

*Si se retirare con su consentimiento, perderá toda preferencia ó derecho hipotecario que tuviere sobre la misma cosa; y los co-deudores y fiadores quedarán libres (1).*

1262 y 1263 Franceses, 1216 y 1217 Napolitanos, 948 y 949 de Vaud, 1352 y 1353 Sardos. Concuerda con la ley 62, título 14, libro 2 del Digesto: *Semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non potest.*

El acreedor por la sentencia hizo ya suya la cosa ó cantidad; no puede, pues, ser retirada por el deudor, á menos que aquel consienta.

Pero este convenio entre el acreedor y el deudor no puede perjudicar á los fiadores y co-deudores que por la misma sentencia quedaron irrevocablemente libres de su obligacion.

Por la misma razon perderá el acreedor la hipoteca, pues que la obligacion quedó estinguida y es un nuevo crédito ó préstamo al que se contrae; lo que es igualmente aplicable á la preferencia por razon de los privilegios: la ley la hace inherente á la calidad de estos, sin tener en cuenta el consentimiento de las partes.

### SECCION III.

#### DE LA SUBROGACION.

#### ARTICULO 1116.

*La subrogacion de un tercero en los derechos del acreedor tiene lugar por disposicion de la ley ó convencionalmente (2).*

1. Para que despues de la sentencia pueda el deudor retirar la cosa del depósito, se necesita el consentimiento del acreedor; pero entonces perderá este cualquier derecho de preferencia que sobre ella tenga, y quedarán los co-deudores y fiadores libres de la obligacion, si la cosa no ha sido retirada con su consentimiento.—Art. 1682, tít. 4, lib. 3, cap. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. La subrogacion de legal ó convencional.—Art. 1705, tít. 4, lib. 3, cap. 5. cód. civ. vigente.

La comision dice: que muchos autores tratan de la subrogacion en la cesion de acciones; porque en efecto, la subrogacion no es mas que la

1249 Franceses, 2155 de la Luisiana, 1339 Sardo, 934 de Vaud, 436 Holandes, 1202 Napolitano.

La subrogacion no hace mas que cambiar la persona del acreedor, y traspasar todos sus derechos al tercero que le paga: la deuda, aunque se estingue respecto del acreedor primitivo, queda en pié á favor del subrogado y contra el mismo deudor.

La subrogacion por ley no es una venta de los derechos ó acciones del acreedor, cuyo consentimiento no es necesario: la convencional del artículo siguiente se regirá por lo dispuesto en el capítulo 8, título 7, de esta libro.

#### ARTICULO 1117.

*La subrogacion tiene lugar por disposicion de la ley á favor:*

1º *Del que siendo acreedor, paga á otro acreedor preferente.*

2º *Del tercero no interesado que pague, consintiéndolo espresa ó tácitamente el deudor.*

3º *Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligacion, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068.*

4º *Del heredero que admite la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma.*

5º *Del que adquirió un inmueble y paga á cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior á su adquisicion.*

6º *Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenecientes á diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas.*

transmision hecha á una persona de los créditos, derechos y acciones que tiene alguno contra otro, quedando subsistente la obligacion del deudor. Pero esto no obstante, dice la misma comision, que creyo mas conveniente adoptar el metodo de los códigos modernos, que la tratan separadamente de la cesion de acciones: porque en ésta, como lo indica su mismo nombre, interviene generalmente la voluntad del cedente, mientras que la subrogacion puede ser en muchos casos efecto de la ley y no del convenio; que por esta razon se tomaron como base las leyes 32, título 12 y 3º título 14 de la partida 5ª, pero desarrollándolas en muchos puntos conforme á las disposiciones de los códigos modernos.—N. de los EE.

*Lo mismo se entiende respecto del poseedor de parte de una finca hipotecada en su totalidad y perteneciente á varios dueños.*

*En los casos de este número y del anterior cuando sean dos ó mas los poseedores de la finca ó fincas hipotecadas, el subrogado solo podrá ejercitar su derecho contra cada uno de ellos en proporcion al valor actual de la finca ó parte de ella que posea, descontándose lo que por el mismo concepto corresponda á la finca ó parte poseida por el subrogado (1).*

En cuanto á los números 1, 3, 4 y 5 es el artículo 1251 Franceses, 1441 Sardo, 1438 Holandes, 1204 Napolitano, 2157 de la Luisiana, el 936 de Vaud, solo que suprime el número 4, relativo al heredero.

