Cuál es la razón de estas formalidades? Mourlón dice que es muy difícil precisarla. No basta con contestar que la ley ha querido prevenir el fraude, sino que debe decir-

1 Nimes, 29 de Enero de 1861, y Denegada, 28 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 21, y 1863, 1, 329).

se en qué consiste el fraude y en qué sentido las formalidades prescriptas por la ley lo impiden ó lo dificultan.

Yo poseo un inmueble por valor de 50,000 francos hipotecado á dos acreedores; Pedro está registrado por 50,000 francos y Pablo por 50,000. Paga el primero, la hipoteca se extingue; el segundo acreedor viene á ser el primero. Urgido por la necesidad, quiero pedir prestado nuevamente una suma de 50,000 francos; no tengo ninguna garantía que ofrecer, porque mi inmueble está hipotecado por todo su valor. Para asegurar una garantía al nuevo prestador antídoto el préstamo dándole una fecha anterior al pago del primer acreedor hipotecario, como si el préstamo si hubiese hecho para pagar á este acreedor. El documento es fraudulento; me procurará una suma de 50,000 francos, pero será á expensas del segundo acreedor hipotecario, que, convertido en primer acreedor por efecto del pago real, volverá al segundo lugar por efecto de la subrogación fraudulenta. El documento auténtico que exige el art. 1,250 previene este fraude, porque no se antidatan los documentos auténticos. Hay que agregar que no es necesario un documento auténtico, puesto que bastaría exigir un documento privado con fecha cierta.

Veamos otro fraude. Yo pago al primer acreedor hipotecario con caudales que me pertenecen, pero en vista de futuras eventualidades, quiero procurarme, por fraude, el medio de recobrar los 50,000 francos que pago al acreedor. Con tal fin, hago un documento de préstamo simulado y subrogo al prestador ficticio en los derechos del acreedor; pago á éste con mis caudales, pero haciendo constar por la carta-pago que estos caudales han sido pedidos prestados. Armado con estos dos documentos, podré, coludido con el prestador, presentarme á la orden sobre el inmueble vendido y hacerme pagar de preferencia á los acreedores posteriores á quienes realmente despojo de sus derechos por

este fraude. ¿El documento auténtico que la ley prescribe prevendrá el fraude que quiero practicar con perjuicio de mis acreedores? Nó, pero sí lo dificultará más. El fraude podrá siempre hacerse si encuentro un cómplice, pero los acto-formas retroceden á menudo ante la necesidad de hacer constar el fraude en un documento auténtico; en seguida el notario, si se apercibe del fraude, rehusará su ministerio; por último, el prestador ficticio puede él mismo ser engañado y abrirá los ojos por lo que pase en presencia del notario. Así, pues, la autenticidad es un freno contra el fraude, pero un freno que por desgracia es insuficiente. (1)

Es posible, además, que un tercer fraude se dirija sucesivamente á varios capitalistas para pedir prestada la misma suma con la misma subrogación. Si me encuentro dos que consientan en adelantarme la suma que pido, uno de ellos será el engañado. ¿La autenticidad prevendrá este fraude? Nó, únicamente lo hace difícil, supuesto que da cierta publicidad á los actos. Existe una garantía más eficaz, y es la publicidad legal y completa prescripta por nuestra ley hipotecaria. Más adelante insistiremos sobre este punto.

Lo que acabamos de decir es concerniente á la autenticidad del documento de préstamo. En cuanto á la autenticidad de la carta de pago, ella previene las "posdatas." He pagado desde hace varios años á un acreedor que tenía una primera inscripción sobre un inmueble. Hago un nuevo préstamo entendiéndome con el antiguo acreedor, que consiente en darme una nueva carta de pago como si acabara de recibir su pago. Por este convenio fraudulento con el primer acreedor, hago revivir su crédito y lo extingo ficticiamente con el nuevo préstamo. Este fraude sería fácil si los documentos pudieran hacerse bajo forma privada, porque se posdata con la misma facilidad que se an-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 365, núms. 191 bis, VI-VII.

tidota. El fraude se dificulta más cuando la subrogación tiene que hacerse ante notarios. Mi antiguo acreedor habría podido darme una nueva carta-pago, á la ligera, sin comprender mi intención fraudulenta; se iría para atrás cuando sepa de qué se trata. Además, como acabamos de decirlo, se decide uno más fácilmente á hacer el papel de esta forma, en secreto, que en público. De todas suertes, si el fraude se ha hecho más difícil, es imposible estorbarlo cuando se encuentran defraudadores dispuestos á pasar por todo.

