

potacarios que ocupan lugar preferente. Tal es la opinión general de los autores, salvo el disentiendo de Grenier; (1) y la jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina (2)

70. Según el texto del art. 1,251, el acreedor es subrogado al que le es "preferible" en razón de sus privilegios é hipotecas; luego también al acreedor anterior. ¿El acreedor anterior sería también subrogado al acreedor posterior? La negativa es clara; esto es una aplicación del principio que la subrogación es de derecho estricto y que no es permitido extenderla fuera de los casos previstos por la ley, aun por motivo de analogía; sin embargo, en el antiguo derecho, Renusson enseñaba la opinión contraria como una cosa clara: "No se puede dudar, dice él, que el acreedor que quisiera pagar al acreedor posterior no fuese igualmente subrogado á su acreedor por el pago. En efecto, puede suceder que un acreedor anterior, para cuidar los bienes del deudor común y evitar disputas, quiera pagar al acreedor posterior, y en tal caso, es razonable que el acreedor anterior tenga análoga ventaja que el posterior." Sin duda que esto es razonable; como dice Renusson, podría suceder que siendo de poco valor los bienes del deudor, se consumiesen en gastos por un acreedor posterior que los mandase vender, pagando el acreedor anterior al posterior para hacer cesar la persecución ó impedir la, ¿no es justo que por el pago sea subrogado de pleno derecho al acreedor posterior? Renusson, al razonar de este modo, olvida el principio que domina esta materia y que él mismo establece, á saber: que no hay subrogación legal, sino en los casos determinados por la ley. Los autores modernos,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 180, núm. 45, pfo. 321 y los autores que él cita. Hay que agregar á Demolombe, t. XXVII, pág. 402, núms. 458 y 459.

2 Douai, 20 de Noviembre de 1839 (Dalloz, *Obligaciones*, número 1964); Casen., 26 de Noviembre de 1870, (Dalloz, 1873, 2, 181).

á la vez que lamentan que la ley no haya generalizado el principio de la subrogación, deciden que es imposible admitirla á favor del acreedor anterior. (1)

71. Todo acreedor posterior puede prevalerse del artículo 1,251, núm. 1. Se ha preguntado si podría invocarse la subrogación por aquel que á la vez fuese acreedor y adquirente, y que pagase á un acreedor anterior en su calidad de acreedor. La Corte de Casación se ha pronunciado por la afirmativa. Había un motivo para dudar que fué lo que decidió á la Corte de Rouen. El acreedor había venido á ser adquirente, y su contrato lo obligaba á exhibir su precio á los acreedores suscriptos, luego al pagar no hacía más que cubrir su propia deuda; ahora bien, un deudor personal no puede nunca desasirse del lazo que lo encadena y no podría, sea cual fuere la calidad, hacer un pago subrogativo cuyo resultado sería transferirle el beneficio de un credito que lo obliga personalmente; esto sería contradictorio. La Corte de Casación contesta, y es decisiva la respuesta, que en el caso de que se trata, el acreedor no estaba obligado á la deuda sino como adquirente, y no como deudor en virtud de una obligación personal y directa; desde luego él podrá hacer el pago en calidad de acreedor inscripto sobre el inmueble. (2)

72. Para que los acreedores posteriores sean subrogados al acreedor anterior á quien pagan, preciso es que este acreedor les sea preferible en razón de sus privilegios é hipotecas. La ley está concebida en términos restrictivos. Toda preferencia de que disfrutare un acreedor anterior no bastaría para legitimar la subrogación en provecho de los acreedores posteriores que le pagarían; es preciso que la preferencia resulte de los privilegios é hipotecas. El texto

1 Renusson, pág. 93, cap. IV, núm. 14. Durantón, t. XII, página 242, núm. 152, y todos los autores.

2 Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 40).

es formal, no se limita á decir: "el acreedor que le es *preferible*," sino que agrega: "en razón de sus privilegios ó hipotecas." Y cuando los términos son restrictivos, no corresponde al intérprete extenderlos en una materia en que todo es de derecho estricto. Síguese de aquí que la subrogación no puede invocarse sino cuando el acreedor anterior es privilegiado ó hipotecario.