Por Derecho Romano solo el acreedor hipotecario posterior que pagaba al hipotecario anterior, *etiam invito*, ó consignaba el valor del crédito, quedaba subrogado de pleno derecho, ó por la sola disposicion de la ley en su lugar: leyes 22, tít. 14, y 1, 5, 8 y 10, tít. 18, lib. 8 del Código, 11, párrafo 4, 12, párrafo 6, y 9, título 4, libro 20 del Digesto: pero no quedaba subrogado el simple acreedor *chirografario*, ó un tercero, á no mediar pacto ó cesion: lo mismo se dispone en la ley 34, título 13, Partida 5.

Las disposiciones de este artículo son mucho mas conformes á la sencilla razon y á la equidad, que la metafísica y rigorismo del Derecho Romano y Patrio: así quedan orilladas las muchas cuestiones sobre la necesidad de la carta de lasto á los fiadores y co-deudores mancomunados.

Número 1. Como acabo de observar, este era el solo caso de subrogacion legal por Derecho Romano y Patrio: el acreedor, que paga á otro preferente, no ha podido tener

1. Es legal: 1º Cuando el que es acreedor, paga á otro acreedor preferente: 2º Cuando el que paga tiene interés en cumplimiento de la obligacion: 3º Cuando se hace el pago con consentimiento expreso ó tácito del deudor: 4º Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; 5º Cuando el que adquiere un inmueble, paga á un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotecario anterior á la adquisicion.—Art. 1706, tít. 4, lib. 3, cap. 5. cód. civ. vigente.—N. de los EE.

otro interés ni otro objeto, que el de gozar de las ventajas de la subrogacion.

Número 2. Este caso, omitido en el Código Franceses y demas modernos, envuelve mandato espreso ó tácito de parte del deudor; y debe presumirse que este por librarse de un acreedor mas incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en lugar de aquel; y que igual fué la intencion del tercero que hizo el pago: se presume, en una palabra, un pacto tácito sobre la subrogacion: vé el párrafo 2 del artículo 1099.

Número 3. Como lo tiene el deudor mancomunado y el fiador: vé el artículo 1099, párrafo 1, y no es necesario que el acreedor que paga sea privilegiado ó hipotecario; esta circunstancia solo es necesaria en el acreedor á quien se paga: segun los párrafos 3 y 4 del citado artículo 1099, el tercero no interesado que paga, ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor á que le subrogue en su lugar: mal, pues, podria quedar subrogado aquí por la simple disposicion de la ley. La subrogacion del deudor mancomunado queda subordinada á lo dispuesto en el artículo 1063, es decir, que podrá reclamar de cada uno de los co-deudores la parte proporcional con deduccion de la suya, y, si alguno de ellos es insolvente, sufrirá proporcionalmente los efectos de la insolvencia: pero en la parte que pueda reclamar gozará de los privilegios ó hipotecas del acreedor primitivo.

La subrogacion del fiador que paga es plena y absoluta contra el deudor principal: respecto de los cofiadores se regula por la del deudor mancomunado; artículo 1753, 1754 y 1758.

La equidad no permitiria prevalerse de que los comprendidos en este número hayan omitido el pedir la subrogacion: ellos tenian derecho para pedirla; y no debe presumirse que el acreedor, que no podia negarla en el caso de habersele pedido, haya tenido la intencion de no poner al que le paga en estado de utilizar sus recursos, ni que el pagador haya renunciado á un derecho tan importante.

Número 4. Habiendo admitido la herencia á beneficio de inventario, no puede presumirse que al pagar ha querido confundir sus derechos personales con los de la herencia.

Número 5. En el caso de este número es evidente que el nuevo dueño de la finca no se propone en el pago sino asegurarla y libertarse de las reclamaciones que sobre la misma pudieran intentar los acreedores hipotecarios anteriores á la adquisicion: los posteriores en tiempo al que ha sido pagado no pueden pretender sin nota de mala fé, que el pago se convierta en su provecho: hay dolo ó mala fé en quererse enriquecer con daño de otro.

Número 6. Así se halla dispuesto respecto de los tributos en la ley 5, título 15, libro 50 del Digesto, no precisamente para la subrogacion legal, desconocida entre los romanos fuera del caso del número 1, sino para la cesion forzosa de acciones. "Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur, adversus cæteros, quorum æque prædia tenentur ei, qui conventus est, actiones á fisco pæstantur: scilicet ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant."

