

CÓMO EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

Gaudencio López Astaiza



**Sello
Editorial**
Unicomfauca



**CIENCIAS DE
LA GESTIÓN**



CÓMO EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

Gaudencio López Astaiza

Corporación Universitaria Comfacauca - Unicomfacauca
Grupo de Investigación Ciencias de la Gestión

Título:

CÓMO EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

© **Corporación Universitaria Comfacaucá - Unicomfacaucá, 2018**

© **Gaudencio López Astaiza, 2018**

ISBN:



Primera edición en español
Sello editorial Unicomfacaucá, [Octubre], 2018.

Editor general de Publicaciones: Ricardo Adrián González Muñoz

Diseño de la Serie: Sello editorial Unicomfacaucá

Rectora: Isabel Ramírez Mejía

Director de Investigaciones: Ricardo Adrián González Muñoz

Diagramación: Litografía San José

Corrección de estilo: Litografía San José

Diseño de carátula: Litografía San José

Dirección: Calle 4 # 8-30.

Popayán, Colombia.

Teléfono: 57+(2)8386000 Ext 148.

Sitio web: www.unicomfacaucá.edu.co

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado: electrónico, mecánico, fotocopia, etc., sin permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

*A mi Señor JEHOVÁ DIOS por darme la vida.
A JESÚS, el maestro, la guía, el camino, la verdad y la vida.
A mis amados hijos: Tanik, Peggy, Alejandro, Yohana Andrea y David Daniel.
A mis niet@s: Santiago, María Paula, Nicolás, Samuel, Mariájosé y Samuel Alejandro.
A Johanna Guzmán Pino.*

CONTENIDO

Presentación de la obra jurídica por el H. Magistrado del Tribunal Administrativo del Cauca, Dr. Naun Mirawal Muñoz Muñoz	9
Introducción	11
La extinción de las obligaciones civiles y comerciales.....	15
¿Qué es extinguir una obligación?.....	17
¿Cómo se designa técnicamente en la extinción de las obligaciones a quien recibe el pago y a quien lo hace?	17
¿Qué es pagar o solucionar un crédito?	18
¿Cómo define el Código Civil el pago?	18
¿Cuándo incurre en mora el deudor de una obligación?	20
¿Cuáles son las excusas ante la pretensión de cumplimiento?	21
¿Cómo se paga en las obligaciones de dar?.....	30
¿Cómo se paga en las obligaciones de hacer?.....	34
¿Cómo se cobran las obligaciones de no hacer?.....	36
¿Cuáles son los modos de extinción de las obligaciones?	38
¿Cuáles son los modos directos de extinción de las obligaciones?	38
¿Cuáles son los modos indirectos de extinción de las obligaciones?	39
¿Qué es el mutuo disenso o simple convención extintiva?	40
¿Qué se requiere para hacer efectivo el acuerdo del mutuo disenso?	40
¿Existen excepciones para extinguir las obligaciones por mutuo disenso?	41
¿La convención extintiva simple también se puede utilizar para extinguir obligaciones no nacidas de un contrato?.....	41
¿Cuál es el asidero legal para renunciar a los derechos individuales patrimoniales?	42
¿Se pueden extinguir parcialmente las obligaciones a través de la convención simple extintiva?	45
¿Se exigen causales para que las partes extingan sus obligaciones anticipadamente por la simple convención?.....	45
¿Cómo trata la H. Corte Suprema De Justicia el tema de la extinción presunta de la obligación por mutuo disenso?	46
¿Cuál es la conclusión acerca de la extinción de la obligación por convención extintiva?.....	47
La revocación unilateral del contrato	47
¿En la contratación estatal también existe este mecanismo de revocación directa y anticipada a la ejecución del objeto contractual?	57

Conceptos de entidades estatales sobre las facultades excepcionales del Estado frente a la ejecución de los contratos.....	57
La revocación unilateral en el código de comercio colombiano.....	60
¿Cuáles son las conclusiones a las cuales se llega con la revocación unilateral como modo de extinguir la obligación?	62
La declaración judicial de nulidad o rescisión del contrato.....	62
¿Quiénes están legitimados para demandar la nulidad del acto o contrato?.....	64
¿Existe presunción de legalidad del acto o contrato celebrado mediando una causal de nulidad?.....	64
¿Cuáles son las causales de nulidad más frecuentes en los negocios jurídicos?	65
¿Cuál es la ineficacia de los negocios jurídicos?	65
¿Cómo se denomina la acción que tiene el perjudicado con una causal de nulidad del negocio para hacer valer su derecho?.....	76
¿Cuáles son los términos de ley para accionar luego de la nulidad del acto o contrato?	76
¿Qué es el dolo del incapaz?	77
¿Qué es la declaración judicial de rescisión?	77
¿Qué es la de resciliación?	77
¿Qué es la declaración judicial de resolución del contrato?.....	78
¿Cuáles son las características y los requisitos para hacer efectiva o para el ejercicio de la acción de la condición resolutoria tácita?.....	78
¿Cuál la conclusión acerca de la aplicación de la condición resolutoria tácita?.....	80
¿Qué es la declaración judicial de revocación por prosperidad de la acción pauliana?	81
¿Qué es la acción pauliana?	81
¿Cuáles son las características propias de la acción pauliana?	84
¿Cuáles son los efectos de la revocación judicial o acción pauliana?.....	85
¿A quién aprovecha la revocatoria de los actos fraudulentos?.....	86
¿Cuál es la oportunidad para instaurar la acción?	86
¿Qué decide el juez en su fallo?	87
¿Cuál conclusión se puede obtener de esta revocatoria judicial por acción pauliana?....	88
¿Qué es la declaración judicial de revocación por acción de simulación?	89
¿Cuáles son las características de esta acción?.....	89
¿Cuáles son los efectos de la acción de revocación?.....	90
¿Cuál conclusión se puede obtener de esta revocatoria judicial por simulación?.....	92
¿Cuál es la oportunidad para instaurar la acción de revocación por simulación?	92
¿Cuáles son los vicios redhibitorios que dan lugar a la extinción de las obligaciones nacidas del contrato?	92
¿Cómo opera la extinción de las obligaciones nacidas del contrato de servidumbre y vicios redhibitorios como modo de extinción de la servidumbre?	93

