

sona, lo subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas *contra el deudor*." La ley no agrega: y "contra los terceros." El art. 2,029, que contiene una aplicación de la subrogación legal establecida por el art. 1,251, 3.º, está concebido en los mismos términos: "El fiador que ha pagado la deuda, es subrogado *en todos los derechos* que tenía el acreedor *contra el deudor*." Esta subrogación es muy favorable, puesto que acude en auxilio del fiador que ha prestado un servicio al deudor y al acreedor; por esto es que la ley subroga al deudor en "todos los derechos" del acreedor, pero parece restringir la subrogación agregando "contra el deudor." El art. 874, que contiene también una aplicación del art. 1,251, 3.º, está redactado de la misma manera. La conclusión parece forzada. En efecto, ¿no es una ficción la subrogación? ¿y no toda ficción es de rigurosa interpretación? Cuando la ley limita los efectos de una ficción, no corresponde al intérprete extenderlos.

Se contesta que los artículos que acabamos de citar no pueden tener el sentido restrictivo que se les atribuye, porque entendidos de esa manera estarán en oposición con otras disposiciones, y más aún, estarán en contradicción consigo mismos. La definición de la subrogación no está en el art. 1,250; el art. 1,249 es el que la define, al decir que el tercero que paga al acreedor con subrogación está subrogado en los "derechos" de ese acreedor; es decir, á todos los derechos sin excepción alguna, á los derechos del acreedor contra los terceros, como á los derechos del acreedor contra el deudor. El art. 1,250 núm. 2, se expresa en los mismos términos al hablar de la subrogación consentida por el deudor: ¿se concibe que el "deudor" pueda subrogar al prestador en todos los derechos del acreedor contra el tercero y que el "acreedor" no pueda subrogarlo sino en los derechos que él tiene contra el deudor? Esto carece de sentido. Hay más aún. El art. 1,250 1.º que se

invoca para inferir que la subrogación está limitada á los derechos del acreedor contra el deudor, habla en contra de los que lo citan; dice que el tercero que paga está subrogado en los "privilegios é hipotecas" del acreedor contra el deudor: ¿quiere decir esto que el subrogado no puede ejercitar los privilegios é hipotecas sino contra el deudor? Esto estaría en oposición con la esencia misma de la hipoteca y del privilegio; son estos, derechos reales que afectan á la cosa misma y que la siguen á cualesquiera mano que pasen; luego, al estar subrogado en los privilegios é hipotecas que gravan los bienes del deudor, el subrogado adquiere derechos contra los terceros detentores de los inmuebles gravados con esas cargas reales. Y si él puede ejercitar contra los terceros las hipotecas consentidas por el deudor, ¿por qué no había de poder ejercitar contra los terceros hipotecas consentidas porque quería que fuese para garantía del crédito? De todos modos no es posible prevalerse del art. 1,250 para inferir que el subrogado no tiene acción sino contra el deudor, supuesto que este artículo le da implícitamente acción contra los terceros detentores de los inmuebles por el deudor hipotecados.

Hay un artículo que se cita en pró y en contra de la opinión que seguimos, y que es la opinión casi unánime de los autores y de la jurisprudencia. El art. 1,252 dice: "La subrogación establecida por los artículos precedentes, tiene lugar tanto contra fiadores como contra los deudores." Luego, dicese, la subrogación da derecho al subrogado contra los terceros, supuesto que los fiadores son terceros. Nó, dicen los de la opinión contraria, porque si la subrogación diera al subrogado todos los derechos del subrogante contra los terceros, el art. 1,252 sería inútil; para darle un sentido, hay que suponer que en principio el subrogado no tiene derecho sino contra el deudor, y

