

no hace. Si distinguimos, es en virtud de la tradición y en virtud del texto del art. 1,251.

122. ¿La subrogación legal establecida por los números 3 y 4 del art. 1,251 está sometida á la regla general? No es dudosa la afirmativa en cuanto á la subrogación que la ley concede al heredero beneficiario. En cuanto á la subrogación del núm 3, la misma ley establece excepciones al principio que rige los efectos de la subrogación; ya hemos explicado la excepción concerniente al heredero (artículo 875), (1) y lo que el art. 1,214 establece para los codeudores solidarios. (2) El art. 2,033 consagra una excepción análoga cuando hay varios fiadores de una misma deuda; volveremos á tratar de esto en el título "De la Caución."

*III. Efecto de la subrogación respecto de los fiadores y de los terceros detentores obligados hipotecariamente por la deuda caucionada.*

123. La deuda está garantida por una caución y por una hipoteca. Si el fiador la paga, queda subrogado en todos los derechos del acreedor en virtud del art. 1,251 número 3; luego queda subrogado contra el tercer detentor. Si el tercer detentor del inmueble hipotecado á la deuda la paga, es igualmente subrogado por el mismo artículo en los derechos del acreedor; luego será subrogado contra el fiador. ¿Pero el fiador y el tercer detentor pueden ser subrogados el uno contra el otro? Ateniéndose al artículo 1,251, habría que contestar afirmativamente y decidir que el fiador que paga la deuda tendrá su recurso contra el tercer detentor; en este caso, el peso de la deuda recaerá entero sobre éste, en el sentido de que no tendría re-

1 Véase el tomo XI de estos Principios, núms. 80-82.  
2 Véase el tomo XVII de estos Principios, núm. 357.

curso sino contra el deudor que muy á menudo sería insolvente, puesto que el acreedor en lugar de proceder contra él, se ha dirigido al fiador, y que éste ha pagado cuando podía pedir la discusión de los bienes del deudor. ¿Se dirá que el tercer detentor puede proceder contra el fiador? Entonces habrá un conflicto de recursos del que no se podría salir sino repartiendo la deuda entre el fiador y el tercer detentor, lo que vendría á parar en esta consecuencia que no se darían recursos al fiador que ha pagado sino deducida la parte que debe soportar en la deuda. La misma dificultad se presenta en el caso en que el tercer detentor paga la deuda y ejercita su recurso contra el fiador.

El Código no resuelve formalmente la cuestión. Controvertida en el antiguo derecho, lo está todavía en derecho moderno. Creemos que está zanjada por el art. 2,037, el cual está así concebido: "El fiador queda descargado cuando la subrogación en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor no puede ya, por el hecho de este acreedor, oponerse en favor del fiador." Resulta de esta disposición que la ley quiere asegurar al fiador los efectos de la subrogación cuando el crédito está garantizado por una hipoteca; y ¿cuáles son los efectos de la subrogación en lo concerniente á las hipotecas? El acreedor hipotecario tiene un derecho de preferencia, y ejercita este derecho contra el detentor en virtud de su derecho de prosecución. Luego el fiador subrogado tiene una acción recursoria contra el detentor del inmueble hipotecado, sea deudor, sea tercer adquirente; la ley considera este recurso como la condición de la fianza, en el sentido de que el fiador, al obligarse, ha tenido que contar con las garantías hipotecarias inherentes al crédito que él cauciona; de aquí la consecuencia consagrada por el art. 2,037; el acreedor no puede privarlo de este recurso hipotecario. Esto equivale á decir que el acreedor no puede renunciar á la hipoteca ni á la ins-

cripción hipotecaria con perjuicio del fiador. Esto equivale además á decir que el fiador no pierde su recurso cuando el deudor enajena el inmueble hipotecado; el recurso hipotecario sigue siendo siempre la condición con la cual el fiador se ha obligado; y si el acreedor, por sus hechos, no puede privarlo de este recurso, con mayor razón el deudor no puede hacerlo enajenando el inmueble hipotecado. Nuestra conclusión es que el fiador debe tener siempre recurso contra el tercer detentor del inmueble; luego sobre éste recae el peso de la deuda. En otros términos, el tercer detentor nunca puede hacer valer la subrogación contra el fiador; en el conflicto entre el tercer detentor y el fiador, la ley da la preferencia á éste.

