

¿Cómo concebir que el propietario ejercite una hipoteca sobre su propio predio? La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad; ¿puede el propietario tener un derecho desmembrado sobre un predio cuya propiedad entera, absoluta, le pertenece? Si hubiera tenido una hipoteca sobre el predio, antes de ser propietario, esta hipoteca se habría extinguido por confusión, desde el instante en que hubiese adquirido la propiedad del predio. ¿No debe pasar lo mismo con las hipotecas que él adquiere por vía de subrogación? Veamos la respuesta que se da á la objeción. El derecho hipotecario del adquirente no se realiza sino en caso de evicción, cuando los acreedores hipotecarios no pagados persiguen la expropiación contra él; ahora bien, si es despojado, su derecho de propiedad queda resuelto; se le tendrá por no haber sido propietario del inmueble, lo que hace que él haya podido adquirir por la subrogación las hipotecas de que está gravado. Esta explicación es inadmisibile. Está en oposición con los principios y con el texto mismo de la ley. No es exacto decir que la propiedad del adquirente despojado queda resuelta; la adjudicación sobre expropiación forzosa es una venta, y la venta no resuelve, ciertamente, el derecho del vendedor, en el sentido de que sea considerado como que nunca haya sido propietario. Lo que lo prueba es que las hipotecas por él concedidas sobre el inmueble existen; el art. 2,177 (Ley Hipot., art. 105) lo dice; luego no hay resolución retroactiva y no puede decirse que el adquirente ejercite un derecho de hipoteca sobre un inmueble del que nunca ha sido propietario. (1)

Hay otra explicación. El art. 2,177 (Ley Hipotecaria, artículo 105) dice que los derechos reales que el tercer detentor tenía sobre el inmueble antes de su posesión, renacen después de la adjudicación hecha sobre éste. ¿Por qué

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 619.

reviven esos derechos? En realidad, jamás se han extinguido. La confusión, á diferencia de los otros modos de extinción de los derechos reales y de las obligaciones, no es más que un obstáculo para el ejercicio del derecho, y el derecho mismo no está extinguido; síguese de aquí que el derecho puede ejercitarse desde que el obstáculo desaparece; ahora bien, desaparece cuando el adquirente cesa de ser propietario á causa de la adjudicación que él hace; luego podrá ejercitar sus derechos hipotecarios, tanto los que ha adquirido por subrogación, como los que tenía sobre la cosa antes de haber adquirido su propiedad.

84. Hay que hacer todavía una observación sobre la subrogación establecida por el art. 1,250, núm. 2. Esto es una aplicación de la subrogación establecida por el núm. 3. Según los términos del núm. 3, la subrogación tiene lugar de pleno derecho á favor de aquél, que estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tuviese interés en cubrirla. Ahora bien, tal es sin contradicción la situación del adquirente y de todo detentor de bienes hipotecados por las deudas de un tercero; está obligado por sí, puesto que puede ser perseguido hipotecariamente y ser obligado á pagar directa ó indirectamente las deudas de que están gravados los bienes; luego tiene interés en cubrirlas para evitar la expropiación y la evicción que es su consecuencia. Por lo tanto, el adquirente que paga el precio á los acreedores hipotecarios queda subrogado en virtud del núm. 3. ¿Por qué la ley, en un solo y mismo artículo, establece un principio general del que consagra una aplicación antes de formular el principio? Se han dado diversas explicaciones de este pleonasma legislativo; la más sencilla es la que se toma en la tradición. La subrogación á favor del adquirente existió en el antiguo derecho, el legislador moderno allí la encontró y la reprodujo. No sucede lo mismo con

la subrogación del núm. 3. Dumoulin la había propuesto, pero, á pesar de su grande autoridad, su opinión no había podido prevalecer, porque era imposible admitir una subrogación legal sin ley. Los autores del Código han consagrado la doctrina de Dumoulin: de aquí el núm. 3 del artículo 1,251. Pero no han reflexionado que el núm. 2 era una aplicación del núm. 3; así, pues, han mantenido la subrogación del adquirente en el núm. 2, por más que esta disposición sea inútil en presencia del núm. 3.

