

prudencia de la Corte de Casación es, en lo general, muy severa en este punto, y con razón, porque se trata de amparar el interés de terceros, poniéndolos al abrigo de los fraudes que abundan en esta materia. En un documento de préstamo se dice que el deudor reconoce deber una suma por préstamo que el prestador le ha procurado "tanto procedentemente como precentemente al contado, á la vista, y á espaldas del notario." No se decía cual era la porción de la suma que se hubiese pagado precedentemente, ni en que época más ó menos próxima una porción cualquiera de esa suma se hubiese pagado presentemente; ni siquiera se decía si el préstamo anterior se había hecho con ese destino y que se empliera en cubrir las deudas del que pedía prestado. Así, una parte desconocida del préstamo no se había hecho ante notario; esta parte se había entregado al que pidió prestado en una época igualmente desconocida, y ni siquiera se había articulado que esta parte le hubiese sido entregada con designación de empleo. La Corte de Rouen concluyó de todo esto que la subrogación era nula y, interpuesta apelación, la Corte de Casación resolvió que la sentencia atacada había hecho una justa aplicación del art. 1,250. (1)

En otro caso juzgado por la Corte de Casación, el documento litigioso no comprobaba ni el préstamo actual del dinero, ni el pago hecho con éste. El documento se limitaba á recordar un pago, y, por consiguiente, un préstamo anteriormente hecho; se decía que la suma había sido pagada al acreedor por el deudor, que reconocía haberla recibido sin presencia del notario y de los testigos. Dos consecuencias necesarias resultaban de esta enumeración, dice la Corte de Orléans: la primera, que se había hecho un pago sin enunciación del origen y del empleo del dinero; este

1 Denegada apelación, 19 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1878).

pago había extinguido el crédito, y no se había podido hacerlo revivir por una declaración posterior para ceder los privilegios y las hipotecas inherentes, pero que se habían extinguido en el crédito principal. Admitiendo, pues, que el dinero hubiese sido procurado por un prestador, éste no habría tomado la precaución prescrita por la ley de hacer censtar, en el momento del préstamo, el destino especial del dinero prestado y exigir la subrogación en los derechos del acreedor que debía ser reembolsado con el dinero prestado. Llevado el asunto á casación, la Corte falló que el crédito hipotecario habiéndose extinguido lisa y llanamente por un pago hecho al acreedor, sin declaración del origen y del empleo del dinero, la Corte de Apelación no había podido tener en cuenta declaraciones tardías hechas después para procurar una subrogación desprovista de las garantías prescritas por el art. 1,250. (1)

51. ¿Las declaraciones hechas en las escrituras de préstamo y de carta-pago son ó nó suficientes? Esta es una cuestión de interpretación que los jueces del hecho deciden soberanamente. Citarémos un caso en el cual la declaración se juzgó insuficiente, siquiera sea para recordar á los notarios que la más sencilla prudencia les exige que se ajusten estrictamente á la ley. En la escritura constaba un préstamo con garantía hipotecaria; se decía en él que el que pedía prestado "prometía" emplear el dinero en pagar el precio que aún debía de un dominio y subrogar al prestador en el privilegio del vendedor. La Corte dijo que el prestador no aceptó aquella "promesa;" eso equivale, dice ella, á dar fe al que pedía prestado y conformarse con una simple "esperanza" de que se cumpliría la promesa, lo que no le daba acción alguna para obligarlo á ejecutarla. (2)

1 Orléans, 4 de Julio de 1842. Denegada apelación, 28 de Enero de 1845 (Dalloz, 1853, 1, 147).

2 Pau, 25 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 2118).

A nuestro juicio, esta interpretación es demasiado rigurosa é inexacta á fuerza de rigor. La palabra "prometer" en derecho, es sinónima de obligarse; el que "promete" vender, vende si hay también "promesa" de comprar (artículo 1,589). En cuanto á la aceptación de la promesa, resulta de la firma del prestador, supuesto que la ley no exige que se haga de una manera expresa. Luego había más que una simple "esperanza," había compromiso de subrogar con indicación del empleo; luego se satisfacía el art. 1,250 en lo concerniente á la escritura de préstamo.