¿Cómo opera la extinción de las obligaciones nacidas del contrato de compraventa y vicios redhibitorios?	94
¿Qué es el pacto comisorio como modo de extinguir las obligaciones?.....	96
¿Cuántas clases de pacto comisorio se conocen?	98
¿Cuál es término de prescripción del derecho en el pacto comisario?.....	99
¿Cuáles son las diferencias entre el pacto comisario simple y el calificado?	99
Diferencia entre condición resolutoria contractual y pacto comisorio	100
¿Qué es la transacción como modo de extinción de las obligaciones?	101
¿Qué se requiere para que el contrato de transacción sea válido?.....	101
¿Se puede rescindir el contrato de transacción?.....	102
¿Cuáles son los efectos principales de la transacción?	102
¿Cuáles son los efectos colaterales de la transacción?	103
¿Qué es la conciliación como modo de extinción de las obligaciones?.....	106
¿Cuáles son los requisitos de la conciliación?.....	107
¿Qué se requiere para que la conciliación sea válida?.....	107
¿Cuáles son las clases de conciliación?	107
¿Cuáles son los efectos de la diligencia de conciliación?	108
¿Cuáles son algunas características de la conciliación?.....	108
La prescripción liberatoria como modo de extinguir las obligaciones.....	111
¿Qué es la imposibilidad de ejecución o pérdida de la cosa debida como modo de extinción de las obligaciones?	117
¿Qué sucede con la obligación cuando el deudor esta en mora de entregar y el cuerpo cierto se destruye?	123
¿Si la cosa objeto de la obligación se pierde se extingue la obligación?	125
¿Qué es la acción subrogatoria y oblicua?.....	127
¿Qué sucede si la cosa se pierde durante la mora del acreedor?	128
¿Cuáles otras circunstancias constituyen pérdida de la cosa?	128
¿Desde cuándo se debe la indemnización por la mora del deudor?	129
¿Cómo se extingue la obligación de pagar el legado?	129
¿Qué sucede si el testador gravó con prenda o hipoteca el bien objeto del legado?	129
¿Qué sucede si se pierden las cosas debidas alternativamente?	129
¿Qué sucede si se pierden las cosas debidas facultativamente?.....	130
¿Qué sucede con los aumentos naturales en los bienes de la sociedad conyugal?	130
Extinción de la obligación por el evento de la condición resolutoria expresa o extintiva.	130
La no comparecencia del acreedor a recibir el pago, mora del acreedor y muerte del mismo.	132
¿Qué es el pago por consignación como modo de extinguir las obligaciones?.....	134
El plazo extintivo como modo contractual para extinguir las obligaciones civiles	

y comerciales.....	137
Muerte del deudor o del acreedor como modos de extinción de las obligaciones.....	141
El desistimiento tácito	144
La dación en pago como modo de extinción de las obligaciones	144
¿Qué es el pago puro y simple?	155
La causalidad del pago ¿Qué es?	156
¿Quién puede pagar por el deudor?	157
¿Qué sucede si el pago lo realizó una persona interesada en la solución de ese brete o crédito?	158
Si pagó el codeudor solidario y tiene interés en ese crédito.....	159
Pago hecho por codeudor de obligación indivisible	160
Pago por el fiador	162
El pago hecho por el asegurador	165
El pago lo hizo el titular del derecho de dominio del bien hipotecado o prendado (empeñado) para avalar el crédito.....	166
El pago realizado por el acreedor de grado inferior cuando existen varias hipotecas o prendas sobre el mismo bien.	167
¿Qué sucede con quien pagó sin conocimiento del deudor?.....	167
¿Qué sucede con quien pagó en contra de la voluntad del deudor?.....	168
Pago con conocimiento del deudor pero sin contrato de mandato	168
Pago realizado por los herederos del deudor	168
Pago realizado por los representantes legales y convencionales del deudor.....	170
¿A quién debe hacerse el pago?	171
¿Cuál es el lugar donde debe hacerse el pago de la obligación?	174
¿Cómo debe hacerse el pago de la obligación por el deudor?.....	175
¿Cómo se hace la imputación del pago realizado por el deudor?.....	177
¿Cuándo debe pagarse la obligación?.....	178
¿A cargo de quién están las expensas del pago?.....	178
¿Qué es el pago con cesión de bienes?.....	179
Continuación de los modos directos de extinguir las obligaciones	183
¿Qué es la novación como modo directo para extinguir las obligaciones?	183
¿Qué es la transacción como modo de extinguir las obligaciones?	186
¿Qué es la remisión como modo de extinguir las obligaciones?	189
¿Qué es la compensación como modo de extinguir las obligaciones?	191
¿Qué es la confusión como modo de extinguir las obligaciones?.....	199
Bibliografía	201

PRESENTACIÓN DE LA OBRA JURÍDICA POR EL H. MAGISTRADO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, Dr. NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

*“Intenta no volverte un hombre de éxito,
sino volverte un hombre de valor”*

Albert Einstein.

Inmerecidamente el Doctor Gaudencio López Astaiza me ha hecho el honor de presentar su libro titulado “Cómo extinguir las obligaciones civiles y comerciales”, y sé que solo lo hizo movido por la sincera amistad que nos une, la cual empezó cuando compartimos largas horas de estudio en el curso-concurso establecido por la Rama Judicial hace más de una década; amistad que se afianzó en nuestra experiencia como jueces administrativos, a la par que como docentes de pregrado y posgrado en diferentes universidades.