*I. ¿A quién se concede la subrogación?*

85. El art. 1,251 contesta á nuestra pregunta: "Al adquirente de un inmueble." Esta es una subrogación del todo especial. Se imaginó la subrogación para asegurar el recurso que pertenece á un tercero cuando paga una deuda; el adquirente que paga el precio de adquisición no tiene recurso que ejercitar por este capítulo, porque paga lo que debe, nada más que, en lugar de pagar el precio al vendedor, lo paga á los acreedores inscriptos sobre el inmueble. Si la ley lo subroga á estos acreedores, es para ponerlo al abrigo de las persecuciones hipotecarias que contra él podrían intentar los acreedores no pagados. Así, pues, el objeto de la subrogación es consolidar la propiedad del inmueble en manos del adquirente. Con esto, el legislador favorece el desarrollo de la riqueza pública; la primera condición del crédito y de las operaciones comerciales, industriales y agrícolas, en la seguridad del comprador. Por esto es que la ley trata de garantizar al adquirente contra las evicciones.

La ley no extiende la subrogación al adquirente de un objeto mobiliario, porque la subrogación no es necesaria para resguardar sus intereses; él está suficientemente garantido por la máxima de que en materia "de muebles, la

posesión equivale á título;" este principio lo pone al abrigo de la reivindicación, con tal que sea de buena fe.

¿Qué debe decirse de los derechos reales inmobiliarios? Estos son inmuebles, así es que caen bajo la aplicación del art. 1,251. La Corte de Casación ha aplicado la ley á la concesión perpetua del derecho de extraer de los fondos del concedente la materia propia para la fabricación de la porcelana. (1) Pasaría lo mismo con cualquier otro derecho real inmobiliario, con tal que esté en el comercio y sea susceptible de hipotecarse, lo que excluye los derechos de uso y de habitación, así como las servidumbres que no pueden enajenarse ni hipotecarse separadamente del fundo. (2)

86. ¿Tiene lugar la subrogación en provecho del que ha adquirido de buena fe un inmueble de un vendedor que no era su propietario, si ha empleado el precio de su adquisición en el pago de los acreedores hipotecarios? Supóngase que el verdadero hipotecario reivindica contra él el fundo; queda despojado, y ¿podrá ejercitar sobre el inmueble los derechos de los acreedores hipotecarios á los cuales está subrogado? La subrogación le sería muy ventajosa, puesto que le garantizaría el reembolso de su precio. Es este un motivo para dudar, y es el espíritu de la ley, tal como acabamos de exponerlo. El legislador ha querido consolidar los derechos del propietario poniéndolos al abrigo de la acción hipotecaria de los acreedores inscriptos y no resarcidos; no ha pensado en la reivindicación que el verdadero propietario ejercitaría contra el poseedor; la ley no puede consolidar su propiedad, puesto que él no es propietario; si se le despoja, tiene una acción de garantía contra su vendedor. Tal es incontestablemente el espíritu de la ley, que no es favorable á la subrogación. Creemos,

1 Casación, 28 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 10).

2 Demolombe, t. XXVII, pág. 465, núms. 518-521. En sentido contrario, Mourlón, pág. 459).

no obstante, que es preferible la opinión contraria. El texto responde á todas las objeciones que se hagan con espíritu de la ley; el art. 1,251 no dice que la subrogación tiene lugar en provecho del propietario, la ley no la establece en provecho del "adquirente;" ahora bien, el que compra de un vendedor no propietario es adquirente; luego está subrogado. Siempre es problemático prevalerse del espíritu de la ley contra un texto claro y formal; en una materia que es de derecho estricto como la subrogación, es de todo punto necesario hacer á un lado esta argumentación y ajustarse al texto. El legislador no nos ha dicho las razones que tuvo para establecer la subrogación, y menos aún ha declarado que la subrogación no tenga lugar sino cuando existan esas razones. El texto es favorable al adquirente, aun cuando no sea más que un simple poseedor; esto es decisivo. (1)

Queda en pie una duda en cuanto á la condición de buena fe que los autores exigen. ¿No es esto apartarse de nuestro principio? Es indudable que el legislador no debe favorecer la mala fe, y si hubiera previsto la cuestión, probablemente la habría resuelto contra el comprador de mala fe. Pero la ley no ha previsto la dificultad; si admite que el simple poseedor puede prevalerse de la subrogación, es únicamente á causa del texto, y éste no distingue; luego todo adquirente puede invocar la subrogación. Por otra parte, la equidad habla en su favor, á pesar de su mala fe; él paga su precio de adquisición á los acreedores hipotecarios, luego liberta al inmueble de las cargas reales que lo gravan, y ¿no es justo que participe de los anticipos que aprovechan al propietario?