52. ¿Se necesita una declaración expresa de subrogación? La negativa es clara; el art. 1,250 no exige subrogación expresa, y el silencio de la ley resuelve la cuestión, puesto que no incumbe al intérprete agregar nada á la ley exigiendo una condición que el legislador no ha prescripto. (1) Esta es una derogación nada feliz del antiguo derecho. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, la ley quiere que sea expresa. ¿Por qué? Porque es una excepción; es decir, una disposición excepcional por excelencia. ¿Y acaso la subrogación consentida por el deudor no es una ficción? Es más que una ficción, es una anomalía, puesto que el deudor cede ficticiamente un crédito que no le corresponde. Luego había un motivo más para exigir que la subrogación fuese expresa.

53. ¿Los instrumentos notariados deben levantarse en el momento mismo del préstamo y del pago? Esta cuestión es controvertida y es dudosa. Cuando se dice que el notario debe levantar acta del préstamo en el momento en que éste se verifica, esto no quiere decir que el dinero deba entregarse en presencia del notario por el prestador al que pide prestado; una cosa es el convenio de préstamo, y

1 Durantón, t. XII, pág. 211, núm. 133. Aubry y Rau, t. IV, página 179, nota 37, pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 330, número 413.

otra la entrega de los valores. Del mismo modo, cuando se dice que el notario debe levantar acta del pago, es decir de la extinción de la deuda, esto no quiere decir que el deudor debe entregar el dinero al acreedor en presencia del notario; las partes interesadas pueden declarar al notario que el pago acaba de hacerse mediante el dinero prestado; así, pues, la extinción puede preceder al acto por el cual el acreedor reconoce que ha recibido el pago hecho con el dinero prestado. Hagamos á un lado por el momento el hecho natural de la entrega del dinero, para examinar primero la cuestión de saber si el instrumento notariado debe hacerse en el momento mismo en que se hace el préstamo y el pago.

Hay que precisar el verdadero punto de la dificultad. Existe un caso en el cual es claro que la subrogación es nula, y es cuando el instrumento notariado hace constar un préstamo hecho anteriormente, sin indicación de empleo. Los dineros, en este caso, han pasado á ser propiedad del que los pidió prestados, y dispone de ellos como le ocurre; por lo mismo, no se concibe que más tarde se obligue á emplazarlos en cubrir una deuda, porque ya no son prestados, sino propiedad del que los pidió; ahora bien, solamente en caso de préstamo hecho con cierto destino, es cuando la ley permite la subrogación; luego en el momento en que el préstamo se hace, es cuando el destino de la suma prestada debe ser estipulado por las partes interesadas. Si ellas empiezan por consentir lisa y llanamente un préstamo, todo queda consumado, y cesa de haber subrogación. Pasa lo mismo si se hace un pago mediante dinero cuyo origen y destino no constan y sin indicación de empleo, este es un pago liso y llano que extingue la deuda; y una vez que ésta se extingue, no se la puede resucitar para cederla á título de subrogación. En vano se levantaría después una acta notariada en la que se declara

rase que hubo un préstamo con destino del dinero prestado y un pago realizado con ese dinero; no se puede subrogar en un crédito que ya no existe. La jurisprudencia se halla en este concepto, y ya hemos citado las sentencias (números 45, 50). Esto nos parece incontestable.

Pero veamos otra hipótesis en la cual la cuestión se pone dudosa. Necesito una suma de dinero para pagar inmediatamente á mi acreedor que me ha demandado. Usted me presta esa suma, con estipulación expresa de que servirá para extinguir la deuda y que yo subrogaré á usted en los derechos del acreedor. Yo pago la deuda con el dinero prestado, haciendo la declaración de empleo. Ninguna escritura se tira por el momento, pero queda subentendido que las escrituras se tirarán más tarde; si así se hace y si comprueban los hechos tales como acabamos de suponerlos ¿habrá subrogación? En esta hipótesis, á diferencia de la primera, ha habido un convenio de subrogación anterior á las escrituras; no puede decirse que el dinero se haya prestado sin condición de empleo, porque la condición quedó estipulada; no puede decirse que haya habido pago liso y llano, porque se ha hecho con condición de subrogación. Si la ley no exigiese escrito auténtico en donde constase el préstamo y el pago, todo quedaría consumado y la subrogación existiría. ¿Qué falta, pues, á la subrogación para que sea válida? Que los hechos que han pasado consten en el acto notariado. Cuando estos actos se levantan, quedan cumplidos los requisitos de la ley; hay una escritura ó escrituras auténticas que comprueban que el pago se hizo con la mira de la subrogación, con dinero pedido prestado para ese objeto y bajo esa condición.