Fiel a su talante, el Doctor GALO, como cariñosamente le decimos, no deja las tareas inconclusas, a medio hacer, y por ello es que el presente libro perfectamente puede entenderse como un segundo tomo sobre el estudio de las obligaciones civiles y comerciales, puesto que ya escribió el libro titulado “Cómo constituir una obligación” en el año 2012, tal como el propio autor lo advertía desde esa época.

La experiencia del autor del libro, tanto en la rama Ejecutiva como Judicial, en esta última como juez, magistrado y abogado litigante, sus calidades de maestro del derecho, que comparte tanto en las aulas de clase como por fuera de ellas con sus estudiantes, le permiten producir este libro con carácter metodológico, claro, entendible y fundamentado, que sin lugar a dudas será de lectura obligada para los estudiosos del derecho.

Es de advertir que la forma sencilla como el autor estructura el contenido del libro para nada reduce el rigorismo, seriedad y fortaleza frente a cada uno de los temas que estudia, pues en ellos está plasmado el referente normativo, doctrinal, jurisprudencial y el aporte personal, aspectos que posibilitan al lector ubicarse perfectamente en cada uno de ellos, además de profundizar bien sea para compartir las posiciones adoptadas o controvertirlas.

Por el título de la obra podría pensarse que su aplicabilidad se enfoca solamente en materia del derecho privado, civil, comercial y de familia, sin embargo, el autor

con gran propiedad desarrolla aspectos relevantes y de gran utilidad en materia contencioso administrativa, como es la forma de extinguir obligaciones a través de la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; valiosa herramienta que debe ser apropiada de manera más contundente por los comités de conciliación de las entidades públicas y que, sin lugar a dudas, contribuye a atacar ese cáncer que padece esta jurisdicción, como es la congestión de procesos que conlleva a la mora en resolverlos.

Gracias al ser humano, al profesional abogado, al juez, al magistrado, al docente incansable de pregrado y posgrado, ya disfrutando de su merecida jubilación, por enseñarnos y compartir la pasión por el estudio del derecho, quien con sus libros ya trascendió más allá del tiempo finito y es un legado para sus hijos, familia y para la sociedad.

Así, los invito respetuosamente a leer esta importante obra.

Naun Mirawal Muñoz Muñoz
Popayán, junio 21 de 2018.

INTRODUCCIÓN

De nuevo, para gloria de mi señor Jehová del universo, presento este sencillo trabajo sobre “Cómo extinguir las obligaciones civiles y comerciales” a consideración de la comunidad universitaria y de los estudiosos del derecho, en especial, del derecho civil, con el fin de continuar sembrando en ellos y en discentes de las facultades de derecho, en las cuales he orientado esta materia, la inquietud por conocer algunas posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del tema de las obligaciones civiles y comerciales, en este caso, del cómo se extinguen de modo directo y de modo indirecto.

Lo cierto es que cuando las personas adquieren obligaciones o compromisos de tipo civil o comercial, lo hacen con el ánimo de satisfacer necesidades básicas o suntuarias para su diario vivir, e igualmente, con el ánimo de cumplir tales compromisos de modo puro y simple, bajo las modalidades del plazo o la condición, regentados por las normas del Código Civil colombiano, esto último se logra a través del pago como medio de extinguir tales obligaciones y de los demás modos contemplados por la ley civil y mercantil para tales efectos.

El trabajo que hoy presento es la continuación del primero que denominé “Cómo constituir una obligación” en el año 2012, el cual contiene una recopilación de temas de doctrinantes, del mismo Código Civil Colombiano, de otras normas jurídicas, de la jurisprudencia de altas cortes y de los conocimientos adquiridos a lo largo de 36 años de ejercicio profesional en diversas ramas del derecho como servidor público, ora como trabajador del sector privado, litigante, docente universitario, juez y magistrado. Este recorrido por diversas entidades públicas y privadas me ha dado la oportunidad de escribir mis experiencias y, a la vez, recopilar información necesaria para explicar un tema de gran relevancia como es la extinción de las obligaciones.

Debo aclarar que para respetar la originalidad de los trabajos citados en esta obra, los mismos han sido copiados tal y como aparecen en los medios de los cuales se extrajeron, por ello quizá los lectores observen algunos errores de ortografía, gramática y sintaxis.

He optado por continuar con el sistema de preguntas y respuestas utilizado en mi primer libro, retomando la idea de otros autores que así presentan sus trabajos, siendo una buena metodología y acertada estrategia pedagógica que facilita el estudio que del derecho obligacional pretendemos hacer. En este sentido, el documento se presenta como un taller, el cual revela las respuestas aproximadas al tema tratado, desde el punto de vista del docente y de otros estudiosos del derecho.

He decidido que sea la Corporación Universitaria Comfacaucá la institución universitaria que publique este trabajo, porque al ser invitado para orientar algunas cátedras en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pude percibir el horizonte que acompaña a esta Alma Máter en la enseñanza del Derecho, su organización, la calidad de personas que laboran allí, su respeto y dedicación a la carrera y su interés en formar abogados de la más alta calidad. Que sea la oportunidad para agradecer al Dr. Alexander Calle su generosidad al invitarme a participar en el nuevo proyecto de Unicomfacaucá.

Explico en mis clases que el acto jurídico del pago de las obligaciones contraídas es el mejor camino para extinguir el vínculo jurídico creado por las partes en el contrato, ya sea de corte comercial o civil, pero lo cierto es que las cosas no siempre son así de fáciles para extinguir la obligación, por cuanto habrá casos en los cuales, aunque se pague la deuda o el crédito, la obligación no se extingue, es decir, sigue vigente aunque en cabeza de otros actores dentro del conflicto, como sería el caso de la subrogación, legal o convencional, o la cesión de créditos para no ir más lejos.

