

luego el tercer detentor que ha pagado toda la deuda tiene contra los demás detentores los mismos derechos que habría tenido el acreedor; es decir, que él puede perseguirlos por el total, de suerte que el peso de la deuda sea soportado por completo por aquel de los detentores que sea demandado el último. (1)

Esta es la consecuencia á la que llega Gauthier cuyas objeciones acabamos de reasumir. Confesamos que el resultado no nos satisface. Es muy cierto que al tercer detentor que se queja de la iniquidad de esta decisión se puede contestar que solo en él consiste llenar las formalidades del expurgo, lo que lo habría puesto al abrigo de toda persecución hipotecaria; pero ¿no podría objetar que el tercer detentor que contra él procede había también descuidado pagar, y cuando la condición de todos los terceros detentores es la misma, no debía ser idéntica su carga? La equidad, que es el fundamento de la subrogación legal, reclama contra una doctrina que vulnera la igualdad, y la igualdad debiera reinar entre los detentores, así como reina entre los codeudores. A nuestro juicio, la decisión de Gauthier, aunque jurídica, comprueba un vacío en la ley; nosotros la señalamos al legislador.

129. Queda por saber cómo se divide el recurso, si se admite. Pothier decidía que cada uno de los detentores está obligado en proporción del valor de la heredad que él retiene. Este principio es también admitido por los autores modernos; no obstante, los autores más recientes le han dado una modificación propuesta por M. Valette. Se mantiene el principio del valor proporcional de los inmuebles cuando cada inmueble es de un valor igual ó inferior á la cifra de la deuda. Pero si hay un inmueble de un valor superior al monto de la deuda, no se le puede comprender en la repartición por su valor íntegro, porque el

1 Gauthier, *De la subrogación*, págs. 507-514, núms. 469-474.

detentor no está interesado en el pago de la deuda por todo el valor de su inmueble; luego se le debe contar, en el cálculo de repartición, como si su inmueble tuviera un valor igual á la cifra de la deuda. (1) Esto es equitativo, ¿pero corresponde al intérprete hacer distinciones que no tienen base alguna en la ley? La necesidad de distinguir prueba que está uno fuera de la ley.

V. *¿El subrogado puede ceder sus derechos?*

130. La subrogación es una cesión ficticia; luego al subrogado se le debe considerar como un cesionario. Siguese de aquí que el subrogado puede ceder sus derechos tanto como un cesionario puede ceder los suyos. La jurisprudencia se halla en este sentido. (2) Esto no tiene duda cuando se trata de la subrogación convencional. ¿Sucede lo mismo con la subrogación legal? Se ha fallado la afirmativa en lo que concierne á los derechos de los que, estando obligados con otros ó por otros, pagan [porque tienen interés en pagar; (3) la subrogación es la que más se acerca á la obligación convencional. A nuestro juicio, hay que generalizar el principio y decidir que todo derecho que nace de la subrogación puede transmitirse por vía de cesión. Tal es el derecho común, y la ley no lo deroga.

*Núm. 2. Efecto de la subrogación respecto al acreedor.*

131. El art. 1,252 asienta el principio de que la subrogación no puede perjudicar al acreedor. Antes hemos dicho (núm. 15 y 11) que este principio se desprende de la naturaleza misma de la subrogación; es un pago, y el pago

1 Mourlón, págs. 65 y siguientes (según Valette), Colmet de Santerre. t. V, pág. 382, núm. 197 bis VIII.

2 París, 3 Praderial año XI (Daloz, *Obligaciones*, núm. 1,983).

3 Bourges, 31 de Enero de 1832 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 1,975).

no puede, indudablemente, perjudicar al acreedor. En cuanto á la ficción que acompaña el pago, la de una cesión, no ha sido imaginada más que por interés del subrogado, es extraña al acreedor; luego no se puede dirigirla contra él.

El art. 1,252 aplica el principio al caso en que el acreedor no recibe más que un pago parcial: "En este caso, él puede ejercitar sus derechos por lo que se le resta, por preferencia á aquel de quien no ha recibido más que un pago parcial." Esta preferencia ha sido vivamente criticada. Larombière dice que la disposición del art. 1,252, aunque fundada en una antigua tradición, le parece injusta é irreflexiva; según él, se debe á la idea eminentemente falsa de que el subrogado no es, respecto del subrogante, más que un gerente de negocios que no tiene recurso por ese título. Poco le importa al subrogante en qué calidad procede el subrogado; él recibe lo que se le debe, sea el subrogado mandatario ó gerente de negocios, y aun cuando no hubiese ni gestión de negocios ni mandato; esto no se refiere más que á las relaciones del subrogado con el deudor. El acreedor que recibe un pago parcial sigue siendo acreedor, y ejercita todos los derechos inherentes á su crédito; eso es todo lo que dice el art. 1,252. Se objeta que el acreedor y el subrogado tienen derechos idénticos, fraccionados, de un solo y mismo crédito: al dividir su crédito, dicen, el acreedor admite el concurso de aquel á quien subroga, porque los derechos que él transfiere son idénticos á los que conserva. (1)