Se objeta que esta interpretación del art. 1,250 está en oposición con el espíritu de la ley. El legislador, dicen, ha querido impedir que, por declaraciones inexactas, sea sobre el destino de la suma prestada, sea sobre el origen del

dinero empleado en el pago, pudiera hacerse una subrogación que no se hubiese convenido en el momento del préstamo, ó que se hubiese hecho imposible por un pago liso y llano; se comprende que fallaría completamente dicho objeto si declaraciones ulteriores debieran considerarse estableciendo de una manera suficiente el destino de los fondos prestados ó su empleo en el pago de la deuda. (1) Al invocar el espíritu de la ley, implícitamente se confiesa que el texto no prescribe la simultaneidad del convenio y de la escritura que lo hace constar; esto decide la cuestión; desde el momento en que el texto no exige simultaneidad, el intérprete no puede exigirla como una condición de validez de la subrogación. Más decimos: el legislador ha hecho muy bien en no establecer esta presunción de fraude, porque en eso viene á parar la doctrina que estamos combatiendo. Es indudable que pueden ser inexactas las declaraciones que las partes hacen posteriormente al convenio por ante notarios; los terceros, en este caso, tienen derecho á atacarlas. Pero ¿había que presumirlas inexactas á priori por el hecho solo de que no fuesen simultáneas? El legislador no lo ha hecho así, y ha tenido razón para no hacerlo. ¿Hay una garantía de sinceridad por el hecho solo de que el acta se hace en el momento mismo en que se celebran los convenios? ¿No pueden ser falsas las declaraciones de las partes en cualquier momento en que se hagan? Todo lo que puede decirse, es que el fraude será más fácil cuando la escritura se tire más ó menos tiempo después que se celebren los convenios. Pero de que pueda haber escrituras simuladas, ¿hay que inferir que todas las escrituras posteriores á los convenios sean simuladas? Tal es la verdadera cuestión. El silencio de la ley prueba que el legislador no ha querido establecer semejante presun-

1 Aubry y Rau, t. IV, pag. 178, nota 34, pfo. 321.

ción. Habría un excesivo rigor en anular la subrogación por el hecho solo de que esas escrituras no se hubiesen recibido en el momento mismo del préstamo y del pago. El legislador debe tener en cuenta la realidad de las cosas. Muchos motivos pueden impedir á las partes levantar inmediatamente una acta notariada de sus convenios; sería contrario al derecho y á la equidad anular la subrogación, aunque sincera, porque las partes han estado en la imposibilidad de dirigirse á un notario en el momento mismo en que contrataban. Puede haber negligencia; pero una simple negligencia debe privar al prestador del beneficio de la subrogación, cuando los convenios que han precedido á la escritura son sinceros? Puede haber fraude; pues bien, los terceros tendrán la acción de nulidad. No debe presumirse el fraude cuando la sinceridad es posible. (1)

54. Si el convenio puede preceder á la escritura en que consta, con mayor razón no puede exigirse que el dinero se entregue por el prestador al que lo pide en el momento de la escritura de préstamo, ni que el dinero se ponga en manos del acreedor en el momento en que el notario formula la carta-pago. Que la ley no lo exige, parécenos claro, pues únicamente quiere que el dinero que sirve para pagar al acreedor provenga del préstamo. Un primer punto si es aceptado por todos, y es que no es necesario que el dinero entregado al acreedor sea idénticamente el dinero entregado por el prestador al que lo pide. Esta identidad sería imposible las más de las veces, á menos que se exija la simultaneidad de toda la operación; es decir, el préstamo y el pago, en un solo y mismo contexto; y esto ciertamente que la ley no lo ha exigido; el legislador se ha conformado

1 Compárese Larombière, t. III, pág. 278, núm. 78 del art. 1250 (Ed. B., t. II, pág. 224). Colmet de Santerre, t. V, pág. 367, número 191 bis IX. Demolombe, t. XXVII, pág. 362, núm. 415. Mourlón, pág. 280 y siguientes. Gauthier, pág. 188, núm. 190.

