

y ellas les bastan, porque dan á los jueces un poder casi discrecional. Se supone que la subrogación es regular en la forma; puede no obstante ser fraudulenta, y los terceros en cuyo perjuicio se practicó el fraude pueden promover la nulidad. Esto es incontestable; pero ¿qué prueba deberán rendir? Se les opone escrituras auténticas; ¿promoverán ellos la falsedad? No, porque los instrumentos notariados no hacen fe hasta que se pide la falsedad de las declaraciones que en ellos constan; los que atacan esa sinceridad son admitidos á rendir la prueba por toda vía legal. Puede agregarse que cuando los terceros atacan una escritura como manchada de simulación y de fraude, pueden probar la simulación y el fraude por testigos y por simples presunciones (arts. 1,348 y 1,353). Esto no es más que el derecho común que exponemos en el capítulo "De las Pruebas." (1)

La Corte de Casación ha aplicado este principio al caso en que haya transcurrido un largo intervalo de tiempo entre el préstamo y el pago. De esto surgían dudas sobre la identidad de los fondos prestados y de los que habían servido al pago, y, en consecuencia, sobre la sinceridad de las declaraciones consignadas en las escrituras. La Corte de Apelación, fundándose en las circunstancias de la causa; es decir, en presunciones, decidió que las declaraciones no eran sinceras, lo que acarrea la nulidad de la subrogación. La decisión fué confirmada por la Corte de Casación, porque la Corte de Apelación no había hecho más que una apreciación que entraba en sus atribuciones soberanas. (2)

58. Renusson dice que en su tiempo se practicaba un fraude que los autores del Código han hecho mal en no preveer, por más que sea fácil prevenirlo ordenando la publicidad de la subrogación como condición de validez respecto á los terceros. El deudor, después de haber pedido

1 Douai, 3 de Abril de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 66).

2 Denegada apelación, 16 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 102).

prestado con condición de emplear el dinero en pagar una deuda subrogando al prestador en el acreedor, contrae un segundo, un tercer préstamo, siempre con la condición de subrogar á los prestadores en los derechos del acreedor. Renusson dice que el deudor puede disipar el dinero prestado y no emplearlo en nada; puede también, pagando su deuda, no declarar con qué dinero la paga, ó puede no hacer esta declaración sino en provecho de uno de los prestadores; se puede también suponer que cumple con las formalidades legales en provecho de todos. Con frecuencia ha sucedido, agrega Renusson, que ciertas personas, viéndose mal en sus negocios, han pretextado que van á construir casas y, habiendo propuesto tal empleo, han pedido prestado á varias personas dinero que han excedido diez veces el valor de lo construido. De aquí una dificultad de derecho en la cual no están de acuerdo los autores. ¿Cuál de los prestadores será subrogado? (1) Si, como Renusson dice, el deudor ha disipado el dinero prestado sin emplearlo en nada, la cuestión cae, supuesto que no hay subrogación cuando no se han satisfecho las formalidades legales. Si el que pide prestado no ha llevado las formalidades sino para uno de los prestadores, éste será el único subrogado, los otros no pueden invocar la subrogación, puesto que no han sido subrogados. Queda la hipótesis en que todos hubiesen sido subrogados; ¿quién lo será? Cada autor tiene su solución y sus presunciones; (2) á nuestro juicio, la cuestión queda resuelta por la fecha de la carta-pago, que es un documento auténtico que hace fe con su fecha. El primer prestador subrogado, predominará sobre los demás,

1 Renusson, pág. 319, cap. XI, núm. 4.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 370, núm. 191 bis XII. Larombière t. III, pág. 274, núm. 76 del art. 1250. (Ed. B., t. II, pág. 223). Demolombe, t. XXVII, pág. 375, núm. 427.

porque el deudor no puede subrogar dos ó tres veces en el mismo crédito; la primera subrogación, tiene por objeto transferir la propiedad del crédito al subrogado; por lo mismo el deudor no puede ya quitarle su derecho para cederlo en todo ó en parte á otros acreedores.

El legislador belga ha puesto término á estas dificultades y al fraude que las hacia nacer, exigiendo que la subrogación en un crédito hipotecario se haga pública para que tenga efecto respecto á terceros (Ley Hipotecaria artículo 5). Insistiremos acerca de esta innovación en el título "De las Hipotecas."