73. La prenda da un privilegio al acreedor que con ella está afianzado; luego el acreedor posterior que paga al acreedor prendista le está subrogado. ¿Cuál será la consecuencia de la subrogación? Acerca de este punto, hay alguna duda. La existencia del privilegio está subordinada á la posesión de la prenda: el acreedor prendista que está en posesión en el momento en que un acreedor posterior le paga ¿deberá entregar á éste la cosa empeñada? La afirmativa nos parece clara; la ley da al acreedor posterior el privilegio; ahora bien, el privilegio es inherente á la posesión; la ley le da, pues, derecho á la posesión. Se objeta que el acreedor no puede desasirse de la prenda sin el consentimiento del deudor al cual pertenece la cosa. La objeción para nada tiene en cuenta la subrogación legal; la ley es la que desprende al acreedor prendista, y, por lo mismo, el consentimiento del deudor es inútil, porque ese consentimiento es forzado; no tiene derecho á rehusarlo, porque esto sería darle derecho á ponerse en oposición con la ley. (1)

74. Según los términos del art. 93 del Código de Comercio, el comisionista que ha hecho anticipos sobre las mercancías que le consignan de otra plaza, para ser vendidas á cuenta de un comitente, tiene privilegio para el reembolso de sus anticipos y gastos sobre el valor de las mercancías si están á su disposición. Síguese de aquí que un segundo comisionista que paga sus gastos y anticipos al pri-

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 181, nota 48. pfo. 321. Demolombe, t. XXVII, pág. 464, núm. 467.

mero, puede invocar la subrogación del art. 1,251. La Corte de Casación así lo ha fallado, y esto no es dudoso. (1)

75. Cuando el acreedor anterior no tiene ni privilegio ni hipoteca, no hay subrogación. Síguese de aquí que una anticresis no daría lugar á la subrogación, porque el acreedor anticresista no tiene privilegio, como lo diremos en el título "Del Afianzamiento." (2) Hay en este punto una especie de contradicción entre la subrogación convencional y la subrogación legal; es claro que el que se hiciese subrogar por convenio al acreedor anticresista ejercitaría el derecho de anticresis. Pero en materia de subrogación legal, la primera cuestión es saber si hay subrogación, y, en el caso de que se trata, la negativa no es dudosa.

76. Sucede lo mismo con el derecho de resolución que pertenece al vendedor. El que paga al vendedor y le es subrogado, tiene no solamente el privilegio del vendedor, puede también ejercitar el derecho de resolución. Pero si el vender promueve la resolución antes de toda subrogación ¿un acreedor del adquirente podrá pagar al vendedor para ser subrogado en su acción resolutoria? La negativa fué fallada por la Corte de Casación. La sentencia, muy bien motivada, comienza por asentar como principio, que la subrogación es de derecho estricto, que no puede exigirse al acreedor á quien se ha hecho una oferta de pago sino en los casos determinados por la ley. La Corte añade, y con condición de no dañarlo; hemos dicho que esta es condición de toda subrogación. En el caso de que se trata: el acreedor invocaba el art. 1,251. ¿Qué supone esta disposición? Un concurso entre varios acreedores, uno de los cuales es preferible al otro, en razón de un privilegio ó de una hipoteca; el acreedor privilegiado ó hipotecario nin-

1 Denegada apelación, 7 de Diciembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Comisionista*, núm. 164).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 131, nota 49, pfo. 321. Demolombe, tomo XXVII, pág. 413, núm. 466.

gún interés tiene en rehusar el pago que le ofrece el acreedor posterior, supuesto que recibe lo que se le debe. Si el vendedor reclamara su precio por privilegio, el acreedor posterior podría ofrecerle este precio, y estaría, por consiguiente, subrogado al vendedor cuyos derechos todos ejercitaría, incluso la acción resolutoria. Pero en el caso de que se trata, que tiene dos derechos, el privilegio y la resolución, renunciaba al privilegio é intentaba la acción resolutoria; por lo mismo, el acreedor del adquirente no podía pedir la subrogación pagando al vendedor; él no está dentro de los términos de la ley, porque no se halla en presencia de un acreedor privilegiado, sino en presencia de un vendedor que quiere recuperar su propiedad; la subrogación tendería, pues, no á ser subrogada á un acreedor privilegiado, sino á ser subrogada á un propietario. El acreedor tampoco puede invocar el espíritu de la ley; al concederle la subrogación, la ley quiere prevenir persecuciones de expropiación; ahora bien, el vendedor que pide la resolución de la venta, no expropia al adquirente; no hay ni secuestro, ni venta, ni orden, luego no hay lugar á subrogación. La Corte añade una última consideración que es perentoria. Al conceder la subrogación de pleno derecho al acreedor posterior, la ley quiere evitar la expropiación del deudor, luego quiere consolidar en sus manos la propiedad del inmueble que el acreedor anterior amenaza expropiar. ¿Es también este el objeto del acreedor que pide ser subrogado cuando éste promueve resolución? Nó, él promueve por interés propio; pretende atribuirse exclusivamente las ventajas de la resolución; en definitiva, pretende adquirir la propiedad del inmueble con exclusión del vendedor que tiene el derecho de recobrar su propiedad. No es para eso para lo que se estableció la subrogación. (1)