con declaraciones recibidas por el notario, (1) salvo que el tercero ponga en duda su sinceridad. Mal habría hecho el legislador en exigir más. Este excesivo formalismo se habría excedido del objeto. La entrega del dinero en presencia del notario, al hacerse el préstamo y la carta de pago ¿sería una garantía de sinceridad? Nó, la experiencia prueba lo contrario, puesto que nada es tan fácil como hacer entregas simuladas. Y si la entrega fuese real, podría comprometer los intereses del prestador. Gran imprudencia de su parte, es desprenderse del dinero que presta en el momento en que se contrata el préstamo; en efecto, el que pide prestado puede disiparlos ó emplearlos en otro destino. Había, pues, que dejar toda latitud á las partes interesadas. Es indudable que hay otro interés, el de los terceros, pero está suficientemente resguardado por la acción de nulidad que le pertenece. En cuanto á la entrega del dinero en el acto que comprueba el pago, el prestador tendrá ciertamente interés en que sólo en ese momento se hiciera, pero posible es que haya debido hacerse más pronto; cuando el acreedor ejercita persecuciones, ó amenaza perseguir al deudor, "el préstamo y el pago" deben hacerse seguidamente, antes de que se pueda recurrir á un notario para hacer las escrituras. Así, pues, el legislador ha tenido que permitir á las partes, que procedan según las circunstancias. (2)

55. La jurisprudencia vacila; los jueces resuelven según la convicción que tienen de la sinceridad de las escrituras, y formulan los principios según las circunstancias. Una sentencia de la Corte de Orléans decide en términos formales que exigir que el documento de préstamo comprue-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 179, nota 88, pfo. 321. Colmet de Santerre, t. V, pág. 369, núm. 191 bis XI. Demolombe, t. XXVII, pág. 37, número 422.

2 Orléans, 19 de Diciembre de 1863, y Denegada apelación 14 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, I, 255).

be la realización, á la vista del notario, de los caudales procurados, equivaldría á aumentar el texto de la ley (1). Otra sentencia de la misma Corte es más severa, al menos, si nos atenemos á los considerandos. Una carta de pago formulada el 17 de Septiembre hace constar que el pago tuvo lugar el 11 de Julio. La sentencia dice que esto prueba que la deuda estaba definitivamente extinguida en el momento en que se había levantado la carta de pago subrogatoria. Esto es posible de hecho, pero la Corte ha hecho mal en exigir el hecho en derecho. Es indudable que la liberación se opera por el pago, el cual, se comprueba únicamente por el recibo finiquito, ¿quiere decir esto que cuando el recibo se escribe posteriormente al pago, la subrogación se hace imposible? Sí, si el pago ha sido liso y llano; es decir, si no se hizo con condición de subrogación. Nó, si al hacerse el pago, se dijo que se hacía con dinero prestado, con condición de subrogación y con la reserva de que se hará una carta-pago subrogatoria por escritura notariada. Es, pues, preciso examinar lo que ha pasado entre las partes al hacerse el pago antes de resolver en derecho.

La Corte de Douai ha fallado en términos más absolutos todavía, que no puede lograrse el objeto de la ley sino por la simultaneidad del pago y de la carta de pago subrogatoria; que si fuera permitido separar estos dos hechos por un intervalo de tiempo, resultaría de ello no solamente una falta de certidumbre sobre el origen del dinero empleado en el pago del acreedor, sino también la posibilidad de hacer revivir con las garantías hipotecarias un crédito extinguido por un pago liso y llano. ¿La posibilidad del fraude basta para presumirlo en todos los casos? ¿y la ley ha establecido esa presunción? Tal es la verdadera dificultad y sobre este punto la sentencia nada dice.

1 Orléans, 10 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 124).

La Corte de Casación casi no pronuncia, en esta materia, más que sentencias de denegación y estas sentencias no tienen mucha autoridad de doctrina. Sin embargo, ha permanecido más fiel al texto de la ley que las cortes cuyas decisiones acabamos de analizar. En un caso, el recurso sostenía la tesis que hemos combatido; es decir, que en el momento mismo del préstamo, el dinero debe entregarse al que lo pide prestado y que esta entrega debe constar auténticamente. La Corte contesta que esta doctrina excede de la ley; el art. 1,250 no exige la autenticidad sino para la escritura de préstamo, no impone, como condición esencial de la validez de la subrogación, la numeración inmediata de los fondos prestados. La entrega de los valores que realiza el convenio primitivo y consuma el préstamo, puede, pues, efectuarse después del acto público de préstamo y no estar comprobado sino por recibos privados. El préstamo se había hecho bajo forma de apertura de crédito y el convenio se había comprobado por instrumento notariado; no se podía, ciertamente, exigir la exhibición previa ó inmediata de los fondos, puesto que es propio de este contrato que el acreedor perciba los fondos á medida que los necesita, y estas exhibiciones sucesivas se comprueban con un simple recibo. (1)