87. ¿El adquirente, que al pagar á los acreedores, cubre su propia deuda, puede invocar el beneficio del art. 1,251?

1 Moarlón, págs. 392 y siguientes. Demolombe, t. XXVII, página 463, n.º 515.

La Corte de Casación ha resuelto la cuestión negativamente en el siguiente caso. Un acreedor hipotecario se hace adjudicatario del inmueble hipotecado; absorbiendo su precio por un acreedor anterior, él no queda útilmente colocado. Para llegar al reembolso de su crédito, se hace subrogar en los derechos del acreedor á quien ha pagado. Este acreedor tenía además otros codeudores del mismo crédito; en virtud de la subrogación, el adquirente, que quedó como acreedor de su vendedor, pretendió ejercitar los derechos correspondientes al acreedor pagado por él sobre su precio. La Corte de Aix falló que él no tenía derecho ni á la subrogación legal ni á la subrogación convencional, porque al pagar al primer acreedor inscripto, el adquirente había pagado su propia deuda. En efecto, el adquirente cubría el precio de que era deudor como adjudicatario, y al pagar su propia deuda, él extinguía al mismo tiempo la deuda que cubría, no solo con respecto al vendedor, sino también respecto á los otros codeudores; ahora bien, un crédito extinguido no es susceptible de subrogación, cuando su pago lo ha hecho, quien al cubrirlo no ha hecho más que exonerarse de lo que debe. ¿Se quiere tener una prueba palmaria, dice la Corte, de que es imposible la subrogación? Que se suponga que el adquirente sea subrogado, en virtud de la ley ó de la convención, él habría tenido un recurso para obtener el reembolso de una parte del crédito que él debía pagar con su precio; esto equivale á decir que no se vería exonerado de la totalidad de su precio de adquisición (1)

Esta decisión, muy jurídica, parece, no obstante, á primera vista, en oposición con el art. 1,251. La ley concede la subrogación al adquirente de un inmueble que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á

1 Denogada apelación, 31 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 481).

quienes estaba hipotecado aquel inmueble. Ahora bien, el adquirente no hace más que pagar, para cubrir á su vendedor, el precio que éste le debía. Luego, dirán algunos, no es cierto que la subrogación pueda existir en provecho del que paga á un acreedor por medio de un dinero que él mismo debe al deudor. La objeción de causa en una falsa interpretación del art. 1,251, núm. 2, y de la especial subrogación que él establece. Es de todo punto cierto que el adquirente que paga su precio, paga lo que debe, y que, no obstante, es subrogado al acreedor á quien resarce; pero ¿en qué sentido lo está y respecto á quién? Queda subrogado respecto á los acreedores hipotecarios no pagados que lo demandarían hipotecariamente; el objeto único de la subrogación es impedir la evicción del adquirente. Pero el adquirente no está subrogado en los derechos que los acreedores á quienes ha resarcido pudieran tener contra terceros. Semejante subrogación supondría que el adquirente subrogado tiene un recurso que ejercitar en razón del pago que verifica; y ¿cómo había de tener un recurso, siendo así que no ha hecho más que pagar lo que debe? La situación del adquirente es muy sencilla, está subrogado en la hipoteca de los acreedores á quienes ha pagado con su precio para defenderse contra la persecución hipotecaria de los acreedores que no pudieron ser pagados. Hé aquí toda la subrogación del núm. 2. Si el mismo adquirente está entre esos acreedores, sufrirá la ley común á todo acreedor que no puede ser pagado sobre el inmueble hipotecado, porque dicho inmueble está gravado con cargas superiores á su valor; esto equivale á decir que vuelve á la clase de los acreedores quirografarios, no tiene más que una acción personal, supuesto que le falta la acción hipotecaria. Como acreedor personal, podrá ejercitar los derechos de su deudor. Luego si el vendedor tiene derecho contra los codendores de las deudas cubiertas mediante el

precio de venta, el adquirente podrá ejercitarlos en virtud del art. 1,166; pero al ejercitar dicha acción, acudirá en contribución con los demás acreedores de su deudor; esto no será beneficio de la subrogación, sino de derecho común.