59. El art. 1,250 dice al final: "Esta subrogación se opera sin el concurso de la voluntad del acreedor." Esto no es más que la consecuencia del principio en que se funda la subrogación en el caso previsto por el núm. 2; es consentida por el deudor, y el acreedor es extraño á ella. Se necesita, no obstante, que el acreedor reciba su pago, lo que es la condición de toda subrogación; y se necesita, además, que dé carta de pago y que en este documento se declare que el pago se hizo con dinero prestado por el nuevo acreedor. ¿Qué pasará si el acreedor se niega á recibir el pago, si no quiere dar carta de pago, ó si se opone á que en ésta se inserte la declaración prescripta por la ley? Puede suponerse esta mala voluntad al acreedor, puesto que la denegación de los acreedores es lo que ha dado lugar al edicto de 1,609. Déjase entender que la resistencia del acreedor no puede ser un obstáculo para el ejercicio de una facultad legal; pero ¿cómo se quebrantará esa resistencia? El deudor hará ofertas reales y consignará la suma debida. Esto no basta; se necesita además una declaración recibida por un oficial público; ahora bien, el comisario que hace las ofertas tiene calidad para ofrecer, pero no la tiene para recibir una declaración. Por otra parte, en el momento de la consignación es cuando debe hacerse la declara-

ción, supuesto que la consignación es la que hace veces de carta de pago. Síguese de aquí que el funcionario encargado de hacer las consignaciones será el que compruebe la declaración del deudor. La ordenanza francesa de 3 de Julio de 1816, relativa á las atribuciones de la caja de depósitos y consignaciones, contiene una disposición formal. "En el caso en que los dineros consignados provengan de un préstamo y que hubiese lugar á apocar una consignación á favor del prestador, se hará mención expresa de la declaración hecha por el deponente conforme al art. 1,250 del Código Civil, la cual producirá el mismo efecto de subrogación que si se hubiese hecho ante notario. (1)

60. En lugar de rehusar, el acreedor interviene en la operación; ¿habrá en este caso subrogación en virtud del número 1 ó del núm. 2 del art. 1,250? La validez de la subrogación puede depender de la solución que se dé á la cuestión: la subrogación es, á la verdad, convencional en los dos casos, pero la del núm. 2 está cruzada de formalidades cuya inobservancia acarrea la nulidad; mientras que la del núm. 1 no está sujeta á ninguna forma. Además, el préstamo, base de la subrogación consentida por el deudor, puede ser nulo por haberse hecho á un incapaz, y sin préstamo no puede haber subrogación en virtud del núm. 2, mientras que la subrogación sería válida si fuese consentida en virtud del núm. 1. La cuestión es de hecho, puesto que todo depende de la voluntad de las partes interesadas. Es preciso, pues, ver lo que ha pasado. No basta que el acreedor intervenga para que haya subrogación convencional del núm. 1; él debe intervenir aun cuando el deudor subrogue, puesto que recibe el pago y da recibo. (2) Pero si hace más, si consiente la subrogación, entonces ya no se está en el núm. 2, sino que se vuelve al núm. 1. Se ha fa-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 373, núm. 429 y todos los autores.
2 Nimes, 29 de Enero de 1861 (Dalloz, 1863, 2, 21).

llado que, en esta hipótesis, la subrogación era válida, por más que el préstamo fuese nulo. (1)

§ III.— DE LA SUBROGACIÓN LEGAL.

Núm. 1. Principios generales.

61. La subrogación tiene lugar de pleno derecho, en virtud de la ley, en los cuatro casos previstos por el artículo 1,251. ¿Por qué la subrogación es convencional en los dos casos; es decir, subordinada al consentimiento de las partes interesadas, y por qué es legal en el caso del art. 1,251; es decir, independiente de su consentimiento? La subrogación legal no difiere, en su esencia, de la subrogación convencional, puesto que también se funda en un pago; el que paga es subrogado al acreedor que recibe su pago. No podría haber subrogación sin pago, puesto que la subrogación no es más que una modalidad del pago. Es el acreedor quien, al recibir su pago, pone en su lugar al tercero que le paga; esto se verifica, ora con el consentimiento del acreedor, ora con el consentimiento del deudor, ora en virtud de la ley. ¿Por qué la ley interviene en una materia que es toda de interés privado? Hay casos en que la equidad exige que el que paga al acreedor sea subrogado en sus derechos; cuando el tercero está interesado en pagar para ocupar el lugar del acreedor, supónese naturalmente que él no me paga sino con la intención de ser subrogado. ¿Para qué exigir una estipulación cuando la voluntad de ser subrogado resulta del hecho mismo del pago? La ley determina los casos en los cuales esta voluntad debe suponerse, á fin de prevenir la resistencia que el acreedor pudiera oponer á la subrogación. Regularmente toda subrogación debería ser convencional, en el sentido de que se