Este razonamiento es un nuevo error que confunde la subrogación con la cesión. Nó, el acreedor no transfiere derechos idénticos á los que conserva, por la sencillísima

1 Larombière, t. III, pág. 400, núm. 25 del art. 1,252 (Ed. B., tomo II, pág. 270). Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 387, número 197 bis XIV.

razón de que nada cede. Si la ley finge que él cede, esta ficción le es á él extraña; á su respecto nada hay de ficticio; él recibe el pago real de lo que se le debe. Puesto que la cesión no es más que ficticia, hay que ver con qué objeto y respecto á quién se ha introducido la ficción. Ella es concerniente únicamente á las relaciones del subrogado y del deudor; el acreedor puede, pues, con justo derecho, rechazar una ficción que le es completamente extraña. Extender la ficción á las relaciones del subrogado con el subrogante, es errar una ficción nueva, y este derecho solo corresponde al legislador.

No contestamos las otras objeciones que se han dirigido al art. 1,252. (1)

132. ¿El art. 1,252 se aplica á la cesión? Nosotros hemos resuelto ya la cuestión negativamente (núm. 5). Aquí tenemos que contestar á una frase de Troplong que profesa una opinión diferente. Todos los autores enseñan que el cesionario y el cedente, teniendo un derecho idéntico, deben venir por contribución, si el precio del inmueble hipotecado al crédito no es bastante para cubrirlo por completo. Troplong va más lejos; da al cesionario la prioridad sobre el cedente. ¿Y el motivo? Es más singular aún que la decisión: es que el cedente debe, como vendedor, hacer disfrutar á su cesionario de la porción del crédito que él le ha vendido; ahora bien, esta obligación de garantía, arrastra la de ceder su derecho de preferencia. Así lo exigen los principios, dice Troplong. Razón se ha tenido para contestar que los principios son puramente imaginarios; es decir, falsos. ¿Enseñemos el artículo del Código que supone al cedente la obligación de hacer disfrutar al cesionario de la porción de crédito que él le cede! El art. 1,693 dice que el cedente debe garantizar la existen-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 191, nota 89, pfo. 321. Compárese Demolombe, t. XXVII, pág. 606, núms. 662, 663.

cia del crédito que cede; á esto se reduce su obligación. Si debiera hacer disfrutar al cesionario, la ley le habría hecho responsable de la insolvencia del deudor; y él no responde siquiera de la insolvencia que existiría al hacerse la cesión (arts. 1,694, 1,695). Creemos inútil continuar este debate; puede leerse en Mourlon la refutación pormenorizada de los errores de Troplong; no nos gusta servirnos de la palabra error, pero aquí está en su lugar. (1)

133. ¿Se aplica el art. 1,252 á la subrogación legal? El texto contesta á la pregunta. Dicese allí que la "subrogación establecida por los artículos precedentes" tiene lugar contra los fiadores; en seguida la ley añade: "ella" no puede perjudicar al acreedor cuando éste no ha pagado sino en parte. Esta es, pues, la subrogación establecida por los "artículos precedentes;" es decir, la subrogación convencional, sea legal, que no puede perjudicar al acreedor. No había lugar á distinguir; la subrogación es siempre la misma, sea legal ó convencional. Y aun hay una razón más para que la subrogación que no está consentida por el acreedor no le perjudique. La subrogación hecha por el deudor (artículo 1,250, núm. 2, y la subrogación otorgada por la ley tienen lugar á pesar del acreedor; luego tan equitativo como jurídico es que no se pueda prevalerse de estas subrogaciones contra el acreedor. La jurisprudencia se halla en este sentido. (2)

134. ¿Las partes contrayentes pueden derogar el artículo 1,252? Sí, y sin duda alguna. El principio y la preferencia que de él resulta, no se refiere más que al interés del acreedor; luego él puede renunciarlo; y regularmente la renuncia porque el subrogado lo exige, y él es el que impone la ley del contrato. En vano dice la ley que el que

1 Troplong, *Hipotecas*, núm. 367. Mourlon *Subrogación*, págs. 21-26.

2 Tolosa, 29 de Febrero de 1844 (*Dalloz, Obligaciones*, núm. 1,992) Colmar, 3 de Enero de 1825 (*Dalloz, Privilegios é hipotecas*, número 2,386. Duranton, t. XII, pág. 304, núm. 184.