1 Denegada apelación, Cámara Civil, 8 de Julio de 1854 (Daloz, 1854, 1, 247).

II. Condiciones de la subrogación.

77. La ley no exige más que una condición, y es que el acreedor pague al acreedor que le es preferible, el pago es la base de toda subrogación. Se subentiende que el acreedor paga con su peculio. Los acreedores presentan á veces singulares pretensiones. Un acreedor delega á su acreedor las rentas de un año para cubrirse con él; el acreedor se vió obligado á sufrir una reducción bastante fuerte sobre las rentas en razón de las contribuciones prediales que los arrendatarios habían pagado para cubrir al propietario; él sostuvo que las contribuciones habían sido pagadas con su dinero, puesto que habían sido cubiertas con las rentas que le pertenecían como delegatario, y, por consiguiente, se pretendió subrogado en el privilegio del tesoro público. Estas pretensiones, aceptadas por el Tribunal de 1.ª Instancia, fueron desechadas por la Corte de Apelación y por la de Casación; el arrendador al delegar las rentas á su acreedor, no había podido delegarle más que la porción libre de dichas rentas; ahora bien, los arrendamientos estaban afectados al pago del impuesto; luego la delegación no había podido hacerse sino con la condición tácita de que el delegatario cubriese el impuesto si el propietario no lo hacía. Así es que el pago no se había hecho con peculios del acreedor, y, por consecuencia, la condición esencial de la subrogación, faltaba. (1)

Otra pretensión igualmente extraña se ha abierto paso. Se inicia un orden; el primer acreedor inscripto es el único que es colocado útilmente. Tenía, además, otras garantías. Los acreedores posteriores, sobre los cuales faltaron los fondos, sostuvieron que estaban subrogados en estas garan-

1 Denegada apelación, 15 de Junio de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,907, 1). Mourlón, pág. 375; Gauthier, pág. 252, núm. 229.

tías en virtud del art. 1,251, 1.º, porque con peculios que le pertenecían había sido pagado el acreedor colocado. La Corte de Nimes contesta que no tenían ellos derecho en el dinero proveniente de la venta sino cuando fuesen colocados, pero que ese dinero, antes de serles distribuido, pertenecía á su deudor, lo que excluye toda idea de subrogación. (1)

78. ¿Tendría la subrogación lugar si el acreedor posterior pagase con dinero prestado? Sí, y sin duda alguna, aunque la cuestión se haya llevado varias ocasiones ante la Corte de Casación. El que pide prestado, se hace propietario del dinero pedido, luego realmente paga con su dinero. Importa poco que el acreedor declare que paga con dinero prestado; la ley no se fija en el origen del dinero, como lo dice la Corte de Casación. Importa también poco que esa declaración no sea suficiente para que el prestador pueda invocar la subrogación del art. 1,250, 2.º; no se trata de la subrogación convencional, sino de la legal, y no es el prestador el que reclama el beneficio de la subrogación, sino el que pide prestado. (2)

79. ¿El acreedor que hace un pago parcial, puede reclamar el beneficio del art. 1,251? Los autores no están de acuerdo; unos conceden la subrogación, otros distinguen. (3)

Creemos inútil entrar en este debate; á nuestro juicio, no puede tratarse, en este caso, de subrogación legal. La subrogación es legal en el sentido que el subrogado puede reclamarla sin el concurso del subrogante, porque la ley es la que lo subroga. Ahora bien, esto no puede ser cuan-

1 Nimes, 24 de Febrero de 1845 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,907, VI).

2 Denegada apelación, 22 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1847, 1, 5). Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 409). Gauthier, pág. 253, núm. 230.

3 Demolombe, t. XXVII, pág. 418, núm. 473. Mourlón, pág. 365.

do el acreedor ofrece al acreedor anterior un pago parcial, porque la ley dice que el deudor no puede forzar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda. Luego ella no puede de pleno derecho subrogar á aquel que ofrece un pago parcial al acreedor anterior, porque esto sería contradictorio. Se necesita el consentimiento del acreedor anterior para que el posterior sea recibido á hacerle un pago parcial. Esto equivale á decir que la subrogación ya no es legal sino convencional. Habrá que aplicar el artículo 1,250, número 1; en consecuencia, la subrogación no existirá sino cuando el acreedor la ha acordado expresamente.