1 Casación, 9 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 299).

hiciese por un concurso libre de voluntades. El art. 1,250, núm. 2, deroga este principio al permitir al deudor que subrogue sin el consentimiento del acreedor, y aun á poder de éste, lo que sin embargo no quiere decir que la subrogación se haga contra el derecho del acreedor; la ley no sacrifica el derecho de una de las partes en interés de la otra. Sucede lo mismo con la subrogación legal; ésta se funda en la conciliación de los diversos intereses, lo que se llama la equidad. (1)

62. Del principio de que toda subrogación se funda en un pago síguese que el que no paga al acreedor no podría reclamar dicho beneficio. Se abre un orden para la distribución del precio de inmuebles vendidos sobre uno de los deudores, sobre un fiador ó sobre el tercero detentador; algunos de los acreedores son colocados inútilmente; es decir, que el precio no basta para que puedan recibir lo que les es debido: ¿pueden reclamar el beneficio de la subrogación legal que se ha operado en provecho de aquél cuyos bienes han servido para pagar á los acreedores útilmente colocados? La negativa es evidente; estos acreedores no han pagado á los que estaban inscriptos ante ellos; el propietario de los bienes embargados y vendidos es quien les ha pagado indirectamente, luego él sólo debe aprovecharse de la subrogación. (2)

63. ¿Basta que haya pago hecho por quien tenía interés en pagar para que haya subrogación legal? Nó, la subrogación legal es esencialmente de derecho estricto, y lo es con doble título: toda subrogación es una ficción, y las ficciones son de estricta interpretación; y, con mayor razón es así cuando el legislador, fundándose en la equidad, pone á un tercero que paga en lugar del acreedor. No hay,

1 Demante, t. V, pág. 370, núm. 190. Mourlon *Repeticiones*, t. II, pág. 618.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 185 y nota 69 del pfo. 321.

pues, subrogación legal sin ley, y los casos en los que la ley la establece deben interpretarse restrictivamente, en el sentido en que no pueden extenderse, aun cuando hubiese motivos de analogía; la aplicación analógica no se admite en las materias excepcionales, y no hay otras que sean más excepcionales que las ficciones legales. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes en proclamar este principio; es inútil citar autoridades, siendo la cosa de toda evidencia.

64. La subrogación legal difiere de la que consiente el deudor; ésta se halla sometida á formalidades severas, mientras que la subrogación legal no está sometida á ninguna forma. Nada de escritura auténtica, ni siquiera de documento con fecha cierta. (1) Entiéndase bien que si el pago se pone en duda, debe rendirse la prueba según el derecho común; pero esto no es nunca más que una cuestión de prueba; mientras que la subrogación por el deudor no existiría sin las escrituras auténticas prescriptas por la ley, aun cuando constase el pago hecho con dinero prestado. La ley no prescribe precaución alguna contra el fraude, porque los diversos casos en que la ley establece la subrogación no es de temerse el fraude, se aplicaría el derecho común, sería un fraude á la ley, y todo esto ejecutado con fraude de la ley es nulo.

La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios á un caso que no debiera de haberse llevado ante la Corte Suprema, tan evidente así era la decisión. Había escrituras que comprobaban la subrogación legal; se atacaron las enunciaciones de dicha escritura alegando lo que se habría dicho fuera de los escritos. Esto era desconocer el principio elemental de la fe que merecen las escrituras; las partes interesadas no tienen más que un derecho, el de atacar la escritura por la demanda de false-

1 Gauthier, *De la Subrogación*, pág. 336, núm. 291.

dad ó por la prueba contraria, según que discutan los hechos materiales enunciados en la escritura, ó la verdad de esos hechos. (1)

65. Según los términos del art. 5 de nuestra ley hipotecaria, la subrogación en un crédito privilegiado ó hipotecario no puede oponerse á los terceros si no se ha hecho público en las formas prescriptas por la ley. ¿Se aplica esta disposición á la subrogación legal? Aplazamos la cuestión para el título "De las Hipotecas."