que, por excepción á este principio, la ley le da acción contra el fiador. A decir verdad, el art. 1,252 habla más bien á favor de nuestra opinión. No es exacto decir que esta sea una disposición excepcional; fué introducida por el Tribunado, que expone como sigue los motivos de esa proposición. En el antiguo derecho había diversidad de jurisprudencia sobre la cuestión de saber si los fiadores quedaban obligados con el subrogado: un parlamento decidió que el pago con subrogación extinguía la obligación y daba acción al subrogado contra ellos. Este último sistema es el que ha prevalecido. (1) Lo que prueba cuánta incertidumbre hay en esta materia. Esos son los textos. Queda el espíritu de la ley. Ajustándose á la tradición que el Código ha consagrado, no es dudosa la cuestión. La subrogación es una cesión ficticia. ¿En qué consiste la ficción, y para qué se ha imaginado? El crédito pagado es el que se reputa como objeto de una venta; así es, que el crédito mismo, con todos los derechos del acreedor, es lo que se transfiere al subrogado, y para que éste pueda adquirir todos esos derechos es por lo que la ley finge considerarlo como un cesionario. Ella favorece el pago, y para favorecerlo transfiere al que paga todas las seguridades, todas las garantías inherentes al crédito primitivo; no lograría su objeto si no transfiriese al subrogado todos los derechos del subrogante, porque de ello resultaría que el tercero que está dispuesto á pagar estaría contenido por el temor de no ser reembolsado. Esto es decisivo. ¿Qué es el que se le opondrá? Dice que el tercero que paga está subrogado porque negocia por el deudor, de quien es ó mandatario ó gerente de negocios; ahora bien, él paga la deuda del deudor, y no la del tercer detentor que, conforme al rigor de los principios, ni siquiera es deudor; luego, dícese, la subrogación es extraña al tercer detentor, y no

1 Observaciones del Tribunado, núm. 44 (Loché, t. VI, pág. 132).

se refiere sino al deudor. La objeción confunde las acciones que nacen de la subrogación con la acción que nace del pago. Es indudable que el pago hecho por el deudor no da acción sino contra él, y una acción puramente personal; pero precisamente porque esta acción es insuficiente por estar desprovista de toda garantía, es por lo que el legislador ha creado una ficción que permite transferir al que ha hecho el pago, todas las garantías, sin excepción, cuyo objeto es asegurar el pago del crédito primitivo. (1)

111. La acción que la subrogación da al subrogado contra los terceros se toma en la más lata de las acepciones; no se trata únicamente de derechos contra los terceros detentores, pues el subrogado puede ejercitar todos los derechos que el subrogante tenía, en razón de su crédito, aun contra los terceros que no están obligados ni personal ni hipotecariamente al pago de la deuda. (2)

Tal es la acción de resolución que corresponde al vendedor no pagado. Generalmente se admite que pasa al subrogado. Según el texto del art. 1,249, la cuestión casi no tiene duda. La ley dice que el que paga está subrogado por el convenio ó por la ley en los "derechos del acreedor;" hay disposiciones que dicen en "todos" los derechos; luego también en el derecho de pedir la resolución. (3) Hay, sin embargo, un motivo para dudar, tomado de la ficción misma que sirve de base á la subrogación. Esta es una cesión ficticia, y ¿cuáles son los derechos que la cesión da al cesionario? "La venta de un crédito, dice el art. 1,692, comprende sus accesorios, tales como fianza, privilegio é hipoteca." Así, pues, la cuestión consiste en saber si la ac-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 379, núm. 197 bis II y III. Tal es la opinión común (Demolombe, t. XXVII, pág. 575, número 639). La jurisprudencia se halla en el mismo sentido. Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 186, nota 74, pfo. 321.

3 París, 30 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 108).

ción de resolución es un accesorio del crédito del vendedor. Así se pretende. (1) Esto nos parece muy dudoso. El vendedor tiene dos derechos distintos; el derecho al precio, derecho mobiliario que supone el mantenimiento y la ejecución de la venta; el derecho á la resolución, derecho inmobiliario que supone la nulificación de la venta. Puesto que la índole de estos dos derechos difieren tanto como el objeto, no se puede decir que uno es el accesorio del otro. Luego si por "derechos," en los arts. 1,249 y 1,250 han de entenderse los accesorios del crédito, habría que rehusar al sobrogado la acción de resolución. Pero la ley no habla de accesorios, da al subrogado todos los derechos que tenía el subrogante; luego también el derecho á la resolución.