80. ¿El acreedor anterior á quien el acreedor posterior ofrece el pago de lo que le es debido, puede rehusarlo? En principio nó, puesto que no es llamado á consentir; ahora bien, el que no debe consentir no tiene derecho á rehusar. Sin embargo, puede rehusar el pago; entonces se le harán ofertas reales, se abrirá una discusión sobre la validez y los efectos de las ofertas. Si el acreedor anterior tiene un derecho que fuese lesionado por el pago, puede rehusarlo, y, por consiguiente, no habrá subrogación. Esto no es más que la aplicación del principio general, según el cual la subrogación no debe perjudicar al subrogante.

Veamos un caso muy singular que se presentó ante la Corte de Casación. El acreedor á quien el acreedor posterior ofrece el pago del crédito por el cual es primado, tiene otro crédito simplemente quirografario; se le ofrece únicamente el pago del crédito que le asegura el primer lugar: ¿puede rehusarlo? La Corte de Casación ha resuelto, y con razón, que sí podía. En primer lugar tiene él interés en conservar su crédito privilegiado ó hipotecario, porque le procura un medio indirecto de conseguir el pago de su crédito quirografario, estando el deudor en su dependencia en razón de la acción hipotecaria que contra él puede ejecutar; y la subrogación le arrebatría ese medio de ac-

ción; luego en este sentido le perjudicaría, y es de principio que no puede perjudicarlo. Además, y este es el argumento decisivo invocado por la Corte de Casación, si la subrogación tuviese lugar, á pesar del acreedor privilegiado, á favor del acreedor posterior, el subrogante podría inmediatamente después pedir la subrogación contra el subrogado, en virtud de su crédito quirografario, y, por supuesto, el subrogado podría renovar este pago. Le llamamos pago, porque el circuito de subrogaciones, cada una de las cuales es el ejercicio de un derecho, viene á parar en hacer imposible la subrogación; no hay más salida para este debate que el mantenimiento de las partes interesadas en su respectiva situación. (1)

Los autores están de acuerdo con la jurisprudencia. Aceptan, no obstante, una excepción á la decisión que acabamos de citar. Si el acreedor posterior estuviese personal ó hipotecariamente obligado á pagar la deuda, el acreedor anterior no podría rehusar el pago, porque el que se le ofrece tiene el derecho absoluto de pagar, porque el artículo 1,236 da á toda persona interesada el derecho de pagar la deuda que se vería obligada á cubrir. (2) Esta restricción nos deja alguna duda. Cuando la ley subroga de pleno derecho al acreedor posterior que paga á aquel que le es preferible, supone naturalmente que el acreedor posterior tiene el derecho de pagar; en efecto, este mismo artículo 1,236, que se invoca para fundar en él una excepción, da á todo tercero, aunque no esté interesado, el derecho de pagar; el tercero no interesado y las personas interesadas

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 2 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 346). Compárese Gauthier, pág. 295, núm. 258; Larombière, t. III, pags. 305 y siguientes, núm. 7 del art. 1,251 (Ed. B., tomo II, pág. 235). Aubry y Rau, t. IV, pag. 181, nota 50, pfo. 321; Demolombe, t. XXVII, pág. 421, núms. 476-479.

2 Aubry y Rau t. IV, pág. 182, nota 51, pfo. 321. Gauthier, página 350, núms. 303, 304.

están, pues, en la misma línea en virtud de la ley; siendo el mismo su derecho, se les debe aplicar á todos la misma regla. Por otra parte, hay que tener en cuenta el derecho del acreedor á quien se ofrece el pago; él también tiene un derecho, el de pedir la subrogación si se la imponen; así, pues, en derecho, neutraliza siempre el derecho del acreedor posterior que le ofrece el pago. (1)

81. La ley no prescribe ninguna forma para la validez de la subrogación. Sin embargo, el subrogado debe probar el pago si se pone en duda. ¿Cómo se rendirá esta prueba? Conforme al derecho común, puesto que la ley no lo derogó. Si la carta-pago es auténtica, ¿estará probado el pago respecto á terceros hasta la demanda de falsedad? Un tribunal de primera instancia así lo había fallado. Esto era confundir el hecho material de la declaración recibida por el notario y la sinceridad de esta declaración; el hecho material está probado hasta la demanda de falsedad, pero la verdad, la realidad del hecho jurídico, no está establecida sino hasta prueba en contrario. (2) Esto no es más que la aplicación de los principios generales que expondremos en el capítulo de la "Prueba de las obligaciones."