Déjase entender que el subrogado debe conservar los derechos en los cuales sucede. Para aprovecharse de los privilegios é hipotecas es por lo que se decide á pagar una deuda que no es la suya, ó por la cual no es demandado; ahora bien, los privilegios é hipotecas no se conservan sino por la inscripción. Así, pues, el subrogado debe cuidar de revocar la inscripción, si no quiere que su derecho perezca. Esto no tiene ni la menor duda, aunque la cuestión se haya llevado ante la Corte de Casación; el subrogado no puede tener más derecho que el subrogante cuyo lugar toma, y porque los ejerce el subrogado, los privilegios é hipotecas no cambian de naturaleza; el interés de los terceros, que exige la publicidad, es siempre el mismo. (2) Es inútil insistir.

66. También se ha discutido ante la Corte de Casación la cuestión de saber si el subrogado puede renunciar á la subrogación. No vemos en esto ni el más leve motivo para dudar. ¿Qué importa que la subrogación sea legal? La ley no impone los beneficios que ella otorga. Hay, es cierto, ciertos derechos legales que no es permitido renunciar: tal es la hipoteca legal; la ley la establece en provecho de los incapaces, y déjase entender que ni los incapaces ni los

1 Denegada apelación, 13 de Marzo de 1872 (Daloz, 1872, 1, 255).

2 Denegada apelación, 25 de Enero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 12). Bourges, 30 de Abril de 1853 (Daloz, 1854, 2, 52). Aubry y Rau, tomo IV, pág. 187, nota 77, pfo. 321.

que tienen el encargo de defender sus intereses, pueden renunciar á garantías que el legislador establece á favor de los que no pueden por sí mismos vigilar sus intereses. La subrogación legal es de puro interés privado, luego hay que aplicar el principio de que cada cual tiene derecho á renunciar lo que á su favor se haya establecido. (1)

Núm. 2. Subrogación establecida por el núm. 1 del art. 1,251.

67. El art. 1,251, núm. 1, dice: "La subrogación tiene lugar de pleno derecho en favor de quien, siendo el mismo acreedor, paga á otro acreedor que le es preferible en razón de sus privilegios ó hipotecas." Esta subrogación tiene esta singularidad que no se hace por interés del deudor; el que hace el pago no es deudor sino acreedor, por lo que en su calidad de acreedor, debe tener interés en pagar. ¿Qué interés es este? Paga á otro acreedor privilegiado ó hipotecario. ¿Es acaso para transferir estas garantías reales á su crédito que no está garantido ó que ocupa inferior lugar en virtud de su inscripción? No, su crédito sigue siendo lo que era, quirografario si sencillamente era personal, y si es hipotecario, conserva el lugar que la inscripción le asegura. Tal es la consecuencia de nuestro sistema hipotecario; cada acreedor tiene sus derechos, su lugar, que no pueden cambiar, porque á ello se opone el interés de los demás acreedores; no habría garantía hipotecaria si el rango de los acreedores pudiera trastornarse con subrogaciones.

Si el acreedor que paga á un acreedor por el cual esté primado, conserva su lugar y sus derechos, ¿qué interés tiene en pagar al acreedor anterior? El está puesto en su lugar pagándole, disfrutará de las garantías hipotecarias inherentes al crédito que él paga; pero ¿para qué pagar 10,000 francos á un acreedor privilegiado para volver á entrar en la misma suma mediante el privilegio? Este no

1 Denegada apelación, 12 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 438).

es tal vez el objeto de la subrogación, puesto que se limita á pagar con la mano derecha lo que recobra con la izquierda. Para que el acreedor posterior tenga interés en pagar al acreedor anterior, se necesita desde luego suponer que él no tiene ninguna garantía, porque es simple acreedor quirografario, ó que su garantía hipotecaria es insuficiente, porque el inmueble hipotecado está gravado con inscripciones superiores á su valor. Si, en este caso, el acreedor inscripto primero provocara la expropiación, ¿qué resultaría de esto? Enormes gastos que absorben una parte del precio; en seguida, si la venta se hace en circunstancias desfavorables, el precio no bastará para resarcir á los últimos acreedores inscriptos. Ahora bien, el primer acreedor inscripto no tiene por qué preocuparse ni de los gastos, ni del precio, pues su rango le procura la certeza de que será pagado íntegramente; luego puede siempre provocar la expropiación, con grave perjuicio de los últimos acreedores inscriptos. Por esto éstos tienen interés en apartarlo, y la subrogación les da la manera de hacerlo; nada aventuran con exhibir el importe del primer crédito, puesto que el reembolso está asegurado; si el inmueble ha de venderse, pueden escoger el momento favorable; en todo caso, los gastos de orden serán menores, y ellos pueden esperar á que se restablezcan los negocios del deudor, lo que permitirá que éste pague sus derechos íntegramente. Así pues, la subrogación se hace también por interés del deudor, en el sentido de que él la aprovecha, aun cuando el subrogado sólo hubiese pensado en su provecho personal; él que será desembarazado de un acreedor que no tenía para qué considerar; su nuevo acreedor, al contrario, le merece consideraciones para la conservación de sus derechos. Así es que la subrogación concilia los diversos intereses. El acreedor que recibe su pago no puede quejarse,