Así, pues, aceptamos la opinión general, no por los motivos que se aducen, sino porque el texto es absoluto y comprende "todos los derechos" del acreedor resarcido, que sean ó no accesorios. De esto resulta una consecuencia tan importante como singular. El comprador revende, y el subadquirente paga su precio al vendedor principal al cual está subrogado. En seguida, el segundo vendedor pide la nulidad de la reventa, por motivo de que tuvo lugar á nombre de un menor sin observancia de las formalidades legales. Se falló que el segundo vendedor no era admisible en su acción de nulidad. Esto no es más que la aplicación del principio de la subrogación. El subadquirente, amenazado de evicción y en riesgo de perder la cosa y el precio, podía pedir reconventionalmente, en virtud de la subrogación en los derechos del primer vendedor á quien había resarcido, la resolución de la venta originaria por falta de pago del precio; la acción de nulidad habría venido á parar de este modo en resolver los derechos

1 Moulton, pág. 37. Compárese Aubry y Rsu, t. IV, pág. 186, nota 75, pfo. 325.

del que intentaba la acción; esto equivale á decir que él no era aceptable, supuesto que carecía de interés en conseguir una anulación que habría destruido su propio interés. (1)

112. No hay que confundir la cuestión que acabamos de examinar con la de saber si un acreedor puede, en virtud del art. 1,251, 1.º pedir ser subrogado en la acción de resolución ejercitada por el vendedor. Hemos decidido este último punto negativamente (núm. 76). No hay contradicción entre las dos soluciones. En el caso en que la subrogación existe, se pregunta cuáles son los efectos de la subrogación; los arts. 1,249 y 1,250 contestan á la pregunta dando al subrogado todos los derechos del subrogante, luego también el derecho de resolución. Pero cuando el acreedor pide ser subrogado en la acción resolutoria intentada por el vendedor, se trata de saber si él tiene derecho á exigir esa subrogación; ahora bien, los términos restrictivos del art. 1,251, núm. 1, no permiten concedérsela, puesto que el acreedor está únicamente subrogado á aquellos que le son preferibles por sus privilegios ó hipotecas; lo que excluye la acción resolutoria.

La Corte de Bruselas ha resuelto que el acreedor hipotecario del adquirente contra el cual se intenta la acción de resolución puede ejercitar los derechos de su deudor; es decir, pagar al vendedor para no pedir una resolución que ocasionaría la resolución de su propio derecho. (2) No tiene duda que el acreedor puede proceder en virtud del art. 1,166 pero de esto resulta que sea subrogado, como lo dice la Corte? Se trata de la subrogación legal; la Corte cita el art. 1,251, pero no cita el número de este artículo en virtud del cual el acreedor hipotecario sería sub-

1 Denegada apelación, 17 de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 480)

2 Bruselas, 27 de Noviembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 78).

rogado. Este número no podría ser más que el 3 ó el 1. No es el núm. 3, porque el acreedor no está obligado "por" ni "con" el adquirente, aunque tenga interés en cubrir la deuda; no es el núm. 1, puesto que el acreedor no paga á un acreedor que le es preferible en razón de sus "privilegios ó hipotecas," porque el vendedor no ejercita su privilegio, sino que promueve resolución. Luego el acreedor no puede invocar ningún texto, y no hay subrogación legal, sin ley.

113. Se hace un préstamo con hipoteca. No estando presente el acreedor, el notario declaró que era aceptada por él la obligación á nombre del acreedor. Esta hipoteca era nula, porque el instrumento notariado era nulo, puesto que en él el notario había figurado personalmente como mandatario de una de las partes. Más tarde, el deudor celebró un préstamo para pagar su deuda, y subrogó al nuevo prestador en sus derechos. Opúsose al subrogado la nulidad de la hipoteca. Suscitóse entonces la cuestión de saber si el subrogado podía ejercitar contra el notario culpable de grave falta, la acción de responsabilidad que correspondía al subrogante; tales son los términos de la sentencia. No es dudosa la afirmativa si se admite el principio tal como lo acabamos de plantear (núm. 111). Esto es lo que ha hecho la Corte de Casación. La subrogación, dice ella, al substituir un acreedor á otro, deja subsistir la deuda primitiva con todos sus accesorios; por lo mismo, el recurso de garantía contra el notario, en razón del daño que resulta de la falta grave cometida por éste en la redacción de la escritura, correspondía al subrogado, así como en un principio había correspondido al acreedor subrogante. (1)

114. El subrogado sucede en todos los derechos del subrogante, pero naturalmente debe tornar las cosas en el estado en que estaban puestas por éste. Tal es la observa-

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

ción de la Corte de Casación, y, es evidente: el acreedor no puede ceder derechos á los que ha renunciado. Luego si él ha dado desembargo de la inscripción tomada para la conservación de la hipoteca, ya no puede transferir al subrogado un derecho hipotecario que está extinguido y que no le incumbe hacer revivir; la subrogación da al subrogado todos los derechos del subrogante, pero no puede darle derechos que el subrogante ya no tiene. (1)