paga la deuda de un tercero, no puede exigir la subrogación; sin duda que cuando la subrogación debe consentirse por el acreedor, él puede rehusar. Pero si el acreedor recibe un pago parcial, aunque tenga también el derecho de rehusarlo, hay que creer que tiene interés en recibirlo, y este mismo interés lo inducirá á abandonar al subrogado su derecho de preferencia; en este caso, el subrogado es el que impone la ley, y el subrogante la sufre. (1)

135. ¿Es aplicable el art. 1,252 cuando el crédito es quirografario? Nó; y en este punto todos están de acuerdo. La ley no prevee la dificultad, pero los principios no dejan duda alguna. Cuando el crédito es quirografario, el tercero que lo paga no procede contra el deudor en virtud de la acción subrogatoria, sino como mandatario ó gerente de negocios; es decir, que ejercita un crédito del todo independiente del que le queda al acreedor, cuando éste no recibe más que un pago parcial. Por lo mismo, el subrogante y el subrogado tienen títulos iguales, y, por consiguiente, uno de ellos no debe primar sobre el otro. En vano el acreedor diría que el concurso del subrogado en la distribución, le perjudica, puesto que recibirá tanto menos; el tercero le contestaría que estaba en libertad para no aceptar un pago parcial, y que si lo ha aceptado, debe también sufrir sus consecuencias. Por lo demás, el pago parcial, apesar de los derechos que de él resultan para el que ha hecho el pago, está lejos de perjudicar al acreedor, porque si él no hubiera recibido ese pago dividido, debería venir á la contribución por todo su crédito; muy justo es que el tercero que le ha pagado una parte del crédito, venga á la distribución por la parte de la deuda que él ha cubierto. Si la subrogación no debe perjudicar al acreedor, tampoco debe perjudicar al subrogado. (2)

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 386, núm. 197 bis XIII.

2 Duranton, t. XII, pág. 305, núm. 186. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 385, núm. 197 bis XVII.

¿Qué debe resolverse si la deuda está garantida por una fianza? Podría creerse que, en este caso, el subrogante debe ser preferido al subrogado, puesto que se trata de una garantía inherente al crédito, y al subrogante no se le tiene por haber cedido garantías contra sí mismo. A esto se contesta que hay otro motivo para decidir. El que paga la deuda del deudor principal, paga, al mismo tiempo, la deuda del fiador; luego tiene contra éste el mismo recurso que contra el deudor; y lo tiene, no en virtud de la subrogación, sino en virtud del pago. Esto equivale á decir que él tiene un recurso independiente de la subrogación, y, por lo tanto, su posición es idéntica á la del acreedor; y siendo iguales sus derechos, no puede tratarse de preferencia. (1)

136 El acreedor puede tener varios créditos hipotecados sobre el mismo inmueble; recibe un pago parcial sobre el que está en primer lugar. Se abre un orden sobre el precio del inmueble. ¿Puede él pedir ser pagado de preferencia al subrogado por todos sus créditos? Hé aquí una cuestión que no debiera hacerse, y menos aún llevarla ante los tribunales, porque el texto la resuelve; Toullier hace la observación. El art. 1,252 da al subrogante un derecho de preferencia sobre aquel de quien no ha recibido más que un pago parcial; lo que prueba que la preferencia no tiene lugar sino para lo que se le queda debiendo al acreedor sobre el crédito cubierto en parte, y no por lo que puede debersele en razón de un crédito posterior en hipoteca. El subrogado primará, pues, en virtud de la subrogación que le da el primer lugar, al acreedor subrogante en cuanto al crédito posterior, como primaría á otro acreedor cualquiera, porque este segundo crédito está fuera del convenio de subrogación. (2)

1 Larombière, t. III, pág. 404, núm. 27 del art. 1,252 (Ed. B., tomo II, pág. 271).

2 Toullier, t. IV, pág. 162, núm. 169, y todos los autores.

137. ¿Puede el acreedor transferir el derecho de preferencia que le da el art. 1,252 respecto al subrogado? Hay un caso en el cual la afirmativa no es dudosa. Habiendo quedado acreedor de una suma de 10,000 francos, el subrogante vende ese crédito con el derecho de preferencia que le es inherente; el cesionario será preferido al subrogado. Esto no es más que el derecho común; el acreedor puede, ciertamente, vender la parte del crédito que le queda, y vendiéndola, transfiere al cesionario todos los derechos accesorios que aseguran su pago; luego también el derecho de preferencia que resulta de la subrogación. Hay una sentencia de la Corte de París en este sentido, y tal es también el parecer de los autores. (1)

¿Puede también el acreedor, al subrogar al que le paga el resto de ese crédito, transferirle su derecho de preferencia? Esta cuestión es controvertida y hay alguna duda. El principio que gobierna la materia de la subrogación conduce á dar al subrogado todos los derechos del subrogante. Esta es una cesión ficticia; ahora bien, el acreedor puede ceder por una venta real el derecho de preferencia al vender su crédito, y lo que puede hacer por una cesión real ¿por qué no había de hacerlo por una cesión ficticia? Que no se objete que esto es extender una ficción, porque, al contrario, es aplicarla. En cuanto al subrogado, la ficción tiene el mismo efecto que una venta real; se reputa que él ha comprado el crédito, dice Pothier; luego puede invocar los principios que rigen la venta de un crédito y reclamar todos los derechos útiles que sirven para procurarle su reembolso. (2)

Se sigue generalmente la opinión contraria, y la juris.