El art. 2,037, interpretado así, consagra una excepción á los efectos de la subrogación: el tercer detentor no es subrogado contra el fiador. ¿Se funda esta preferencia en un principio de derecho? Creemos que la preferencia que la ley concede al fiador sobre el tercer detentor, se justifica por la posición del fiador. El deudor es el que ha consentido la hipoteca; luego él es el que está formalmente hipotecariamente obligado á la deuda; el fiador no se obliga sino cuando es insuficiente esa obligación personal. En tanto que el deudor posea el inmueble hipotecado, esto no es dudoso, supuesto que la acción hipotecaria no es, en este caso, más que el accesorio de la acción personal. Cuando el deudor enajena, ¿puede por esta enajenación, modificar, alterar los derechos del fiador? Ciertamente que nó. Queda por ver si el derecho del tercer adquirente no debe contrabalancear el derecho del fiador. El compra un inmueble hipotecado; la ley le da un medio de emanciparse de la hipoteca, y es el expurgo. Si no expurga, sabe que estará sometido á la acción del acreedor ó á la acción subrogatoria del fiador. La publicidad de las hipotecas y de los actos translativos de propiedad, da al ad-

quirente un conocimiento completo de su situación; detentor de un inmueble hipotecado, él sabe que puede ser despojado si no expurga: luego por propia culpa es por lo que queda sometido á la acción hipotecaria del acreedor ó del fiador subrogado y debe sufrir las consecuencias de su culpa. Así la ley no sacrifica al tercer detentor al fiador, sino que mantiene á éste sus derechos. Habría injusticia en arrebatár al fiador el recurso que la ley le da, porque el tercer detentor ha descuidado ponerse al abrigo de dicho recurso. (1)

En apoyo de la interpretación que damos al art. 2,037, invocaremos la autoridad de Pothier. Es verdad que este gran jurisconsulto enseñó el pro y el contra en la cuestión que estamos discutiendo. En su "Introducción á la Costumbre de Orléans" (tít. XX, núm. 37), dice que el tercer detentor puede remitir al acreedor á la discusión previa de los bienes del fiador. En su "Traité sur les Obligations" (núm. 557) da al fiador la preferencia sobre el tercer detentor, y esta es la fuente del art. 2,037; solo de paso y sin discutir la cuestión. Pothier decide lo contrario en su comentario sobre la costumbre de Orléans; mientras que discute extensamente la cuestión en su tratado de las obligaciones, en equidad y en derecho, según lo acostumbra. Sin embargo, esta variación ó esta contradicción en autor tan exacto, prueba cuán difícil es la cuestión; el legislador habría debido resolverla, en vez de perpetuar la controversia con su silencio.

124. No faltan las objeciones contra la opinión general que hemos adoptado, las cuales se toman de los textos mismos del Código. Según los términos del art. 2,021, el fiador goza del beneficio de discusión, no debe pagar sino á

1 Gauthier, pág. 458, núms. 445 y 446. Demolombe, t. XXVII, pág. 589, núm. 651. Colmet de Santerre, t. V, pág. 383, número 197 bis X.

falta del deudor, el cual debe ser previamente discutido en sus bienes. ¿Cuáles deben ser los bienes que deben ser discutidos? El fiador debe indicarlos, y según el art. 2,023, no puede indicar bienes hipotecados á la deuda que ya no está en posesión del deudor. Esto parece decidir la cuestión. En realidad, la objeción es insignificante. El artículo 2,023 se refiere únicamente al beneficio de discusión; la ley no quiere que la acción del acreedor contra el fiador, sea estribada por una discusión difícil; por esto exige que los bienes estén situados en la demarcación de la Corte de Apelación en donde el pago debe hacerse, y no quiere que el fiador indique bienes litigiosos, ni bienes poseídos por terceros detentores; esto no concierne más que á las relaciones del acreedor y del fiador; esto es extraño á los derechos del fiador cuando ha pagado y cuando es subrogado al acreedor. En efecto, el acreedor tiene el derecho incontestable de proceder contra el tercer detentor del inmueble hipotecado á su crédito; luego el fiador que le es subrogado, tiene el mismo derecho.