La dificultad está en saber cuándo se extingue el derecho hipotecario. En el caso juzgado por la Corte de Casación, no se había radiado la inscripción. Ya dirémos, en el título "De las Hipotecas" que el levantamiento de una inscripción produce sus efectos desde el momento en que ha sido regularmente consentida, aun cuando la radiación no se hubiese hecho. Esto supone que el levantamiento supone renuncia á la hipoteca. La Corte de Aix había fallado que el acreedor que consiente en el levantamiento de una inscripción, renuncia á su cargo hipotecario respecto de todos. Esta decisión, demasiado absoluta, fué casada. El acreedor había consentido en el levantamiento de la inscripción en provecho del adquirente de quien recibía su pago, y el objeto era exonerar al tercer adquirente de todo derecho de prosecución, así es que la renuncia sólo á él era provechosa. La Corte de Casación concluyó de esto que el deudor no podía invocarla, ni los acreedores posteriores, lo que no es más que la aplicación del principio elemental de que los convenios no perjudican á terceros y no les aprovechan, por lo que no pueden prevalerse de ellos (artículo 1,165). Luego hay que ver si, en la intención de las partes, la hipoteca subsiste ó si está extinguida; si está extinguida, la inscripción será radiada y los terceros podrán invocar la extinción; si no está extinguida, la inscripción

1 Casación, 29 de Enero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 172).

subsistirá y, en consecuencia, el subrogado podrá ejercitar el derecho inherente. (1)

II. Excepciones.

115. ¿Los efectos de la subrogación, tales como acabamos de determinarlos, se aplican á la subrogación legal? En principio, sí. No existe más que una sola subrogación, en el sentido de que importa poco de dónde proceda, porque siempre es el mismo hecho jurídico, una cesión ficticia; que la cesión se haga por el convenio ó por la ley, su objeto es transferir al subrogado el crédito mismo y las acciones del acreedor. Tales son los términos de una sentencia de la Corte de Casación. (2) La decisión se funda en el texto de la ley. Según el art. 1,249, la subrogación es convencional ó legal y, en uno y otro caso, el tercero que paga al acreedor está subrogado en sus "derechos." Basta, pues, que haya subrogación en virtud de la ley para que el subrogado ejercite todos los derechos del subrogante.

La regla es cierta, pero tiene sus excepciones. Algunas están escritas en la ley, otras son discutidas. Este punto es uno de los más difíciles de nuestra materia. Por desgracia, la doctrina y la jurisprudencia no tienen la precisión que los autores y los tribunales deberían emplear en una materia tan erizada de dificultades.

116. La subrogación del núm. 1 del art. 1,251, queda bajo el dominio del derecho común, en lo concerniente á los efectos que ella produce en provecho del que, siendo el mismo acreedor, paga á otro acreedor que le es preferible en razón de sus privilegios ó hipotecas. En el texto mismo no hay ninguna derogación á la regla, luego ésta continúa siendo aplicable, á menos que la excepción resulte de la naturaleza misma de la disposición. Varios acreedores tie-

1 Casación, 20 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 254).

2 Casación, 18 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 33).

nen derecho sobre un inmueble, sea una hipoteca ó un privilegio, sea un derecho de prenda en virtud de los artículos 2,092 y 2,093; el acreedor posterior paga al acreedor por el cual es privado, es subrogado. ¿Se limita la subrogación al inmueble sobre el cual los diversos acreedores tienen derechos? La Corte de París falló que el subrogado obtenía únicamente un rango mejor en el inmueble afectado á su crédito, pero que no sucedía en los derechos que podían corresponder al acreedor resarcido, principalmente á la hipoteca que el subrogante tenía en otro inmueble; esto equivaldría, dice la Corte, á darle una hipoteca sobre un inmueble que no estaba hipotecado. (1) Existe un motivo para dudar: la subrogación tiene un objeto especial, y es impedir que el acreedor anterior persiga la expropiación del inmueble con perjuicio de un acreedor posterior; y dicho objeto se logra desde el momento en que se permite al acreedor posterior que tome su rango en el inmueble resarciéndolo. Cuando el objeto es especial, ¿no debe serlo también el efecto? No obstante, se sigue generalmente la opinión contraria; lo que nos resuelve á adoptarla, es, que es conforme á la tradición, y que se justifica por el principio que es fundamental en esta materia. La ley subroga, porque ve el pago con favor; ahora bien, para inducir al acreedor posterior á que resarza al acreedor anterior, no basta darle el rango de éste, porque dicho rango puede no asegurar su reembolso; hay que suponer que la hipoteca no daba al acreedor una garantía completa, supuesto que estipuló otra; luego en el espíritu de la ley hay que dar al acreedor posterior todos los derechos del acreedor anterior. (2)

1 París, 20 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1870, 1, 347). La apelación intentada contra la sentencia, fué desechada por un motivo extraño á nuestra cuestión.