Así las cosas, todos esos fenómenos, nacidos del acto jurídico del pago, requieren un especial estudio, especialmente porque en el art. 1625 del Código Civil colombiano obran solo algunos modos de extinguir esos compromisos, pero no todos aquellos que se pueden presentar en la práctica contractual. Es esto lo que nos ha motivado para, de una manera sencilla y didáctica, explicar los fenómenos que se pueden presentar con el cumplimiento de las obligaciones a efectos de extinguir definitivamente la obligación a favor del *accipiens* y a cargo del *solvens*.

Sé que se quedarán muchos temas, conceptos, doctrinas y jurisprudencias por fuera de la discusión, pero ello es involuntario, debido a lo extenso del tema tratado. Así, pretendo que este libro sea una elemental guía para quien quiera consultarlo y ahondar en el conocimiento de las obligaciones mercantiles y civiles para su extinción.

Cabe resaltar que este trabajo está dedicado a quienes han sido y son mis estudiantes o pupilos, como los denomino, de las facultades de derecho de las universidades Libre de Colombia, Cooperativa de Colombia, Escuela de Administración Pública ESAP, Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, Fundación Universitaria de Popayán, Corporación Universitaria Comfacaucá y en los posgrados de la Universidad del Cauca, Alma Máter en la cual me formé como profesional del Derecho y especialista.

Igualmente, quiero hacer especial dedicación y reconocimiento en esta publicación a Johanna Guzmán, quien decidió estudiar Derecho, lo que redundará en beneficio para nuestro hijo David Daniel y de varios familiares que en la actualidad adelantan igual proceso de formación, dedicando sus vidas a esta loable y noble profesión, accediendo finalmente al honroso título de abogado; ellos son, entre otros, mi hija

Yohana Andrea, mis sobrinos Julián Andrés, Raúl Orlando, Jessica Estefanía y Franco Ramiro Báez; mis primos Jorge Luis Patiño y Victoria Bojorge. Sería una excelente idea formar una organización de abogados, con el concurso de otros ya graduados como mis hijos Alejandro y Peggy, los primos Lilia Patricia Gómez, Fredy Astaiza y Adriana Isabella Collazos y mi sobrina Melissa Idrobo.

Una dedicación muy especial a mi gran y sincero amigo, el Magistrado Naun Mirawal Muñoz Muñoz, con quien compartí importantes experiencias en nuestras aspiraciones para acceder a los cargos de jueces y magistrados en la Rama Judicial.

Esperamos que el esfuerzo por recopilar una serie de conceptos, normas y jurisprudencia sea recompensado con la lectura del trabajo que hoy brindamos a quienes lo tengan en sus manos y deseen conocer el “Cómo extinguir las obligaciones civiles y comerciales”.

El Autor

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

Introducción al Estudio del Tema

De los temas más relevantes del derecho obligacional es el que tiene que ver con la extinción de los compromisos adquiridos por las partes contratantes en el ámbito de sus negocios jurídicos y de aquellos nacidos de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

Como los tratos o compromisos no son eternos, así algunos de ellos se pacten por largos periodos o “*hasta que la muerte los separe*” como es el caso del contrato matrimonial (art. 113 del C.C), lo más normal es que las partes involucradas, y sobre todo el deudor, sean los primeros interesados en extinguir tal obligación, pero buscando que ella sea total y *erga omnes*.

Ahora, lo cierto es que el acreedor siempre espera que su deudor le cumpla con lo prometido o comprometido, pues normalmente nadie se compromete para no cumplir y se espera que cumpla conforme a la ley del contrato, al contrato o a la convención (arts. 1.602, 1627, 1648, 1649 del C.C) y no de otro modo, debido a que las partes se obligan conforme al texto del acuerdo (art. 1609 del C.C), porque se trata de negocios jurídicos en los cuales prima el ejercicio de la libre voluntad.

Para el efecto, tanto la ley, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado del tema y hoy se conocen distintos y variados modos de extinción de las obligaciones según sus características, fuentes y convenios, los cuales estudiaremos detenidamente, haciendo referencia de los doctrinantes y de la misma ley como de la jurisprudencia aplicable a los casos.

Si el deudor quiere deshacerse definitivamente del vínculo jurídico¹ que le ata al acreedor, necesariamente tendrá un solo camino normal que es el pago de la obligación, pues no de otra manera se entiende que pueda romper tal laso si no es pagando la prestación debida, conforme al art. 1625 del C.C, a menos que, anormalmente, sucedan otras situaciones o aparezcan otras circunstancias que extingan esa obligación aunque no de modo definitivo para el deudor, como lo explicaremos más adelante en los casos de obligaciones naturales (art. 1527 del C.C).

El profesor Arturo Alessandri Rodríguez² en su libro “*Teoría de las obligaciones*” escribe que “*el acreedor se satisface en su derecho*” al tratar el tema de la extinción de la obligación.

1 LÓPEZ ASTAIZA, Gaudencio. *Cómo Constituir una Obligación*. Popayán: Editorial Uniautónoma, 2011.

2 Citado por el profesor Jorge Cubides C. en el libro *Obligaciones de la Editorial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Colombia*, p. 427.

El vínculo que se crea entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, dentro de una fuente de las obligaciones, es un vínculo en estricto sentido jurídico, porque liga al acreedor con el deudor, limitando a éste en provecho de otro. Es vínculo jurídico porque lo distingue de otro (moral, espiritual y familiar, por ejemplo); no permite al obligado romper arbitrariamente ni eludir la obligación. En el vínculo moral no hay órgano ni sanción.

El fundamento legal de la obligación civil lo encontramos en el art. 666 del C.C. “Art. 666: *Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas*”. Para el cumplimiento de la obligación el deudor da en prenda todos sus bienes, presentes y futuros y los pasados por efecto de la Acción de Simulación y Pauliana, como lo explicamos en nuestro texto “*Cómo constituir una obligación*”. (arts. 2488 y 2491 del C.C).