125. Se toma también del art. 2,170, una objeción que no nos parece más seria. Este artículo da también el beneficio de discusión al tercer detentor. Nuestra ley hipotecaria no ha mantenido este beneficio; pero la cuestión debe examinarse y decidirse bajo el punto de vista del Código Civil, supuesto que se trata de interpretar el Código. El art. 2,170 dice que el tercer detentor que no está personalmente obligado á la deuda, puede oponerse á la venta del predio hipotecado si han quedado otros inmuebles hipotecados á la misma deuda en posesión del principal ó de los "principales obligados," y requerir su discusión previa. ¿Qué debe entenderse por "principales obligados?" Troplong pretende que esta expresión comprende á los fiadores, lo que resolvería, en provecho de los terceros detentores, la dificultad que estamos examinando. "El fiador,

dice, es, con relación al tercer detentor, un obligado principal, porque el compromiso personal, que es el compromiso principal, lo liga invenciblemente, mientras que el tercer detentor, no siendo obligado personal, jamás está obligado sino á título de accesorio." Hemos reprochado á veces á los autores modernos que hayan hecho un nuevo código civil. Troplong crea un nuevo lenguaje al mismo tiempo que enseña un nuevo derecho. Según él, el fiador sería "un principal obligado;" es decir, un "deudor principal," mientras que el tercer detentor sería un obligado accesorio. Se ha contestado á Troplong abrumándolo con textos. ¡Cómo! el fiador es "un deudor principal," cuando el art. 2,023 dice que el fiador que requiere la discusión, debe indicar los bienes del "deudor principal;" cuando el art. 2,039 dispone que la simple prórroga de término concedida al "deudor principal," no descarga al "fiador." ¡Cómo! el fiador no es un obligado accesorio porque está obligado personalmente, como si no pudiera uno obligarse accesoriamente estando ya obligado personalmente. No hay un artículo del título "De la Caución," que no pruebe que ésta es una obligación accesoría á la deuda principal. La definición misma de la caución que abre el título, dice que el fiador se obliga si el deudor no satisface su obligación; luego se obliga accesoriamente (art. 2,011); hé aquí por qué el art. 2,012 decide que la caución no puede existir sino sobre una obligación válida; viene en seguida el artículo 2,013 que dispone que la caución no puede exceder de lo que debe el deudor. Aquí nos detenemos, porque deberíamos transcribir el título de la caución para probar una cosa tan elemental, que da vergüenza recordársele á un primer presidente de la Corte de Casación. Troplong gusta de la historia y de la erudición, y va á buscar sus testimonios en los intérpretes del derecho romano. Hube-

rus coloca al fiador entre las obligaciones principales cuando se hallan en presencia del tercer detentor. Si, en lugar de consultar á Huberus, Troplong hubiera abierto á Pothier, habría leído, lo que se enseña á los discípulos, que la obligación de los fiadores es una obligación accesoria á la del deudor "principal;" y ¿un deudor accesorio puede alguna vez llegar á ser un deudor principal? (1)

Troplong insiste y dice que el fiador está obligado personalmente, mientras que el tercer detentor está obligado hipotecariamente, y que los obligados personales están más ligados que los que no lo están sino en razón de las cosas que retienen. Esto es elemental, pero ¿qué es lo que prueba? Troplong está á un lado de la cuestión; se trata de saber si un bien que el deudor había hipotecado á la deuda, bien sobre el cual contaba el deudor para su garantía, cesa de ser una garantía para el fiador porque el deudor lo enajena. ¿Qué importa que el fiador esté personalmente obligado? También no está obligado más que accesoriamente; justo es que los bienes hipotecados por el deudor respondan de la deuda antes de que se ataque al fiador; y si el fiador debe pagar, es justo que tenga su recurso contra el tercer detentor de los bienes que el deudor había afectado á la garantía del crédito. Tal es la opinión general: la doctrina de Troplong no ha tenido partidarios. (2)

126. ¿Se aplicarán los mismos principios al caso en que la hipoteca ha sido consentida por un tercero sobre su inmueble? La opinión general asimila, en este caso, al tercer detentor con un fiador; es verdad que no está obligado personalmente, pues no se ha obligado más que hipotecariamente. De todos modos, su situación es análoga á la de un

1 Gauthier refuta perentoriamente todo lo que dice Troplong, página 490, núm. 452.

2 Mourlon, págs. 84 y siguientes, Aubry y Rau, t. IV, pág. 188, notas 84 y 85, pfo. 321. Compárese Troplong, *De las Hipotecas*, tomo III, núm. 796; *De la Fianza*, núm. 427.

fiador, es un fiador real. Hay, pues que aplicar el art. 2,033 que dice: "Cuando varias personas han caucionado á un mismo deudor por una misma deuda, el fiador que ha cubierto la deuda, tiene recurso contra los otros fiadores, cada uno por su parte y porción."