2 Casación, 7 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Demolombe, t. XXVII, pág. 448, núm. 496.

La Corte de Casación ha aplicado el principio al caso siguiente. El acreedor anterior había iniciado ya las diligencias de secuestro inmobiliario; el acreedor posterior lo paga ¿será substituido en las diligencias de secuestro? No se ponía en duda la subrogación, sino que únicamente se preguntaba si el subrogado podía tramitar el secuestro no solamente por el crédito del embargante, sino también por su propio crédito. Se falló que el subrogado, por efecto de la subrogación, se vuelve parte en la instancia en su doble calidad de subrogado al embargante y de acreedor inscripto y que puede continuarla, no solo para obtener el reembolso de lo que ha pagado al primer subrogante, sino también del crédito que le es propio. La Corte invoca los arts. 692 y 693 del Código de Procedimientos; (1) como la dificultad depende de una interpretación del Código de Procedimientos, nos limitamos á hacer constar la decisión. Es ésta notable bajo el punto de vista de la subrogación. La ley la concede al acreedor posterior para impedir el secuestro, y hé aquí que la invoca para continuarlo, lo que prueba que los efectos de la ley sobrepasan á veces las previsiones del legislador. No puede decirse que la subrogación se vuelva inútil y que se aplique contra el deseo de la ley; hay siempre una utilidad para el acreedor posterior en apartar al acreedor anterior, puesto que así se disminuyen los gastos del orden, y, por otra parte, el subrogado es dueño de suspender las diligencias, mientras que la subrogación sufriría el embargo, por desventajoso que éste fuese.

117. ¿La subrogación legal del núm. 2 del art. 1,251 da al adquirente que ha empleado su precio en el pago de los acreedores inscripto en el inmueble, todos los derechos de estos acreedores, aún contra los terceros, ó la subrogación

1 Denegada apelación, Sala de lo Civil, 4 de Noviembre de 1868 (Daloz, 1868, 1, 469).

se limita á los derechos de esos acreedores en el inmueble comprado por el adquirente? Esta es la cuestión más dudosa que se presenta en nuestra materia. A primera vista, podría creerse que es idéntica á la que acabamos de examinar á propósito del núm. 1 del art. 1,251. El texto del núm. 2 es tan general como el del núm. 1; no hay excepción á esta regla, y ¿no debe concluirse de esto que la regla sigue siendo aplicable? Si se invoca el objeto especial de la subrogación concedida al adquirente, el de consolidar su propiedad, se puede contestar, como acabamos de hacerlo sobre el núm. 1, que el espíritu de la ley está á favor del subrogado; ella quiere favorecer la estabilidad de las propiedades, luego debe dar al adquirente todos los derechos que corresponden á los acreedores que él ha desinteresado; este es el medio más eficaz de lograr el objeto que la ley persigue.

Hay, sin embargo, una diferencia entre los dos casos y es notable, y es la tradición. En el antiguo derecho, la subrogación estaba limitada á las hipotecas establecidas sobre el inmueble que el comprador quería poner al abrigo de la evicción, desinteresando á los acreedores inscriptos; el efecto estaba limitado, así como el objeto de la subrogación. Queda por saber si los autores del Código han pretendido consagrar la tradición. Los trabajos preparatorios son muy endeblez en esta materia. Bigot-Préaumeu en la "Exposición de Motivos" da á entender con claridad que el Código reproduce la antigua jurisprudencia. Empieza por decir que las leyes romanas eran mudas ó obscuras. En seguida señala el motivo de equidad que milita á favor de la subrogación: "El adquirente no puede tener más objeto, cuando paga á acreedores que han hipotecado sobre la heredad adquirida, que el de evitar la diligencia de abandono." Hé aquí el objeto ecteramente especial de la subrogación invocada por el adquirente: Acer-