Recordemos que toda obligación debe satisfacer el interés racional del acreedor y por ello es que los compromisos deben ser racionales, obedecer a ciertos criterios, razonamientos y exigencias lógicos y además de posibles, en el sentido que se le facilite al deudor o a cualquier *solvens* (art. 1630 del C.C) cumplir con la prestación que espera el acreedor se le satisfaga.

En la actualidad es el patrimonio del deudor el que garantiza el cumplimiento de la obligación (art. 2488 del C.C) y no la persona en sí como ocurría en el derecho romano, porque estaba comprometida tanto su libertad personal como su vida.

Varios autores o doctrinantes, con el ánimo de facilitar el estudio de la extinción de las obligaciones, han clasificado tal fenómeno de diversas formas, por ejemplo, Guillermo Ospina Fernández en directos e indirectos; Cubides Camacho también abre esa clasificación en directos voluntarios, legales, judiciales e indirectos voluntarios, legales y judiciales. Otros los clasifican en generales y especiales, como los Hermanos Mazeaud, quienes dicen que algunos son comunes a todas las obligaciones y otros que solo tienen cabida en ciertas obligaciones.

Los franceses Planiol y Ripert los clasifican en cuatro categorías, “*por la voluntad de las partes, por la desaparición de algunos de los elementos de la obligación, por ejecución indirecta de la obligación y por la prescripción extintiva de la obligación*”.³

Nos parece que la clasificación del profesor Cubides Camacho es la más acertada y pedagógica para el entendimiento de este tema, el cual se torna en algunos casos incomprensivo, por ello trataremos de fusionarla con la de otros autores y con nuestra experiencia en la docencia y litigio, para que el discente tenga la oportunidad o la facilidad de comprender la problemática que se presenta en la extinción de las obligaciones.

3 CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, sexta edición, 2008.

Siguiendo la misma estrategia o metodología de mi libro “*Cómo constituir una obligación*” de preguntas y respuestas, trataremos en este trabajo de ser lo más claros y precisos, acudiendo a los tratadistas como el Dr. Fernando Hinestroza (q.e.p.d), brillante catedrático quien dedicó toda su vida al estudio del derecho; al Dr. Guillermo Ospina Fernández, al Dr. Jorge Cubides Camacho, al Dr. Antonio Bohórquez Orduz, al Dr. Robert Joseph Pothier, al Dr. Mario Baena Upegui, al Dr. Jorge Angarita Gómez, al Dr. Arturo Valencia Zea y a otros tantos clásicos del derecho civil.

¿Qué es Extinguir una Obligación?

Recordemos que cuando se celebra un contrato, cualquiera que él sea, civil, mercantil, administrativo, laboral etc., se crean vínculos de naturaleza jurídica entre las partes que comparecen a celebrar el mismo, vínculos que son jurídicos, porque jurídicas son sus consecuencias en caso del incumplimiento de las prestaciones, incluso, en caso de cumplimiento.

Cuando celebramos esa clase de contratos lo hacemos con el decidido ánimo de cumplir, es decir, de extinguir la obligación u obligaciones que hemos creado para así liberarnos del yugo que representa para el deudor ese acreedor, a quien hay que satisfacerle su interés legítimo como consecuencia del vínculo creado.

Entonces, extinguir la obligación es romper definitivamente y *erga omnes* ese vínculo que ata al deudor con su acreedor, vínculo que es de carácter personal y patrimonial, puesto que está de por medio no solo la responsabilidad personal del deudor sino su activo patrimonial, como lo señala el art. 2488 del C.C.

En este tema vemos cómo es de vital importancia para el deudor satisfacer plena y oportunamente el interés de su acreedor, porque de ello dependerán los efectos propios de las obligaciones, en especial todo aquello que tiene que ver con la mora, las ejecuciones forzosas, los cobros coactivos, embargos, secuestros, remates etc.

¿Cómo se designa técnicamente en la extinción de las obligaciones a quien recibe el pago y a quien lo hace?

A quien recibe el pago, ya sea directamente por ser el acreedor o porque tiene la facultad para hacerlo, se le llama “*el accipiens*”, y quien paga, ya sea el deudor principal o cualquiera otro, de conformidad con lo permitido por el art. 1630 del C.C se le llama “*el solvens*”, es decir, quien solventa el crédito, quien tiene el cómo extinguir la obligación, así sea que tenga o no interés en la deuda.

En el Diccionario Empresarial encontramos esta definición: “*Accipiens: En el derecho romano se designaba así a quien recibía el pago, a las personas que recibía aquello que constituía el objeto del contrato, o la propiedad; de manos de trandens, que se lo permitía. En el derecho actual representa al acreedor de la obligación, por oposición al solvens, que es el deudor*”

En la enciclopedia Jurídica, se lee: “*Accipiens: Palabra latina que designa la persona que recibe un pago; en general el accipiens suele ser el acreedor. El Solvens, en latín: persona que paga una obligación. Quien recibe lo pagado es el accipiens*”.

¿Qué es pagar o solucionar un crédito?

La palabra “pagar” tiene su origen en el latín “*pacare*”, que indica hacer la paz, tranquilizar, dejar en paz, sosegar, apaciguar, aplacar, calmar, pacificar, serenar, contener, aquietar. Igualmente, dar uno lo que debe, abonar, entregar, remunerar, satisfacer una deuda, un tributo.

La palabra “solución” dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa disolver, desatar, soltar y tiene sinonimia y complementariedad con la palabra pago, aunque ese diccionario no lo traduce precisamente así, pero habla de “*hallar solución a un asunto o a un negocio*”.

De todos modos “pagar”, para nuestro estudio, es la acción de desligarse de un compromiso adquirido previamente y con base, generalmente, en una fuente de las obligaciones, como lo es el negocio jurídico y más específicamente el contrato, ya sea éste bilateral o unilateral. También se podrá afirmar que cuando se cumplen obligaciones no nacidas de un acto jurídico sino de un hecho, como los delitos y los cuasidelitos, también surge el pago como la mejor solución a los efectos dañinos de la conducta ilícita o de las culpas. (Art. 90 de la Constitución Política, 63, 2341 a 2359 del C.C).