44. Ahora que conocemos el objeto de las formas prescriptas por el art. 1,250, queda por determinar su carácter jurídico. Se ha escrito que la subrogación consentida por el deudor, es un acto "solemne." (1) Actos solemnes son aquellos para cuya existencia tienen que observarse ciertas formas: por ejemplo, la donación. ¿Quiere acaso decirse que la subrogación será inexistente si el documento de préstamo y la carta de pago no están en la forma que la ley exige? A nuestro juicio, la subrogación no es un acto solemne en ese sentido. Las solemnidades que se requieren para la existencia de un acto jurídico, son las que se refieren al consentimiento; se tiene á éste por no existente cuando no se ha expresado en las formas solemnes. Ahora bien, las formalidades del art. 1,250 nada tienen de común con el consentimiento de las partes contrayentes; luego no hay lugar á considerarlas como substanciales. Pero sí son necesarias para la validez de la subrogación. No basta con que el préstamo y el pago mediante los caudales pedidos prestados, consten para que el prestador sea subrogado; se necesita un documento auténtico de préstamo y una carta auténtica que contenga las indicaciones que la ley exige. (2)

1 Murlon, *De la Subrogación*, pág. 318, Compárese Demolombe, t. XXVII, pág. 381, núm. 434.

2 Denegada apelación, 14 de Noviembre de 1353 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1874, 1°).

¿Debe inferirse de que las formalidades se requerían únicamente para la validez y no para la existencia de la subrogación, que la nulidad pudiera cubrirse por la confirmación expresa ó tácita de las partes interesadas? Es verdad que los actos nulos son susceptibles de confirmación, mientras que no se confirman los actos inexistentes; pero hay otro principio que se opone á que se confirme la subrogación irregular, y es que las formas se prescriben por interés de los terceros para prevenir el fraude, luego son de interés general; ahora bien, las nulidades de orden público no pueden cubrirse con la confirmación; confirmar es renunciar al derecho que se tiene de pedir la nulidad; las partes interesadas pueden muy bien renunciar á un derecho que se ha establecido en su favor, pero no pueden renunciar á lo que es de interés general. Esto es decisivo.

45. Se necesita un documento de préstamo auténtico y una carta-poder auténtica. Síguese que no habría subrogación si no hubiese documento de préstamo, aun cuando la carta de pago dijese que la deuda ha sido pagada mediante dinero prestado. En efecto, nada haría constar el origen y el destino de esos caudales. (1) La subrogación sería todavía nula si el préstamo y el pago se hubiesen hecho sin documentos, y que en seguida las partes se hubiesen presentado con un notario para comprobar auténticamente el préstamo y el pago. Esto fué resuelto así por la Corte de Rouen. Ningún acto, dice la sentencia, hacía constar en qué día el deudor había hecho el préstamo, ni en qué día había reembolsado á su acreedor, ni si, al pedir prestado, había declarado que su intención era hacer con el dinero prestado todo el reembolso de su deuda, ni si, al pagar, había declarado realizada esa intención. A la verdad, el prestador y el que pide prestado se habían pre-

1 Orléans, 14 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1884).

sentado oportunamente ante un notario y habían declarado, el uno que había prestado anteriormente al deudor una suma que éste reconocía que había recibido para servir al reembolso de la renta debida á su acreedor; el otro que había empleado esta suma en hacer el pago; por último, el acreedor reconocía que había recibido anteriormente el reembolso de la renta. La Corte resolvió que las declaraciones de las partes ante el notario de lo que habían hecho á espaldas de éste, no podían suplir los documentos los actos que el art. 1,250 les impone; la necesidad de proceder favorecería los fraudes que la ley precisamente ha tenido por objeto de impedir. (1) Creemos que esta decisión se funda en el rigor de los principios, por más que haya sentencias menos severas, como más adelante diremos.

46. No debemos inferir de esto que sea enteramente necesario redactar dos documentos auténticos, el primero para comprobar el préstamo y la destitución de caudales prestados, el segundo para comprobar el pago hecho con el dinero prestado. Basta levantar un solo escrito que compruebe á la vez el préstamo y el pago, con la doble mención de que los fondos se prestaron para pagar al acreedor, y que el pago se efectuó con los fondos que provenían del préstamo. Según el texto de la ley, parece que son necesarios dos documentos, pero no hay que aislar, en esta materia, el texto de la tradición; ahora bien, la tradición es constante y admitía que un solo documento era suficiente. No es por una relajación que sería una desviación del origen del derecho, sino, al contrario, porque semejante procedimiento llena mejor las aspiraciones de la ley. En primer lugar, el documento único, como lo suponemos, contiene todas las deducciones que la ley exige; en cuanto al origen, al destino y al empleo del dinero, comprueba los hechos jurídicos que constituyen la subrogación. ¿No

1 Rouen, 21 de Mayo de 1852 (Daloz, 1853, 2, 113).

sería frustratorio y casi pueril exigir que el notario redactara dos escrituras para comprobar hechos que pasan simultáneamente en su presencia y que él puede hacer constar en una sola y misma escritura? ¿Por qué la ley exige documentos auténticos que contengan las menciones que ella prescribe? Para tener la certeza de que los fondos prestados se emplearon en el pago del crédito en el cual el prestador es subrogado. Ahora bien, la certeza es completa cuando el notario hace constar por una sola y misma escritura, que el deudor pidió prestado á Pedro para resarcir á Pablo y subrogarlo en los derechos del acreedor pagado con el dinero que se pidió prestado. (1)

