

trata de la compra—venta, se expresa en esta forma: «La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador». Aplicando la doctrina sentada sobre la pérdida de la cosa y su adaptación al principio *res perit domino*, resulta que en manera alguna puede ceñirse la teoría del Art. citado, al espíritu en que informada se halla la regla de que la cosa perece para el dueño.

En efecto, convenidos los contratantes en la cosa y en el precio, la compra-venta se halla perfecta sin que obste a que el vendedor continúe propietario de aquella, en tanto que la entrega o tradición no se efectúe, Art. 740 del C. C. Si, pues, la cosa vendida y no entregada se pierde para el comprador al tenor del Art. 1876 del Código Civil antes citado, quedando libre de toda responsabilidad el vendedor, evidentemente, la cosa objeto de la enajenación que sufre pérdida total o parcial por caso fortuito antes de la entrega, perjudica no al dueño, puesto que, aún no lo es el comprador, sino al acreedor, carácter que reviste aquél, desde el momento de la convención. Por donde se viene a concluir, que la pérdida fortuita de la cosa específica corresponde, no al dueño, sino al acreedor.

RES PERIT CREDITORI.

ALFREDO COCK A.

ALGO SOBRE PAGO CON SUBROGACION

Es la subrogación, tal como la estudian los arts. 1666, 1667 y siguientes del Código Civil Colombiano, de origen relativamente moderno; esta circunstancia y la de apartarse muchos de los principios que la reglamentan de las reglas comunes del derecho positivo, han sido parte a que se pongan en tela de juicio varias de sus genuinas consecuencias jurídicas; de ahí el empeño con que los jurisconsultos, principalmente los franceses, se han dado a la tarea de fijar la verdadera naturaleza de la institución legal mencionada, para así fun-

dar sobre firme base los efectos que, a su juicio, deban asignársele.

Son notas características de la subrogación originada del pago de una deuda, el nacer de un acto enteramente gratuito y el tener existencia jurídica gracias a una ficción legal; distínguese por lo primero de la cesión de derechos que es un contrato generalmente oneroso y explícate por lo segundo la razón de algunas de sus consecuencias, las cuales en gran manera se oponen al estricto rigor jurídico.

Previas estas consideraciones, que no son de escasa trascendencia tanto doctrinal como práctica, procede ahora exponer, siquiera sea someramente, los dos sistemas principales ideados para explicar la naturaleza intrínseca del pago con subrogación, sistemas estos, que, dicho sea de paso, divergen en punto de notoria importancia.

Consideran los sustentadores del primer sistema que en virtud del pago con subrogación se transmiten al nuevo crédito, esto es, al que nace cuando se efectúa el pago de una deuda, por el que debe ser subrogado, sólo las *garantías accesorias* del antiguo crédito, que se halla extinguido con el pago. Estiman los sostenedores del otro sistema referido que la subrogación supone dos fenómenos jurídicos de distinto linaje: *pago* en las relaciones del subrogante con el subrogado que le paga; cesión en las relaciones del subrogado con el deudor a quien ha librado de la deuda.

Siendo así, dicen los que sostienen el sistema primeramente enunciado, que el pago con subrogación se cuenta entre los modos de extinguirse las obligaciones y que extinguida una obligación ésta no puede revivir, a fin de pasar del primitivo acreedor a otro distinto, parece evidente que la primitiva obligación queda irrevocablemente extinguida y que la ley, por tanto, sólo ha querido que las *garantías accesorias* pasen del antiguo crédito al que en favor del subrogado nace en el acto mismo de la subrogación.

Ningún texto legal, en mi creer, presta cumplido apoyo al sistema jurídico cuyo modo de apreciar la ficción de la subrogación acabo de expresar; antes bien los arts. 1666 y 1670 del C. C., que hablan de la tras-

misión de los derechos y acciones del primitivo acreedor al subrogado, sin determinar base alguna de distinción entre los derechos y garantías puramente accesorios y los derechos y garantías de otro género, se hallan abiertamente en pugna con tal sistema; esto por lo que mira al principio de derecho positivo que es forzoso cumplir, pues por lo que hace a la razón jurídica de su establecimiento, el sistema que combato cae por su base misma, si se considera que no hay fundamento alguno que autorice a creer que, por el hecho de extinguirse la obligación primitiva existente entre el deudor y el acreedor subrogante, puedan pasar al nuevo crédito creado en pro del subrogado y en contra del mismo primitivo deudor sólo las *garantías accesorias* y no los derechos inherentes a dicho primitivo crédito, ya que con la obligación principal se extinguen las accesorias, tales como las fianzas y la hipoteca (arts. 2,506. y 2457 del C. C.), y no está en razón creer que pueda hacerse revivir lo accesorio y no lo principal.