56. ¿El préstamo y el pago deben ser simultáneos. En la opinión que estamos combatiendo debería llegarse hasta ese punto, puesto que ese es el único medio de evitar el fraude, y ni aun así se evitará si todas las partes contratantes quieren hacerse cómplices del fraude. Pero en este punto son formales la tradición y el texto de la ley. Pothier dice: "No importa el tiempo que haya pasado entre el préstamo hecho por el nuevo acreedor y el pago hecho al antiguo." (2) El art. 1,250 consagra la doctrina tradicional;

1 Denegada apelación, 28 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, I, 329).

2 Pothier, *Introducción á la Coutume de Orléans*, tit. XX, núm. 81.

supone dos actos, un préstamo y una carta de pago; es decir, un intervalo entre estos dos actos; la ley nada prescribe sobre la duración de este intervalo. (1) ¿Por qué el Código no ha exigido la simultaneidad del préstamo y del pago? Porque á menudo habría sido imposible la simultaneidad; ahora bien, el legislador favorece la subrogación; para establecerla, recurre á una ficción, deroga los principios; por lo mismo debía también dejar á las partes interesadas la latitud necesaria para proceder á las diversas operaciones según las circunstancias.

Sin embargo, mientras más largo es el plazo que transcurre entre el préstamo y la subrogación, más probable es el fraude. El que pide prestado para pagar una deuda es urgido para pagar, puesto que por interés ó por necesidad contrae el préstamo, luego ninguna razón tiene para esperarse; si espera, la operación se vuelve sospechosa, y es de temerse que haya alguna simulación. ¿Quiere decir esto que haya presunción de fraude? No puede tratarse de una presunción legal, puesto que no hay ley; en cuanto á las presunciones del hombre, se abandonan á la prudencia del magistrado. Esta es una cuestión de prueba. ¿A quién corresponde probar? Supuesto que no hay presunción legal, quedamos dentro del derecho común. Al que ataca la subrogación corresponde probar que las escrituras son fraudulentas, y el subrogado nada tiene que probar. Desde el momento en que hay un documento de préstamo y un recibo escritos en las formas legales, la subrogación existe hasta que la anule la sentencia del Juez. (2)

Los tribunales juzgan de hecho. Una escritura de préstamo se recibe el 20 de Diciembre de 1846; el pago com-

1 París, 11 de Abril de 1829 (Daloz, en la palabra *Efectos de comercio*, núm. 599).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 368 núm. 189 bis X. Demolombe, t. XXVII, pág. 372, núm. 424, Aubry y Rau, t. IV, pág. 179, notas 40 y 41, pfo. 321.

probado por recibo no se hace sino hasta el 10 de Febrero de 1847. La Corte de París falló que á pesar de este intervalo no dejaba de ser cierto que los fondos que habían servido para extinguir la deuda provenían del prestador. (1) Los jueces no siempre se limitan á juzgar de hecho; habituados á fallar de derecho, fácilmente ceden á la tendencia que los lleve á transformar el hecho en derecho. Se lee en una sentencia de la Corte de Orléans que el pago y la subrogación tienen que hacerse en un tiempo cercano que á los tribunales corresponde apreciar. De hecho, esto es exacto. Pero ¿de aquí ha de inferirse que si el intervalo entre el préstamo y el pago se prolonga, resultará una presunción contra la sinceridad del acto, en el concepto de que al subrogado corresponde probar que la subrogación es sincera? La Corte así lo dice invocando la doctrina de los antiguos jurisconsultos; los menos rigurosos, y en las circunstancias los más favorables, fijaban el intervalo en seis meses. ¿Quién no ve que el legislador sólo podría establecer esta condición y deducir de ella una presunción de fraude? La Corte dice que aceptar que en cualquiera época en que se haga el pago, aun cuando sea cinco años después del préstamo, la escritura, no obstante, hará fe por sí misma, sería abrir la puerta á los fraudes y poner á los acreedores en la imposibilidad de defenderse, supuesto que sería imposible seguir el dinero para saber si sirvió al destino ofrecido. (2) Remitimos estas consideraciones al legislador, el único que puede establecer condiciones, el único que puede crear presunciones. El intérprete no puede hacerlo sin violar la ley. ¿Y qué resultaría de esto? Lo arbitrario más absoluto, y lo arbitrario es péssima garantía.

57. Los terceros tienen las garantías del derecho común,

1 París, 30 de Junio de 1853 (Daloz, 1854, 2, 108).

2 Orléans, 3 de Abril de 1851 (Daloz, 1851, 2, 66).