Núm. 3. De la subrogación del núm. 2 del art. 1,251.

82. "La subrogación tiene lugar de pleno derecho en provecho del adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á quien estaba hipotecada esa heredad." ¿Cuál es el objeto de esta subrogación? Importa precisarlo; es el espíritu de la ley, y sirve para decidir las cuestiones controvertidas que no faltan en esta materia. El que adquiere un inmueble gravado con hipotecas está obligado hipotecariamente

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 82, nota 54, pfo. 321. Gauthier, página 359, núms. 303, 304.

2 Douai, 10 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 199).

á las deudas; luego puede ser perseguido por los acreedores, y, por esta persecución deberá, ó dejar el inmueble ó pagar; de lo contrario será expropiado. El adquirente arriesga, pues, ser despojado; la ley le da un medio de ponerse al abrigo de ese riesgo, y es pagar su precio á los acreedores hipotecarios. Al pagar á los acreedores, extingue las hipotecas y emancipa, por consiguiente, el inmueble de las cargas que lo gravan. Esa es una ventaja evidente que le procura el pago de su precio en manos de los acreedores. Pero no se ve aún al que tiende la subrogación en los derechos de los acreedores á quienes él paga; estando libertado por su inmueble ¿de qué le sirven las hipotecas en las cuales es subrogado? Parece, al contrario, que tiene interés en borrarlos para libertar el inmueble; ahora bien, la subrogación implica que él los conserva renovando las inscripciones hipotecarias. Para que el adquirente esté interesado en la subrogación hay que suponer que el precio de su inmueble no basta para resarcir á todos los acreedores; si el inmueble esta gravado con hipotecas superiores á su valor, quedarán acreedores no pagados. Estos podrán perseguir al adquirente, y para ponerlo al abrigo de estas persecuciones es por lo que la ley lo subroga en los derechos de los acreedores que él ha pagado. En primer lugar, la subrogación impedirá generalmente que los acreedores promueban, porque para ello no tienen ningún interés. Se supone que el adquirente ha pagado el inmueble en su justo valor, 50,000 francos, por ejemplo; estos 50,000 francos se han distribuido á los acreedores inscriptos, los primeros, cuyo lugar toma el adquirente y cuyos derechos ejerce. Si los acreedores posteriores persiguen la expropiación del inmueble, será vendido por su valor, que es de 50,000 francos; se abrirá un orden, y en la distribución, el adquirente subrogado será colocado por esta suma, y nada quedará para los acreedores posteriores; luego es

tán interesados en perseguir al adquirente. Pero aun cuando no tengan ningún interés, si tienen derecho, y pueden usar de este derecho con la esperanza de que el inmueble sea vendido más caro, lo que puede acontecer si los inmuebles han aumentado de valor por cualquiera causa accidental. En esta hipótesis, la subrogación no impedirá la evicción; el inmueble será vendido en 50,000 francos, por ejemplo, á menos que se constituya en adjudicatario, y, en este caso, pierde 50,000 francos. Hay otra hipótesis en la cual el comprador sufrirá la pérdida. Los gastos de apoderación inmobiliaria son muy considerables; el adjudicatario que tiene que soportarlos ofrecía, pues, un precio menor que el valor real del inmueble, 45,000 francos, por ejemplo. Si el inmueble le es adjudicado por este precio, el adquirente subrogado por 50,000 francos no percibirá más que 45,000. En definitiva, la subrogación puede no poner al adquirente al abrigo de la evicción, puede constituirlo en pérdida. La ley le da un medio más eficaz de imposibilitar toda persecución hipotecaria, y este es el expurgo. En el sistema de la ley hipotecaria belga, sobre todo, el expurgo ofrece una ventaja que no presenta la subrogación; éste no borra más que las hipotecas, mientras que el expurgo hará caer también la acción de resolución del vendedor no pagado. No obstante, apesar de esta ventaja del expurgo, puede haber adquirentes que prefieran la subrogación, porque es más sencillo pagar su precio á los acreedores inscriptos, que llenar las formalidades del expurgo. (1)

83. La subrogación del núm. 2 del art. 1,251 presenta una dificultad bajo el punto de vista de los principios. Si el adquirente paga á los acreedores hasta concurrencia de su precio, toma el lugar de ellos y ejercita sus derechos.

1 Colmet de Santeire, t. V, pág. 373, núm. 194 bis, I y II. Demolombe, t. XXVII, pág. 452, núms. 497-502.