Ahora, el pago no solo debe entenderse como la solución a una obligación de dar una suma de dinero o de dar una cosa mueble o inmueble, sino a todas aquellas acciones o actos de la voluntad que sirven para romper el vínculo jurídico nacido entre acreedor y deudor, como por ejemplo en las obligaciones de hacer obras, estudios, confecciones, trabajos materiales e intelectuales, suscribir documentos o instrumentos públicos, tratamientos y muchos más, y no hacer, por ejemplo competencia leal, embarazos de la posesión, construcciones que perjudicarían al acreedor, interrupciones a las servidumbres, ruidos etc.

¿Cómo define el Código Civil el pago?

El art. 1626 del C.C define el pago como “*el pago efectivo es la prestación de lo que se debe*”.

En este sentido, parece fácil afirmar lo anterior y aparentemente no son complicados los efectos de ese pago, así como lo establece de modo sencillo la norma del Código Civil, pero en la práctica, esta figura tiene sus bemoles, que son precisamente a los cuales nos referiremos a lo largo de este trabajo, para una clara y precisa fundamentación de lo que se considera el pago como modo y medio para solucionar una deuda o crédito a cargo del sujeto pasivo o deudor.

En la doctrina encontramos algunos aportes acerca de lo que es el pago de las obligaciones, como es el caso del portal “Gerencie”, muy conocido en la web por sus aportes en el derecho y la contaduría, por ello transcribimos uno de sus muchos conceptos:

“¿Cuando se debe una obligación cómo y dónde debo pagarla según las normas del Código Civil?”⁴

El pago es un modo de extinguir las obligaciones que consiste en satisfacer la obligación que se debe dependiendo del tipo de obligación, es decir, ya sea de dar o hacer. Por ejemplo, Mario presta un dinero a Juan, es obligación de Juan cancelar el dinero a Mario en el tiempo estipulado por ellos, y surge la pregunta ¿Dónde debe hacerse el pago? El Código Civil resuelve este enigma en sus artículos 1645 y 1646, diciendo que el pago debe realizarse donde así lo hayan estipulado las partes, y cuando éste no haya sido estipulado, si se trata de un cuerpo cierto, en el lugar en que dicho cuerpo existía al momento de nacer la obligación, pero si es otro tipo de obligación el que debe pagarse el pago se hará en el domicilio del deudor.

Por otro lado ¿Cómo debe ser el pago? Esto también depende del tipo de obligación que se trate; si se trata de dar un cuerpo cierto, este debe ser entregado en un buen estado, so pena de rescindir el contrato si esta obligación nació por el o de que el acreedor de la misma pida indemnización de los perjuicios causados.

Además el pago debe ser completo, es decir, debe incluir intereses si se estipularon por las partes y las indemnizaciones correspondientes si las hay; a menos que las partes hayan acordado que el pago podía ser parcial.

Cuando se haya estipulado que el pago se realizará a plazos se entenderá que se divide en partes iguales a menos que las partes hayan estipulado otra cosa. Entonces como se anotó antes, el pago como modo de extinguir las obligaciones busca satisfacer la obligación por parte del deudor, de modo que ésta deje de existir; como también deja de existir para el acreedor el derecho a reclamar dicha obligación, pues este derecho al ser satisfecha la obligación desaparece.

Los gastos que ocasione realizar el pago al acreedor de la obligación estarán a cargo del deudor.

Formas de realizar el pago: Pago en efectivo: Cuando se debe una obligación dineraria es cancelar todo lo que se debe.

Pago por consignación: Se deposita la cosa que se debe en manos de una entidad encargada, cuando el acreedor rehúsa recibir el pago.

4 Apartado extraído del portal web www.gerencie.com/

Pago por subrogación: Cuando los derechos del acreedor se transmiten a un tercero que pagó la obligación

Pago por cesión de bienes: El deudor abandona voluntariamente sus bienes al acreedor cuando no se halla en estado de pagar la deuda.

Pago con beneficio de competencia: El deudor paga solo lo que puede y le queda para su subsistencia».

¿Cuándo incurre en mora el deudor de una obligación?

Para poder demandar a una persona por el incumplimiento de una obligación hay que establecer como primera medida cuándo el deudor ha incurrido en mora, pues mientras ello no suceda no se puede demandar.

El Código Civil en su art. 1608 nos dice en qué situaciones el deudor está en mora, estableciendo las siguientes:

Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora, es decir, si se estipuló en un contrato de compraventa que el comprador debía pagar el precio el 30 de marzo del año 2016 y éste no efectuó dicho pago en la fecha estipulada, en dicho caso se encontraría en mora.

Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla, en un contrato de compraventa se estipula que pasado un mes de la celebración del contrato el vendedor debía entregar el carro al comprador y no lo hizo, un ejemplo de no ejecución, en un contrato de confección de una obra se estipuló que ésta debía estar terminada en quince días y pasaron estos y el deudor no realizó la obra.

Por último, en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor, conforme a lo estipulado para el efecto por el art. 423 del Código General del Proceso G.P.C.

Cuando de obligaciones de hacer se trate, el acreedor tiene unas opciones interesantes que le otorga la ley civil, las cuales pueden optarse cuando el deudor se constituye en mora, dichas alternativas son las siguientes:

- Puede pedir que se apure o apremie al deudor para que ejecute el hecho convenido, por ejemplo, en el caso mencionado anteriormente del contrato de confección de una obra se debe apresurar al deudor para que realice la misma.
- También puede solicitar el acreedor que se le permita a un tercero ejecutar la obligación a costa del deudor.

- Y por último, puede pedir que se le indemnice por los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El acreedor solo puede escoger una de las alternativas mencionadas, pero siempre con indemnización de la mora, según lo establecido en el art. 1610 del C.C.