El principio mismo es muy contestable, al menos bajo el punto de vista de los textos, y no debe perderse de vista que se trata de derogar la regla general que rige el efecto de la subrogación. ¿Se puede poner una excepción sin un texto que la autorice? Hemos admitido una excepción en el caso previsto por el núm. 2 del art. 1,251, pero tomando por base la tradición y los principios generales de derecho. En el caso de que se trata, hace falta la tradición. La dificultad consiste en saber si se puede aplicar el art. 2,033 al que ha hipotecado su inmueble por la deuda de un tercero. Se dice que este es un fiador real; la doctrina es la que le da este nombre; la ley no conoce más que un fiador, el que se obliga personalmente; de estos fiadores es de los que habla el art. 2033. Así pues, el tercer detentor no está incluido. Queda por saber si el art. 2033 puede extenderse al tercer detentor por vía de analogía. En materia excepcional, no se admite la argumentación analógica, porque vendría á parar en hacer la ley. ¿Se quiere la prueba en la cuestión misma que estamos discutiendo? Según el art. 2,033, la deuda debería dividirse entre el fiador personal y el tercer detentor, fiador real, en razón de su "parte y porción;" es decir, por parte viril; es decir, por mitad. Los autores no admiten esta interpretación. El fiador, dicen, se ha obligado por toda la deuda, mientras que el tercer detentor no está obligado sino hasta concurrencia del valor del inmueble. Sea; hay, pues, que establecer una proporción entre esos dos fiadores igualmente obligados. Una deuda de 25,000 francos es caucionada por Pedro y garantida hipotecariamente por Pablo sobre un inmueble que vale 12,500 francos. La propor-

ción será de 2 á 1; de suerte que el fiador soportará los dos tercios de la deuda y el tercer detentor un tercio. Así, los autores se desvían del art. 2,033 cuando se trata de fijar la parte contributiva del fiador personal y del fiador real, y, sin embargo, el art. 2,033 es el único texto en que pueda uno fundarse para derogar el principio de la subrogación.

Confesemos que hay un vacío en la ley. La solución que estamos combatiendo es muy jurídica, pero se dirige al legislador, á quien la recomendamos; el intérprete no puede aceptarla. ¿Pero qué hará el juez? Deberá mantener ó el principio general de la subrogación, subrogando por el todo á aquel de los dos fiadores que haya pagado la deuda, de suerte que el otro sea el único obligado, ó deberá dar la preferencia al fiador en virtud del art. 2,037, subrogándolo contra el adquirente, mientras que el tercer detentor no sería subrogado contra el fiador. Este último sistema casi no es admisible, puesto que los motivos que justifican la preferencia dada al fiador sobre el tercer detentor no existen cuando este tercer detentor es un fiador real. Habría, pues, que atenerse al principio de la subrogación que, aplicado al caso, es igualmente injusto, porque no hay razón alguna para descargar á aquel de los fiadores que paga el primero á expensas del otro.

Existe, además, el sistema de Troplong que se pronuncia á favor del tercer detentor contra el fiador. Creemos inútil discutirlo. Mourlón lo ha refutado de tal modo, que le ha quitado todo crédito, suponiendo que alguna vez lo haya tenido. (1)

#### IV. Efecto de la subrogación entre los terceros detentores.

127. El deudor constituye hipoteca sobre varios inmuebles; los vende á diversos adquirentes. Uno de los terceros

1 Troplong, *De la Fianza*, núm. 427. Mourlón, *De la Subrogación*, págs. 426, 433; Aubry y Rau, t. IV, pág. 189, nota 86, pfo. 321.

detentores, perseguido hipotecariamente, paga toda la deuda. ¿Será subrogado? Sí, y esto no tiene duda porque lo dice el art. 1,251, núm. 3. ¿Cuáles serán los efectos de esta subrogación? En teoría la cuestión no es dudosa; á ella hemos contestado anticipadamente enseñando, y es la opinión general, que el subrogado puede proceder contra los terceros detentores de los inmuebles hipotecados á la deuda. Queda por saber si un tercer detentor puede ejercitar este derecho contra otro tercer detentor. La cuestión es muy controvertida y muy dudosa; comenzaremos por exponer la opinión consagrada por la jurisprudencia y admitida por la mayor parte de los autores.