1 París, 18 de Marzo de 1837 (Dalloz, *Hipotecas*, núm. 2,384, II). Demolombe, t. XXVII, pág. 612, núm. 666. Gauthier, pág. 65, número 68.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 388, núm. 797 bis XV.

prudencia la ha consagrado. Se invoca la tradición. Pothier enseña, en efecto, que si hay varios subrogados, vienen en concurrencia; él dice que esto es evidente. Esta evidencia no nos llama la atención, y los motivos que los autores modernos dan para explicarla no son tan perentorios como lo dicen. La preferencia, dicen, se funda en que respecto al acreedor, la parte del crédito pagado con subrogación está extinguida, mientras que la parte no pagada subsiste aún en sus manos; pero si un nuevo pago viene á extinguir esta parte del crédito, ya no subsistirá nada de él; luego él no puede ya tener derecho de preferencia. (1) ¿No es esto resolver la cuestión por la cuestión misma? En el momento en que el acreedor recibe el pago del resto de su crédito, el acreedor tenía por esta parte un derecho de preferencia; se trata de saber si él puede ceder ese derecho por vía de subrogación, como puede hacerlo por vía de cesión; planteada así la cuestión, no nos parece dudosa.

*ARTICULO 4.º — De las ofertas de pago y de la consignación.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

138. “Cuando el acreedor se niega á recibir su pago, el deudor puede hacerle ofertas reales y, á negativa del acreedor para aceptarlas, consignar la suma ó la cosa ofrecida” (art. 1,257). El deudor, obligado á pagar, tiene también el derecho de hacerlo, y el interés. Un antiguo proverbio dice que el que paga sus deudas se enriquece. Toda obligación ataca el crédito del deudor, supuesto que afecta sus

1 Esa es la opinión generalmente seguida (Durantón, t. XII, página 309, núms. 188, 189. Aubry y Rau, t. IV, pág. 192, notas 92 y 93, y los autores que ellos citan. Demolombe, t. XXVII, pág. 613, núm. 667). La jurisprudencia se halla también en este sentido: París, 13 de Mayo de 1815 (Daloz. *Obligaciones*, núm. 1,998). Dijon, 10 de Julio de 1848 (Daloz, 1849, 2, 15).

bienes directa ó indirectamente, y, en consecuencia, disminuye su solvencia; luego está interesado en pagar para liberrar sus muebles y para aumentar su crédito. El puede tener un motivo para pagar las deudas onerosas: tales son las deudas que causan rédito ó que llevan aparejada una cláusula penal. Si el deudor está interesado en pagar, por lo común el acreedor está interesado en recibir lo que se le debe; con tal objeto estipula, y á primera vista no se comprende por qué había de negarse á recibir su pago. Esto puede ser por capricho, por mala voluntad; así lo dicen los autores, pero esto sucederá rara vez, porque lo que guía á los hombres es el interés, el cual es superior á las pasiones. Puede suceder que el acreedor esté interesado en rehusar por la misma razón que induce al deudor á ofrecer.

De esto hemos citado un ejemplo histórico al tratar de la subrogación; los que habían prestado al 8 por ciento no querían ser reembolsados cuando el tipo de interés bajó y cuando ya no fué más que el 5 ó 6 por ciento. Si hay una pena implícita en la obligación, el acreedor puede tener interés en que se incurra en ella. De aquí un conflicto entre el deudor y el acreedor: uno ofrece, otro rehusa. Si el deudor ofrece lo que debe, es injusta la negativa del acreedor; así, pues, la ley debía dar al deudor un medio de exonerarse apesar del acreedor. Tal es el objeto de la oferta de pago y de la consignación. La ley, á la vez que vela por los intereses del deudor, no se desatiende de los del acreedor; y á fin de conciliarlos prescribe algunas condiciones para la validez de las ofertas y de la consignación. “La ley toma todas las precauciones, dice el orador del Gobierno, para que sea patente que el acreedor comete la falta de negarse á las ofertas que el deudor le ha hecho; garantidos así sus derechos, él no puede quejarse si la