47. El art. 1,250 quiere que en la escritura de préstamo se declare que la suma se pidió prestada para hacer el pago. Ya dimos la razón de esto; el origen y el destino de los caudales deben constar auténticamente, á fin de que se tenga la certeza de que la operación tuvo por objeto subrogar al prestador en el acreedor que sea pagado con el dinero prestado. Se pregunta si debe declararse la deuda que ha de pagarse mediante el préstamo. Tal es la opinión general, salvo el disenso de Morlon. (2) Hay un motivo muy serio para dudar en esta materia, que es de derecho estricto, y es que la ley no exige formalmente la indicación de la deuda. No obstante, creemos que la necesidad de esta indicación resulta del texto y del espíritu del art. 1,250. La ley comienza por decir que hay subrogación cuando el deudor pide prestada una suma á efecto de pagar "su deudor

1 Renussón, pág. 277, cap. X, núm. 13. Mourlón, pág. 294; Aubry y Rau, t. IV, pág. 179, nota 39, pfo. 321, Orléans, 19 de Diciembre de 1863, y Denegada apelación de 14 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 255).

2 Gauthier, *De la Subrogación*, pag. 98, núm. 63 bis, Aubry y Rau, t. IV, pág. 177, nota 33, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 357, núm. 409. En sentido contrario, Mourlón *De la Subrogación*, página 263.

da;" es decir, una deuda determinada, y de subrogar al prestador en los derechos del acreedor; es decir del acreedor de esa deuda. Viene en seguida la condición de forma, la escritura de préstamo en la que se declara que la suma se pidió prestada para hacer ese pago: ¿el pago de qué? De la deuda que debe cubrirse con el dinero prestado; es decir, del crédito determinado de que habla el principio del artículo. ¿Se concebiría la subrogación en un crédito indeterminado, puesto el prestador en el lugar de un acreedor que no se designa y ejercitando derechos que no se conocen? Es inútil insistir.

48. La carta de pago debe contener la declaración de que el pago se hizo con dinero procurado para tal objeto por un nuevo acreedor. Esta es una disposición tradicional cuyos motivos explica Renusson. La ley no se conforma con una carta-pago que simplemente comprueba que se pagó la deuda, porque una carta-pago lisa y llana del acreedor que descarga á su deudor extingue la deuda, y una deuda extinta ya no puede revivir; esto implica contradicción. En segundo lugar, se ha querido impedir los fraudes. A cada paso tropezamos con el fraude en esta materia. Renusson indica uno nuevo propósito de una carta-pago lisa y llana. Sucede con frecuencia, dice él, que las personas que han pedido prestado dinero para cubrir sus deudas, se hacen dar carta de pago lisas y llanas, levantando actas separadas para hacer constar la subrogación; por tal medio disimulan sus negocios, ocultan el préstamo que se ven obligadas á contraer; las cartas poder atestiguan en apariencia que pagaron con sus propios caudales; encuentran facilidad para contraer nuevos préstamos, porque los terceros creen que sus negocios se hallan en mejor estado; después de esto, se palpa que los bienes son insuficientes para pagar las deudas, y los terceros se ven burlados y frustrados de lo que se les debe.

49. ¿Quién debe hacer las declaraciones que la ley prescribe? Acerca de este punto el art. 1,250 guarda silencio, y se expresa de una manera indeterminada: la ley quiere que "se declare," pero no dice que deban hacerse las declaraciones. Esto es decisivo. La Corte de Orléans tiene razón para decir que sin duda hay que exigir la reunión de todas las condiciones exigidas por la ley, pero que hay que cuidarse también, añadiendo algo á su tezo, de hacer que perezca una subrogación legalmente convenida. En seguida, la Corte decide que no determinando la ley por quién deben hacerse las declaraciones, basta que se hagan por la parte que comparece ante notario. Creemos que la decisión es buena, pero no pasa lo mismo con los motivos alegados por la Corte; el importe en toda materia y sobre todo en la nuestra, es que los jueces motiven rigurosamente sus sentencias, puesto que ellas sirven de precedentes para la ciencia del derecho. Los documentos de préstamo y de carta-pago, dice la sentencia, comprueban convenios unilaterales. Esto no es exacto; todo convenio exige el concurso del consentimiento de las dos partes; no hay préstamo sin el consentimiento del prestador y del que pide prestado, y no hay pago sin una oferta hecha por el deudor y una aceptación del acreedor. Así pues, no podemos admitir que el documento de préstamo se haga sin la presencia del prestador y que la carta de pago se formule sin el concurso de voluntad del deudor. Lo que si es cierto, es que las partes pueden indistintamente hacer las declaraciones que deben hallarse en los documentos de préstamo y de carta-pago. La doctrina esta de acuerdo con la jurisprudencia. (1)

50. Cuando las escrituras no contienen las declaraciones prescriptas por la ley, no hay subrogación. La juris-

1 Orléans, 14 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 72). Gauthier, pág. 182, núm. 166, Demolombe, t. XXVII, pág. 357, núm. 410.