Acércase más a la verdad el segundo de los sistemas antes mencionados, si bien sólo debe aceptarse con una modificación. En efecto: según tal sistema, mediante la ficción de la subrogación debe estimarse que hay *cesión* en las relaciones del subrogado con el deudor a quien ha librado de la deuda.

Pues bien: no considero apropiado aplicar en este asunto el concepto de la cesión, dado que si se admite, como en efecto lo hace el sistema a que me refiero, que entre el subrogante y el subrogado hay pago, es obvio que merced a ese pago la obligación primitiva ha de quedar extinguida (art. 1625 del C. C.) y que por consiguiente no puede en manera alguna admitirse la cesión de lo que no existe (art. 1965 del C. C.).

Por eso es más ajustado a la doctrina de los arts. 1666 y 1670 del C. C. y a la lógica jurídica, creer que mediante el pago con subrogación hay un verdadero pago (tal como lo entienden los arts. 1626 y siguientes del Código citado) en las relaciones del subrogante con el subrogado; que gracias a ello debe tenerse por extinguida la primitiva obligación; que entre el subrogado y el deudor nace la relación de otra distinta obligación, que tiene por causa la extinción de la primera; y que,

al crédito consiguiente se transmiten, debido al mandato legal, las acciones, derechos y garantías del antiguo crédito.

El segundo sistema así modificado, que es el que preconiza uno de los expositores franceses de más nota, es, a no dudarlo, el que se conforma mejor con la doctrina desarrollada sobre la materia, por nuestro Código Civil.

Mas no se crea, como a primera vista aparece, que la determinación de la naturaleza intrínseca del pago con subrogación es cuestión baladí que sólo con la teoría se roza y que carece de resultado práctico; clara señal de lo contrario son las opiniones encontradas que existen acerca de si el subrogado puede o nó ejercer la acción resolutoria del contrato que es origen mediato de su crédito.

Según el primer sistema debe resolverse negativamente la cuestión, en tanto que según el otro no hay duda alguna que tal acción compete al subrogado; ni podía ser de otro modo, ya que los propugnadores de aquel sistema sostienen que al subrogado sólo se le transmiten las *garantías accesorias* del primitivo crédito, al paso que según los sustentadores del último, por la subrogación se transmiten al subrogado toda clase de derechos transmisibles, sin distinción alguna.

Para ilustrar el asunto propondré un ejemplo: Pedro vende a Juan un bien inmueble por la suma de \$ 10.000 pagaderos dentro de dos meses a contar de la fecha del contrato, y Juan, para garantizar el pago de la suma dicha da como su fiador solidario a Luis ¿podrá éste en el supuesto de una subrogación y en el caso de que Juan esté constituido en mora ejercer la acción resolutoria, a fin de obtener de Juan la restitución del bien raíz vendido?

Manifiesto es que, según el sistema que he venido defendiendo, basado de un modo especial en los arts. 1666 y 1670 del C. C., los cuales no distinguen, a Luis, en el caso propuesto, compete la acción resolutoria.

No obstante, tratándose concretamente de la expresada acción resolutoria, tres razones principales pudieran aducirse encaminadas a rechazar la solución que antecede.

Son éstas las razones:

a) Dije antes que la convención queda origen a la subrogación de que aquí se trata, tiene por fuerza un carácter enteramente gratuito, de donde se sigue que, si se admitiera que el subrogado, al efectuar el respectivo pago, puede de allí derivar algún lucro a su favor y en perjuicio del deudor, se desnaturalizaría el fenómeno jurídico de la subrogación y se iría directamente contra la historia de su establecimiento y contra los naturales fines de su instituto. Así, por ejemplo, en el caso propuesto antes, y en el supuesto de que la cosa vendida hubiera aumentado considerablemente de valor cuando Luis va a establecer la respectiva acción resolutoria, si éste logra su intento adquirirá un inmueble que vale mucho más de lo que él dio a Pedro, a fin de subrogarse en sus derechos contra Juan; he aquí, por tanto, que Luis se ha enriquecido a costa de Juan, lo que no es admisible, dados los caracteres y fines de la subrogación. Por este motivo pudiera concluirse que Luis no puede ejercer la acción resolutoria contra Juan;

b) Tiénese por indiscutible que si el primitivo acreedor de una suma de \$ 10.000, pongo por caso, conviene en dar por cancelada la obligación previo el pago de \$ 5.000 que le hace el que ha de subrogarse en sus derechos contra el deudor, tal subrogado sólo puede exigir luégo de dicho deudor lo que él dio, a fin de subrogarse, y nó, en manera alguna, los 10.000 valor del primitivo crédito. Al contrario, cuando se cede un crédito común de \$ 10.000 por 5.000, el cesionario tiene pleno derecho para exigir del deudor los 10.000 íntegros. Desde este punto de vista, así como desde otros muchos, se diferencia la cesión de crédito de la subrogación, y, ello se debe principalmente a que la cesión de créditos es por lo regular un contrato oneroso y en cambio la subrogación se origina de un acto gratuito. Volviendo a la acción resolutoria, se deduce de lo dicho que no le es dable al subrogado ejercitarla en su favor, ya que bien puede acontecer que el subrogado, un fiador solidario v. gr., sólo tenga en mira al subrogarse y al establecer la mencionada acción, el alcanzar un lucro nacido del aumento de valor que haya adquirido la cosa sobre la cual debe recaer la acción resolutoria. Así las cosas, el subrogado recibiría más de