Es claro que la constitución en mora era requisito indispensable para proceder a solicitar por la vía judicial el cumplimiento de una obligación o de un contrato, pero el art. 423 del C.G.P estableció que con la notificación del auto de mandamiento ejecutivo de pago se constituía en mora a ese deudor.

Dos temas hemos propuesto al iniciar este trabajo, el primero sobre qué es el pago y segundo qué ocurre si el deudor de la obligación no paga oportunamente. Trataremos de explicar, paralelamente con el Código Civil Colombiano, los doctrinantes y algunas jurisprudencias, acerca de las implicaciones de la figura del pago de las obligaciones en términos generales para extinguir ese vínculo jurídico, el cual ata con coerción a los sujetos del contrato, acreedor y deudor.

¿Cuáles son las excusas ante la pretensión de cumplimiento?

El tratadista Jorge Cubides Camacho, en su ya obra citada, expone algunos casos o circunstancias alegadas por los deudores al momento de tener que cumplir con la obligación contraída por acto jurídico, hecho jurídico o por mandato legal. Como se trata de una buena y acertada recopilación, nos referimos a ella con algunos comentarios al margen como introducción a nuestro estudio⁵.

“I- Inexistencia de la obligación

Normalmente cuando el acreedor demanda a su deudor por el cumplimiento de una obligación o por su incumplimiento, éste alega principalmente o presenta y propone la excepción de fondo de inexistencia de la obligación, lo cual puede ocurrir por varios aspectos que van desde el pago total de ella hasta la presencia de nulidades del acto o contrato que le dio origen al vínculo creado entre ellos. Como afirma el profesor Cubillos, si la obligación no existe mal puede el deudor, como mal puede el presunto acreedor aspirar a su cumplimiento. Este mismo autor distingue cinco casos de inexistencia de la obligación a las cuales nos referiremos:

(i) Ausencia de un elemento esencial:

Como su nombre lo indica hay elementos que son de la esencia de la obligación civil, es decir, condiciones sin las cuales el vínculo no existe. Si falta uno de los sujetos o si el objeto no es posible, o no está determinado ni es determinable, o si, en fin, no puede deducirse la relación que une a los sujetos de modo tal que el sujeto activo pueda exigir la prestación y el pasivo deba cumplirla, no hay

⁵ CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*, sexta edición. Bogotá D.C.: Universidad Pontificia Bolivariana, 2008, pp. 387 - 395.

obligación civil, y por lo tanto no puede pretenderse que resulten efectos jurídicos”

Aquí podemos agregar que si la prestación es ininteligible o si es de aquellas condiciones imposibles no habrá obligación, o si se trata de obligación con objeto o causa ilícitos o si existen vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, la obligación es inexistente por carencia de los elementos esenciales de la obligación.

(ii) Inexistencia del acto o hecho jurídico que se alega como fuente

“...se trata ahora de la inexistencia de la fuente de la obligación, es decir, del acto jurídico o del hecho jurídico que tiene la propiedad de engendrarla.

Respecto del acto jurídico, la excusa del deudor supone que el acto carece de alguno de los elementos esenciales de existencia, cuales son la voluntad, el objeto y la forma idónea de expresar la voluntad. Si así ocurre no hay acto jurídico, por tanto no puede pretenderse que haya obligación.

Lo mismo se dirá del acto jurídico. Si se trata por ejemplo de un presunto hecho punible y no hay imputabilidad o no hay daño o no puede deducirse la relación de causalidad entre aquella y éste, pues simplemente no hay ilícito civil y, por tanto, no ha nacido virtualidad para obligar, pero tal hecho no está consagrado en la ley como generador de obligaciones o no produce efectos jurídicos, no existirá obligación alguna”.

Recordemos que conforme al art. 1501 del C.C en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degeneran en otro contrato diferente, como sería el caso de una donación disfrazada de compraventa, de una herencia disfrazada de donación o compraventa, de un arrendamiento disfrazado de comodato; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial como lo es la obligación de entregar materialmente la cosa en la compraventa, la tenencia de los arrendamientos, la gratuidad en los contratos de mutuo civil; y son accidentales u ocasionales, como nosotros le llamamos a un contrato, aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales, como son las obligaciones sometidas a modalidades como el plazo, la condición, la solidaridad, el cobro de intereses, etc.

En cuanto a los accidentales u ocasionales, como nosotros les llamamos, no se puede olvidar que para el caso de las obligaciones condicionales se deben pactar expresamente de modo claro, preciso y por escrito para efectos de la prueba porque las condiciones no se presumen. Igual ocurre con el pago de intereses de un capital como renta en los contratos de mutuo, bien se trate de mutuo civil en el cual no se presumen y deben tener pacto expreso a diferencia del mutuo comercial, en el cual si se presume que esos capitales devengan intereses o, por ejemplo,

en las obligaciones solidarias en el contrato civil y en el contrato comercial, en el primero no se presumen y requieren pacto expreso, mientras que en los segundos se presumen. Y continúa el tratadista:

(iii) Extinción de la obligación

La obligación es un vínculo esencialmente transitorio. La razón última de su ser es el cumplimiento y por virtud de éste se extingue. Desaparecida no habrá deudor, ni acreedor, ni objeto, ni vínculo. Si el acreedor pretende un nuevo cumplimiento el deudor tendrá la obvia excepción de haber cumplido.

El mismo efecto de extinción producen los demás modos que con el mismo carácter contempla el derecho, como novación, la compensación, la confusión, la condición resolutoria, el término extintivo, la prescripción, etc.

(iv) Condición suspensiva pendiente o fallida

Aunque podría clasificarse dentro del primero de los eventos planteados puesto que por virtud de la condición suspensiva el vínculo jurídico no tiene aún existencia, conviene separarlo por el germen del derecho que la condición suspensiva crea, germen que produce ciertos efectos como quedó visto con anterioridad a que se realice el hecho al cual las partes han supeditado al nacimiento de la obligación civil, no puede el acreedor condicional exigir al deudor condicional la prestación porque aún no existe el vínculo. Podrá a lo sumo solicitar algunas medidas conservatorias encaminadas a preservar la cosa que constituirá el objeto de la obligación si se realiza la condición.