El acreedor hipotecario puede ejercitar su accion por entero contra cualquiera de los poseedores de las diversas hipotecas, pero, una vez pagado el crédito por cualquiera de los poseedores, quedan libres del gravámen todas ellas, artículos 1798 y 1815. Es, pues, evidente que el que paga mejora todas las hipotecas en cuanto las liberta del gravámen, y que hace un negocio que redunde en utilidad de todos los poseedores. Hay por lo tanto para la subrogacion legal en este caso, con las restricciones del último párrafo, las mismas razones de equidad y conveniencia que en los casos de los números 1 y 3.

## ARTICULO 1118.

*La subrogacion convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un terce-*

*ro, y le subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas contra el deudor.*

*Esta subrogacion debe ser espresa y hacerse al mismo tiempo que el pago (1).*

Número 1 del 1250 Frances, 1203 Napolitano, 1340 Sardo, 935 de Vaud, 1437 Holandes, 2156 de la Luisiana.

"Si post solutum sine ullo pacto omne quod debeat, actiones post aliquod intervallum cessæ sint; nihil ex cessione actum, cum nulla actio superfuert," ley 76, título 3, libro 46, y las 17 y 36, título 1, libro 46 del Digesto: lo mismo se dispone en la ley 11, título 12, Partida 5.

En este y en los artículos siguientes se trata de la subrogacion convencional, que puede tener lugar entre el acreedor y un tercero independiente de la voluntad del deudor, ó entre este y un tercero independientemente de la voluntad del acreedor: el artículo actual se contrae á la primera.

El acreedor puede vender su derecho ó accion, y quedará sujeto á las reglas ordinarias de la compra y venta, segun el capítulo 8 título 7 de este libro. Pero no es este el caso del artículo, sino el provisto en el párrafo 3 del 1099, segun el cual, si un tercero paga ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor á que le subrogue en su lugar ó le ceda sus acciones. El acreedor, sin embargo, es libre en subrogarle; si tal hace, la subrogacion ha de ser espresa y simultánea al pago.

*Espresa:* por el mismo hecho de no estar el acreedor obligado á hacerla: *simultánea,* porque el pago estingue el derecho del acree-

1. La subrogacion convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones ó hipotecas contra el deudor. Esta subrogacion debe ser espresa y hacerse al mismo tiempo que el pago.—Art. 1707, tit. 4, lib. 3, cód. civ. vigente.

La comision dice: que en el artículo 1707 se erigen dos condiciones importantes; que ésta sea espresa y que se haga al mismo tiempo que el pago: que al dictar estas dos condiciones lo hizo: la primera, para evitar toda duda y que se ejercite un derecho contra la voluntad del cedente; y la segunda, porque una vez hecho el pago, se extingue la accion y ya nada queda que ceder.—N. de los EE.

dor, y mal podria este ceder despues lo que no tiene; á mas de que, por este medio la subrogacion ó cesion de acciones en este caso no es una venta, ni el acreedor cedente queda sujeto al saneamiento como en el primero.

## ARTICULO 1119.

*La subrogacion convencional puede hacerse tambien por el deudor sin consentimiento del acreedor, cuando paga la deuda con una cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo (1).*

## ARTICULO 1120.

*Para que la subrogacion surta efecto con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere ademas:*

1º *Que el préstamo y pago consten de escritura pública.*

2º *Que en la escritura de préstamo conste haberse tomado este para hacerse el pago, y en la de pago, que este se ha hecho con el dinero tomado á préstamo (2).*

Son el número 2 del mismo artículo 1250 Frances y demas extranjeros citados en el anterior.

"Qui postea quidem crediderunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniret, in locum eorum succedunt," ley 2, título 3, libro 42 del Digesto. "Si sub hoc pacto credat, ut idem pignus obligetur, et in locum ejus succedat," ley 1, título 19, libro 8 del Código.

Estos dos artículos contienen el caso de subrogacion convencional por la sola voluntad del deudor y de un tercero, independientemente de la del acreedor.

1. Véase la siguiente nota.—N. de los EE.

2. Si la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare para este objeto, solamente quedará subrogado el prestamista en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico, en que se declare que el dinero fué prestado para el pago de la misma deuda. A falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.—Art. 1708, tit. 4, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.

La comision dice: que en el artículo 1708, tuvo por objeto precervar el peligro de que el deudor finja un préstamo cuando en realidad haya pagado con fondos propios.—N. de los EE.

El interes de este se limita á ser pagado, no imparta por quien, ni si otro será, ó no, subrogado en su lugar y derechos: por lo tanto, se prescinde de su voluntad en este caso.