puesto que recibe lo que se le debe. No obstante, por capricho ó por mala voluntad, él habría podido negar su consentimiento á una subrogación voluntaria; y por esta razón la ley misma hace la subrogación.

I. ¿A quién se concede la subrogación?

68. El art. 1,251 establece la subrogación en provecho de aquel que es el mismo acreedor. Luego todo acreedor puede usar de ese derecho. La ley no exige que el que ofrece el pago á otro acreedor, pruebe que tiene un interés legítimo. Ella supone que este interés existe: no se resuelve nadie á anticipar una suma más ó menos considerable cuando en ella no lleva interés. ¿De esto debe concluirse que la suposición es una presunción y que esta presunción puede combatirse por la prueba contraria? Así se ha pretendido, pero esta opinión no ha encontrado favor. (1) Lo que se llama presunción no es otra cosa que el motivo por el cual establece la ley la subrogación; no se puede transformar el motivo en un requisito para la validez de la subrogación y obligar al acreedor á que pruebe el interés que tiene en la subrogación. El intérprete no tiene nunca el hecho de crear condiciones, y, sobre todo, no puede hacerlo en una materia que es de derecho estricto. Creemos inútil insistir, porque la cuestión no es controvertible.

69. ¿El acreedor quirografario puede aprovecharse del beneficio del art. 1,250, núm. 1.º? Ateniéndose al Código, la cuestión no es dudosa. El texto está concebido en los términos más generales; habla de acreedores sin levantar la subrogación á determinada categoría. Se objeta que el artículo 1,250, al decir que el acreedor pagado, debe ser preferible, en razón de sus privilegios ó hipotecas, al que pa-

¹ Mourlón, *De la subrogación*, págs. 365 y siguientes. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVII, pág. 400, núm. 455.

ga, supone que éste es un acreedor hipotecario privado por un acreedor anterior, y en apoyo de esta interpretación se invoca el antiguo derecho. Esta interpretación restringe la ley; el texto se aplica al acreedor quirografario tanto como al hipotecario, porque la hipoteca es esencialmente un derecho de preferencia; y ¿respecto á quién se ejercita este derecho? Regularmente respecto á acreedores quirografarios; así, pues, éstos están muy interesados en prevenir la expropiación de su deudor; es decir, la pérdida de su crédito y su ruina, resarciendo á acreedores hipotecarios que, no teniendo nada que arriesgar, se verían tentados á usar de todo el rigor de su derecho. En cuanto á la tradición, la hacemos á un lado porque no tiene ninguna autoridad frente al texto y al espíritu de la nueva ley. Los autores del Código la tenían á la vista, no la reprodujeron, y tuvieron razón.

El motivo que da Pothier en apoyo de la antigua doctrina es muy débil, ó por mejor decir, es falso: "La subrogación, dice, no se concede al acreedor sino para conservar y fortificar el derecho que tiene sobre los bienes de su deudor; ahora bien, solamente el acreedor hipotecario tiene derecho en los bienes, porque el simple quirografario no tiene derecho más que sobre la persona de su deudor y ninguno sobre sus bienes." Es indudable que el acreedor quirografario no tiene derecho real; pero se trata, en caso de subrogación del derecho real; es decir, del derecho de consecución? Absolutamente nó, se trata de la expropiación del deudor; ahora bien, todo acreedor puede expropiar al deudor, con tal que tenga un título auténtico; á este respecto, no hay diferencia alguna entre los acreedores quirografarios y los hipotecarios, nada más que los acreedores hipotecarios tienen un derecho de preferencia, y en razón de este derecho los acreedores quirografarios tienen interés en adquirir la subrogación contra los acreedores hi-