### II. Condición de la subrogación.

88. La condición esencial de toda subrogación es que se pague una deuda, y tal es lo que dice el núm. 2 del artículo 1,251: el adquirente debe emplear el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á quienes el inmueble estaba hipotecado. Esta condición da lugar á muchas dificultades en lo concerniente á la subrogación del adquirente. Pregúntase desde luego cuándo debe ser pagado el precio. La respuesta parece muy sencilla: después que haya tenido lugar la venta. Si no paga el precio antes de que la venta exista, ni siquiera se le puede pagar, puesto que no hay precio en tanto que no hay venta. Puede no obstante suceder que el que se propone comprar un fundo haga al propietario un anticipo sobre el precio que deba cuando se consume la venta. Si la venta se hace ¿habrá subrogación? Se falló la afirmativa en el antiguo derecho. Renusson critica la decisión; es evidente que no estamos dentro de los términos de la ley, la que no concede subrogación sino al adquirente que paga su precio de adquisición á los acreedores inscritos; lo que supone una adquisición y un precio pagado por el adquirente. Ahora bien, en el caso de que se trata, no hay ni adquisición ni precio; luego no hay subrogación. (1) En vano se dirá que en el fondo la operación es idéntica en las dos hipótesis: que yo pague mi precio antes ó después de la adquisición, de todos modos yo pago mi precio. Las personas extrañas á nuestra ciencia pueden razonar de ese modo, pero en derecho no ha-

1 Renusson, pág. 120, cap. V, núm. 20. Esa es la opinión de todos los autores (Aubry y Rau, t. IV, pág. 182, nota 53, pfo. 321).

precio sino cuando hay venta; lo que el futuro comprador da al futuro vendedor es un anticipo, un préstamo, y la ley no establece subrogación para anticipos sencillos. ¿Se quiere la prueba palpable de esto? El núm 2 es la aplicación del núm. 3; y ¿se podría, en virtud del núm 3, decir que el futuro comprador está obligado por el futuro vendedor por las deudas que gravan la cosa que él propone comprar? La cuestión carece de sentido.

89. ¿Qué debe resolverse si el adquirente revende el inmueble y si paga á los acreedores inscriptos con el precio que el segundo adquirente se obliga á pagar? Los autores están unánimes en enseñar que el primer adquirente puede invocar la subrogación. La reventa, se dice, no impide que él sea adquirente; ella no hace que desaparezcan las obligaciones que de ella resultan; luego si él paga á los acreedores hipotecarios con el precio que le debe el segundo adquirente, él paga en calidad de adquirente y para libertar su adquisición libertándose de su precio. (1) Parece que los editores de Zachariæ ponen una restricción á su opinión, al decir que la subrogación tiene lugar cuando el precio de venta consignado por el subadquirente ha servido para resarcir á los acreedores hipotecarios. (2) Tal es la decisión de la Corte de Casación. El adquirente de un inmueble hipotecado lo revende; el precio de la reventa se deposita por el subadquirente en la caja de consignaciones; sobre dicho precio, el primer adquirente paga á los acreedores hipotecarios, y queda subrogado en los derechos de éstos. Vamos á transcribir el considerando: "El adquirente, sea como *detentor del inmueble hipotecado* y obligado por ese título con el acreedor hipotecario, sea como vendedor del mismo inmueble y obligado *hipotecariamente sobre su precio de venta*, tenía en una y otra hipótesis *interés* en cubrir el crédito hi-

1 Gauthier, pág. 333; Demolombe, t. XXVII, pág. 462, núm. 513.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 183, pfo. 321.

potecario." El, en efecto, lo ha cubierto con su peculio, puesto que en descargo suyo y sobre su precio de venta, depositado en la caja de consignaciones, los acreedores han sido pagados; luego él está en las condiciones de la subrogación definida y caracterizada por el art. 1,251. (1)

Por esto se verá que la Corte de Casación motiva su decisión en los términos del art. 1,251, núm. 3, por más que se trate de la subrogación del adquirente definida por el núm. 2 del art. 1,251; aceptamos la discusión en este terreno; no obstante, al decidir conforme al núm. 3, no hay que olvidar que se trata del caso previsto por el núm. 2. La ley subroga al adquirente que emplea su precio de adquisición en pagar á los acreedores hipotecarios. ¿Quién queda subrogado? El adquirente que paga su precio. En el caso de que se trata, hay dos adquirentes: ¿cuál de los dos paga su adquisición? El segundo; luego éste debe ser subrogado. Tal es lo que dice el núm. 2, é indudablemente porque este texto habla con tanta claridad contra ella es por lo que la Corte no lo cita. Cito el núm. 3, y ¿éste número puede decir cosa distinta que el núm. 2? Esto es imposible, puesto que el núm. 2 no hace más que aplicar el núm. 3. La Corte quiere probar que el primer adquirente está obligado á la deuda y que tenía interés en cubrirla. Está obligado á la deuda, dice la Corte, como detentor del inmueble hipotecado. Este es un error: el primer adquirente ha revendido; desde el momento en que la venta es perfecta ha cesado de ser detentor del inmueble, porque el segundo detentor es el adquirente; luego él es el obligado hipotecariamente. ¿Contra quién deberán proceder los acreedores hipotecarios? Supongamos, como debe hacerse, que la escritura de venta está transcrita; desde ese momento, el segundo adquirente es propietario y poseedor, y él está obligado hipotecariamente,