Lo subrogacion es favorable al deudor, que por este medio puede encontrar un acreedor menos riguroso: justo es, pues, reconocerle la facultad de encontrarlo.

Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudieran hacerse en perjuicio de tercero que tuvieran privilegios ó hipotecas posteriores; y este es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1120. Podria un deudor despues de haber pagado con su propio dinero suponer que lo habia hecho con dinero tomado de otro para este objeto, y hacer la subrogacion para defraudar á los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar el préstamo y pago en escritura pública y de espresarse en ambos casos lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner á cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así no podrán estos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habria tenido el mismo acreedor.

## ARTICULO 1121.

*El acreedor á quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto, con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar, á virtud del pago parcial del mismo crédito (1).*

Es el final del artículo 1252 Frances,

1. El acreedor que solamente hubiere sido pagado en parte podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de su deuda.—De esta preferencia disfrutarán únicamente los acreedores originarios, ó sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado.—No habrá subrogacion parcial en deudas de solucion indivisible.—El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, no bastando éste para cubrirlas todas, se hará segun la prioridad de la subrogacion.—El subrogado puede ejercitar todos los derechos que competen al acreedor, tanto contra el deudor como contra sus fiadores.—Arts. 1709 á 1713, tit. 4, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1205 Napolitano, 937 de Vaud, 1442 Sardo 1439 Holandes, 2158 de la Luisiana.

"El acreedor primitivo: Non videtur cessisse contra se," antes por el contrario se presume que se reserva el ser pagado el primero, si no se espresa otra cosa.

Por lo tanto, si el acreedor de treinta no recibió mas que veinte, será preferido en cuanto al pago de los diez restantes al subrogado por lo respectivo á los veinte pagados: pero si despues se subroga otro en cuanto á los mismos diez restantes, ninguno de los dos subrogados tendrá preferencia sobre el otro, y ambos concurrirán con igualdad para el pago de sus respectivos créditos

La preferencia que aquí se da al acreedor primitivo, solo es por la cantidad del mismo crédito que no le fué pagada, y no se entiende á otros créditos que pueda tener contra el mismo deudor.

#### SECCION IV.

##### DE LA COMPENSACION.

##### ARTICULO 1122.

*Tiene lugar la compensacion de obligaciones, cuando dos personas reúnen la cualidad de acreedores y deudores reciprocamente y por su propio derecho (1).*

1289 Frances, 1380 Sardo, 961 de Vaud, 1461 Holandes, 2203 de la Luisiana, 1243 Napolitano.

"Compensatio est debiti et crediti" (mutui) "inter se contributio" ley 1, título 2, libro 16 del Digesto. "Descuento de un debito por otro;" ley 20, título 14; Partida 5. "Nec interesse, solverit, an pensaverit" ley 4 al fin, título 4, libro 20 del Digesto. "Ideo

1. Tiene lugar la compensacion, cuando dos personas reúnen la cualidad de deudores y acreedores reciprocamente y por su propio derecho.—El derecho de compensacion puede renunciarse ya expresamente, ya por hechos que manifiesten de un modo claro la voluntad de hacer la renuncia.—La compensacion puede oponerse en cualquier estado del juicio.—El fiador, antes de ser demandado por el acreedor, no puede oponer á este la compensacion del crédito que contra él tenga, con la deuda del principal deudor.—Arts. 1684 y 1694 á 1697, tit. 4, lib. 3, cap. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere; quam solum repetere;" valemus no tener que pagar, que repetir lo pagado, ley 3, título 2, libro 16 del Digesto.

Es, pues evidente la utilidad de la compensacion para ambas partes, pues que les ahorra gastos, pleites y rodeos; y yo me atrevo á decir, que es una necesidad derivada de la misma naturaleza de las cosas: si yo debo cuatro á Pedro, natural y necesariamente de ser deudor desde que Pedro principia á serlo mio de otros cuatro.

*Por su propio derecho:* por esto si el tutor pide lo que se debe á nombre pupilo, no podrá el deudor oponer la compensacion de lo que le debe el tutor *suo nomine*, ley 23 título 2, libro 16 del Digesto.

##### ARTICULO 1123.

*El efecto de la compensacion es el de extinguir por ministerio de la ley una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ello los acreedores y deudores. [1]*

1290 Frances, 1244 Napolitano, 1381 Sardo, 1462 Holandes, 2204 de la Luisiana: el 961 de Vaud está mas claro: "Se hace una compensacion entre las dos deudas hasta donde alcance la menor."