Los dos terceros detentores, dice la Corte de París, deben asimilarse á fiadores solidarios, de los que uno hubiese sido obligado á pagar la totalidad de la deuda; por lo mismo deben contribuir cada uno en proporción del precio de su adquisición. Síguese de aquí que el que ha pagado toda la deuda, á persecución del acreedor hipotecario, no puede reclamar, contra el otro deudor, en virtud de la subrogación, más que la parte dividida que éste debe soportar. (1) Esta opinión tiene á su favor una gran autoridad, la de Pothier, que resuelve que el tercer detentor no tiene más que un recurso dividido contra los demás detentores de herencias hipotecadas á la deuda que él ha pagado. No puede, dice él, proceder contra ellos por el todo, porque se formaría un circuito de acciones; el detentor que pagase toda la deuda al detentor subrogado, sería á su turno subrogado en los derechos y en las acciones de acreedor, y, por consiguiente, podría reclamar como subrogado lo que ha pagado al detentor subrogado como él. No hay más que un medio de evitar este circuito vicioso, y es dividir el recurso. ¿El Código ha admitido esta opinión que estaba lejos de ser

1 París, 19 de Diciembre de 1835 (Daloz, *Hipoteca*, núm. 1,973, II. Tolosa, 19 de Febrero de 1827; Douai, 27 de Mayo de 1840; Angers, 10 de Marzo de 1841 (Daloz, *ib.* núm. 1,980).

general? La cuestión era controvertida en el antiguo derecho y lo es todavía. (1)

Texto formal no lo hay; pero no se puede negar que ese sea el espíritu del Código. Cuando varias personas están obligadas solidariamente en una misma deuda y uno de los deudores debe pagar toda la deuda, queda subrogado en los derechos del acreedor. ¿Cuál es el efecto de esta subrogación? ¿El subrogado tiene un recurso por el todo? Nó, él no puede repetir contra los demás más que la parte y porción de cada uno de ellos (art. 1,214). Cuando un heredero, por efecto de la hipoteca, ha pagado más de su parte de una deuda hereditaria, es subrogado en los derechos del acreedor contra sus coherederos. ¿Puede ejercer este recurso por el total, deducida su parte? Nó, él no tiene recurso más que por la parte que cada uno de los otros sucesores debe personalmente reportar; la ley agrega que sería así aun en el caso en que el coheredero que ha pagado la deuda se hiciese subrogar en los derechos de los acreedores; prueba de que, en el espíritu de la ley, el recurso, en virtud de la subrogación, debe siempre dividirse cuando el que lo ejercita está obligado á la deuda con el mismo título que aquellos contra quienes procede. El artículo 2,033 aplica el mismo principio á los fiadores. Cuando varias personas han caucionado al mismo deudor por una misma deuda, el fiador que ha cubierto la deuda tiene recurso contra los demás fiadores, cada uno por su parte y porción. Esta última disposición parece decisiva en lo que concierne á los terceros detentores de inmuebles hipotecados á la misma deuda; ellos son también fiadores, si no personales, al menos reales, por lo que debe aplicárseles el principio del recurso dividido. (2)

1 Véanse las diversas opiniones sostenidas en el antiguo derecho, en Demolombe, t. XXVII, pág. 598, núm. 697.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 188, nota 83, pfo. 321 y la mayor parte de los autores.

128. La argumentación sería perentoria si la cuestión pudiera decidirse por vía de analogía. Pero no hay que olvidar cuál es el objeto del debate. Se trata de saber si el principio general que rige los efectos de la subrogación, recibe excepción en el caso en que hay varios terceros detentores de inmuebles hipotecados á la misma deuda; ahora bien, las excepciones sólo se extienden por vía de analogía, sobre todo en una materia que es esencialmente de derecho estricto, tal como la subrogación. Y aun pueden ponerse en duda las razones que se dan en apoyo de la opinión general. El circuito de acciones, invocado por Pothier, realmente no existe; cuando el detentor de un inmueble hipotecado á la deuda ha pagado, la deuda se extingue á su respecto, es imposible que esté todavía sujeto á una acción recursoria, puesto que ya no hay deuda á su respecto. Si se admite que, á pesar del pago, subsiste el crédito, no puede al menos subsistir sino deducida la parte que el tercer detentor debe reportar; lo que conduciría á una división del recurso. En cuanto al principio que se deduce de los arts. 1,213, 875 y 2,003, ¿es un principio general en el sentido de que la ley lo aplica á los diversos casos que ella prevee, y qué intérprete puede también aplicar á los casos ella no prevee? Nó, se trata de otras tantas excepciones á la regla; estas excepciones se comprenden cuando hay varias personas obligadas á la misma deuda, tales como los codeudores solidarios, los coherederos, los cofiadores. Pero no hay, legalmente hablando, codetentores, porque no existe ningún vínculo entre los que están obligados por la misma deuda, en razón de los inmuebles que retienen; habría sido, pues, necesaria una nueva excepción para extender á los que no son codeudores de la deuda lo que la ley dice de los codeudores. En el silencio de la ley, se queda bajo el dominio de la regla, y ¿qué dice ésta? El subrogado tiene los mismos derechos que el acreedor á quien resarce;