1 Casación, 29 de Agosto de 1865 (Dalloz 1,865, 1, 329).

Juego es el que puede invocar el art. 1,251, núm. 3? La Corte continúa y dice que el primer adquirente está además obligado hipotecariamente sobre su precio de venta. ¿Cómo estaría obligado hipotecariamente, siendo que cesa de ser hipotecario y detentor del inmueble hipotecado? El no estaba obligado sino como detentor del inmueble, cesa de ser detentor, luego cesa de estar obligado. El tenía interés, dice la sentencia, en cubrir los créditos hipotecarios. ¿Cuál es el interés que el adquirente tiene en pagar? Está interesado en ello para ponerse al abrigo de la acción hipotecaria de los acreedores no pagados, á fin de conservar y de consolidar su propiedad. ¿Se dirá que el primer adquirente tiene interés en consolidar su propiedad, siendo que cesa de ser propietario? Sería absurdo decir que él quiere ponerse al abrigo de una acción que ya no puede intentarse contra él. ¿Quién es propietario? El segundo adquirente. ¿Quién está amenazado de ser despojado? También el segundo adquirente. Luego éste se halla dentro de los términos y del espíritu del núm. 3, como está dentro de los términos y del espíritu del núm. 2. (1)

90. Se pregunta si el adquirente que paga á los acreedores hipotecarios con su propio peculio, sea totalmente, cuando ha pagado ya el precio al vendedor, sea parcialmente, cuando paga á los acreedores más que su precio, puede invocar el beneficio del núm. 2 del art. 1,251. Como la subrogación es de estricto derecho, hay que contestar negativamente, supuesto que el adquirente no está ya dentro de los términos de la ley; él le paga su precio de adquisición. Los autores y la jurisprudencia aceptan, no obstante, que está subrogado en virtud del núm. 2, supuesto que existe el mismo motivo de decisión. (2)

1 Véase la nota que acompaña la sentencia de la Corte (Dalloz, 1865, pág. 329).

2 Durantón, t. XII, pág. 249, núm. 157 y todos los autores. Bourges, 21 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 171).

Mala razón es esta cuando se trata de una ficción del todo excepcional. Se llega hasta decir que cuando el adquirente paga con su dinero, paga además su precio bajo ciertos conceptos, porque paga como "adquirente" (1) Esto se llama pagarse de palabras y en nuestra ciencia se necesitan razones. No insistimos porque es ociosa la discusión. En efecto, si el adquirente que paga con su dinero no es subrogado en virtud del núm. 2, lo es en virtud del núm. 3; él está obligado por el deudor con calidad de tercero detentor, y como tal tiene interés en cubrir la deuda; luego está subrogado.

De que el adquirente esté subrogado en virtud del número 3 del art. 1,251 ¿debe inferirse, como lo hace un excelente autor, que el adquirente está subrogado no solo sobre el inmueble que ha comprado sino además sobre cualquier otro inmueble hipotecado á la misma deuda? (2) La cuestión está en saber si la subrogación del adquirente tiene efectos tan extensos como la subrogación en general. Más adelante insistiremos sobre este punto.

91. Se presenta una cuestión análoga para el donatario y para el cambista. Ellos no pueden invocar el núm. 2 del art. 1,251, porque no existe precio ni en la donación ni en el trueque, y desde el momento en que no se está dentro de los términos de la ley, deja de haber subrogación legal. Pero si el donatario ó el cambista paga á los acreedores con su dinero, será subrogado en virtud del núm. 3, como tercer detentor obligado hipotecariamente por el deudor y teniendo interés en cubrir la deuda, á fin de consolidar su propiedad. (3)

92. El art. 1,251 dice que la subrogación tiene lugar en provecho del adquirente que "emplea" el precio de su ad-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 470, núm. 524.

2 Colmet de Santerre, t. V, pag. 378, núm. 195 bis III.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 378, núm. 195 bis III.