"Siconstat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem habere oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debebatur, utique quad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, ley 4, título 31, libro 4 del Código: leyes 4, título 4, libro 20, y 19, título 12, libro 40 del Digesto. "Es otra manera de pagamiento por que se desata la obligacion;" ley 20, título 14, Partida 5, que es el título de las pagas. "Si non fueren eguales, fasta aquella quantia que montare; ley 22 del mismo título.

Por esta razon, desde que *ipso jure*, ó por disposicion de la ley tiene lugar la compen-

1. El efecto de la compensacion es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas hasta la cantidad que importe la menor.—Art. 1685, tit. 4, lib. 3 cap. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

sacion, surte todos los efectos de verdadero pago, y aunque una de las deudas produjese intereses y otro no, cesan aquellos desde la compensacion, como tambien la cláusula penal cuando se ha compensado del todo.

Cierto es que, para que aproveche la compensacion, se ha de alegar y probar; pero, una vez probada, sus efectos se remontan al tiempo en que tuvo lugar por la sola disposicion de la ley.

##### ARTICULO 1124.

*La compensacion no proceda sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, ó cuando siendo fungibles las cosas debidas sean de la misma especie, y tambien de la misma calidad, si esta se hubiere designado (1).*

Es la primera parte del 1291 Frances, hasta "de la misma calidad," 1245 Napolitano, 1382 Sardo, 1463 Holandes, 2205 de la Luisiana.

Las leyes 4 y 8, título 31, libro 4 del Código, 10, párrafo 2, 11 y 12, título 2, libro 16, y la 13, título 1, libro 20 del Digesto, hablan únicamente de dinero: la 2, párrafo 1, título 1, libro 12 del Digesto, hablando del mútuo ó préstamo, dice que consiste *in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem.*

Sin embargo, estas son las leyes en que se fundan los intérpretes para asentar que pueden compensarse las cosas fungibles de un mismo género, como dinero con dinero, vino con vino, aceite con aceite; no las de diverso, como vino con aceite, y al contrario, ó dinero con uno á otro.

La ley 21, título 14, Partida 6, es mas clara: "Descontarse pueden en manera de compensacion todas las deudas, que son de cosas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, fasta en aquella quantia, que el un deudor deviere al otro."

1. La compensacion no procede sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, ó cuando siendo fungibles las cosas debidas, son de la misma especie y calidad, siempre que ambas se hayan designado al celebrarse el contrato.—Art. 1686, tit. 4, lib. 3, cap. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. III.

El artículo 1291 Frances y demas extranjeros admiten la compensacion entre deudas que tienen igualmente por objeto una suma de dinero ó una cierta cantidad de cosas *fungibles de una misma especie*; pero el 1892, hablando del préstamo, dice que se ha de pagar ó devolver otro tanto de la misma especie y calidad: lo mismo se dispone en el testo del tit. 15, lib. 3, Instituciones. *Ejusdem naturæ et qualitates*; y nosotros lo habemos adoptado en los artículos 1644 y 1647 "otro tanto de la misma especie y calidad."

La compensacion se tiene por pago; requiere, pues, los mismos términos hábiles que este: si en cosas fungibles no basta para el pago otro tanto de la *misma especie*, sino que ha de ser tambien de la *misma calidad*, esto mismo ha de concurrir para que tenga lugar la compensacion. No hallo, pues, armonía entre los citados artículos Frances; para que la hubiere entre este y el 1644, la Comision acordó que se pusieran en ambos las mismas palabras: "Si esta (la calidad) se hubiere designado;" y aunque por inadvertencia se hayan omitido en el 644, deberá entenderse como si estuvieran puestas.

##### ARTICULO 1125.

*No pueden compensarse sin voluntad espresa de las partes interesadas las deudas siguientes:*

1º Las que no fueren líquidas.

2º Las no vencidas

3º Una deuda pura con otra, cuya condicion no se hubiere cumplido (1).

1. Para que haya lugar á la compensacion, se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles. Las que no lo fueren sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados.—Se llama deuda líquida aquella cuya cuantia se halla determinada ó puede determinarse dentro del plazo de nueve dias.—Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme á derecho.—

Si las deudas no fueren de igual cantidad, hecha la compensacion conforme al artículo 1685 queda expedita la accion por el resto de la deuda.—Arts. 1687 á 1690, tit. 4, lib. 3, cap. 4, cód. cid. vigente.

La comision dice: que al adoptar como medio