lo que dio, a fin de subrogarse, y esto en verdad no puede compaginarse con los principios que deben regir el pago con subrogación.

Esta razón que es sólo otro aspecto de la precedente en gran manera la avigora;

c) Puede alegarse también que la subrogación, dado su origen y fundamento, no tiene por objeto transmitir los derechos que se ejercen, cuando uno quiere dejar de ser acreedor, y, destruir el contrato que ha dado lugar al crédito; que la acción resolutoria tiene por fin en el supuesto de una venta la restitución del objeto vendido; que se obtiene así por ella una cosa muy distinta de la que el acreedor dio para subrogarse; y, en fin, que, según el origen mismo de la subrogación, ésta sólo tiene por objeto el que se le pague al subrogado aquéllo en que consiste el crédito.

Conclúyese, en consecuencia, que la acción resolutoria no compete al subrogado.

Los argumentos propuestos tienen, a las claras, firme fundamento, mas sea de ello lo que se quiera, parecen inconducentes en presencia del art. 1.670 del C. C. según el cual: «La subrogación tanto legal como convencional traspassa al nuevo acreedor todos los *derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, . . .*» sin que sea posible hallar, en parte alguna, distinción acerca de los derechos transmitidos.

De otro lado, cabe observarse que, la fuerza de los argumentos, ha poco presentados en contra de la tesis que sustento, no es tál que éstos no admitan reparo alguno.

Nótese, en efecto, por lo que hace a las dos primeras razones referidas que, aunque es posible que de la acción resolutoria se origine algún lucro para el subrogado que la ejerce, puede ello acontecer sólo *accidentalmente* y en raras ocasiones; para patentizar lo dicho basta parar mientes en la consideración de que, si la cosa a la cual debe referirse la acción resolutoria ha aumentado efectivamente de valor, no le será difícil al deudor, con la garantía de tal cosa, conseguir lo que le sea preciso, a fin de pagar lo que él adeuda.

Agréguese además que, si al subrogado no se le otorgara la acción resolutoria, no serían poco los casos

en que por tal motivo se harían absolutamente nugatorios sus derechos.

En orden al tercer argumento opuesto a la tesis aquí sustentada debe observarse que la acción resolutoria no tiende propiamente a destruir el primitivo contrato, sino antes bien, en virtud de la misma ficción legal de la subrogación, a darle cumplido efecto, supuesto que en todo contrato bilateral la condición resolutoria va envuelta, y debe, por tanto, de formar parte *de ellos*, (art. 1546 del C. C.)

Justo es notar, por último, que los principios hasta ahora defendidos acerca de la acción resolutoria no deben aplicarse en lo tocante a cierta clase de acciones, a la de rescisión por lesión enorme *v. gr.*

Son estos los motivos:

Es evidente desde luego que los arts. 1.666 y 1.670 del C. C. sólo hablan de los derechos que tiene el acreedor como tal, y nó de aquéllos que existen independientemente de todo crédito y que aún subsisten después de la extinción de éste, como la acción rescisoria por lesión enorme; de allí que ésta no sea relativa al cobro del crédito y no pueda extinguirse por el pago del mismo.

Esto, y la circunstancia de que nadie duda de que aunque al vendedor, *v. gr.*, como acreedor del precio se haya subrogado un tercero, tal vendedor no por eso pierde el derecho de pedir la rescisión de la venta por lesión enorme, de donde se deduce que si conserva dicho derecho mal puede haberlo transmitido al subrogado por el hecho mismo de la subrogación, son pruebas palpables de que merced a la subrogación, no adquiere el subrogado en su favor la acción rescisoria por lesión enorme.

Ni se crea que a esto sólo, dado que, si se admitiera que el subrogado puede ejercitar la acción rescisoria por lesión enorme, se desnaturalizarían por completo los fines a que tiende el pago con subrogación, siendo así que, en ese caso dicha acción propendería única y exclusivamente al enriquecimiento del subrogado a costa del deudor (arts. 1.947, 1.948 y siguientes del C.C), lo que en manera alguna puede compadecerse con los principios de equidad y de beneficencia que dieron origen a la ficción legal de la subrogación.

Medellín, Octubre; 1.912

VÍCTOR COCK.