Lo mismo se dirá de la condición fallida, es decir, de aquella que consiste en un hecho que de seguro no va a ocurrir. Si el hecho no va a tener existencia, no se realizará la condición y, por tanto, no habrá obligación alguna.

(vi) Error común

La doctrina y la jurisprudencia aceptan como excusa frente a la prestación de cumplimiento de una supuesta obligación el que haya habido, y desde luego pueda demostrarse, un error común que lleve a la convicción de que no existe vínculo. Si por tal error se piensa que no hay objeto en un acto jurídico o que no se produjo daño como consecuencia de un hecho imputable o se cree equivocadamente que falló la condición suspensiva, y todo ello se demuestra, que pueda asumirse que no hay obligación y, por tanto, no podrá extinguirse cumplimiento alguno.

Se señalan dos condiciones para que pueda hablarse de error común: En primer lugar que se trate de un error en que incurriría cualquier persona que estuviere en las mismas circunstancias del pretendido deudor, es decir, que tenga el error la característica de ser verdaderamente común; y en segundo lugar, que sea invencible, es decir, que no solo no se deba a culpa o negligencia del presunto

deudor sino que a pesar de haberse empleado la diligencia y la prudencia debidas no fue posible salir de la equivocación.

II Inexigibilidad de la obligación

Hemos identificado los siguientes casos en los cuales no puede exigirse el cumplimiento no obstante la existencia de la obligación correspondiente:

(i) Nulidad del acto jurídico que alega como fuente

Si al acto jurídico falta alguna condición de validez, como la capacidad de los agentes o la ausencia de lesión o la licitud del objeto, el deudor puede buscar la nulidad del acto cumpliendo al efecto los trámites y solemnidades que la ley exige.

Lejos de nosotros pretender que la sola sospecha de ineficacia que tenga el deudor es un motivo de inexigibilidad de la obligación. No se pone en duda que todo acto jurídico goza de la presunción de existencia y eficacia, por lo tanto, obliga a su cumplimiento. Sin embargo, si se inicia una acción de nulidad el deudor puede presentar como excusa la discusión propuesta.

Durante el tiempo del debate procesal de la nulidad el deudor dispondrá de la excusa de la inexigibilidad actual si el acto que se alega como fuente es declarado nulo se extinguirá cualquier obligación que de él pudo surgir, porque precisamente la consecuencia de la nulidad consiste en dar a las partes el derecho para “ser restituidas al mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el acto o contrato nulo”. Declarada la nulidad, la excusa del deudor técnicamente hablando es la inexistencia de la obligación. Si, al contrario, se declara la plena validez, es decir, no tuvo éxito la pretensión de nulidad, la obligación resultante debe cumplirse en forma inmediata. Sólo cabe esta excepción durante la época en que se analiza y debate la eficacia del acto.

(ii) Eventos o convenios de exoneración de responsabilidad

Las reglas generales indican que el deudor no responde si su incumplimiento se debe al caso fortuito, ni si tratándose de determinados contratos que benefician solamente al acreedor, el incumplimiento obedece a su culpa leve y levísima. Todo deudor, desde otro punto de vista, está obligado a responder si el incumplimiento se debe a dolo, a su culpa grave o a otra especie de culpa cuando se trata de contratos en que él es quién recibe los beneficios. Cuando el incumplimiento se deba a hechos que, conforme a las reglas de la responsabilidad, exoneran al deudor, queda éste dotado de la excusa o excepción frente a la pretensión del deudor.

Por otra parte, salvo los casos de dolo y de culpa grave en los cuales no cabe convenio alguno para variar la responsabilidad del deudor, en los otros es posible tal convenio. Así, el deudor que normalmente no responde de caso fortuito puede obligarse a responder por él, o el deudor que normalmente responde de culpa

leve puede convenir con su acreedor que en ciertos eventos no responda de dicha culpa. Si dentro de las circunstancias previstas en el convenio ocurre una causal de exoneración de responsabilidad, el deudor puede oponer al acreedor que pretende el pago la excepción de haber convenido la exoneración

(iii) Transmisión del crédito o la deuda

Tanto el derecho del acreedor como el deber del deudor pueden transmitirse en la forma y con los requisitos establecidos por la ley. Si se transmite el crédito sin el lleno de los requisitos, el presunto acreedor cesionario no puede exigir del deudor el pago; éste podrá alegar como excusa la falta de los requisitos de transmisión (como la notificación de la sesión por ejemplo) y mientras no se llene el requisito omitido la obligación será inexigible. Si se ha operado la asunción de la deuda por parte de un tercero, es decir, si alguien reemplazó al deudor con la obvia aquiescencia del acreedor, éste no puede pretender que el primitivo deudor le pague la obligación, de hacerlo cabe la excusa de la transmisión de la deuda. En este evento la obligación existe pero es inexigible al primitivo deudor.

(iv) Obligación natural

Es de la esencia de la obligación natural el no tener acción el acreedor para exigir su cumplimiento. Si pretende el pago el deudor puede oponer la excusa de ser natural su obligación.

En el término suspensivo la obligación existe, pero su cumplimiento se halla diferido o suspendido hasta cuando ocurra la fecha o el acontecimiento cierto. Si durante dicho termino el acreedor pretende el cumplimiento, el deudor podrá proponerle la excusa del plazo suspensivo

(v) Término o plazo suspensivo

En ocasiones el deudor no puede dar cumplimiento a la pretensión por causas legales ajenas a su voluntad, como serían entre otras, el embargo y el secuestro del crédito, la prohibición que puede recaer sobre el acreedor para administrar sus bienes, los procesos concursales (concordatario o liquidatario) del propio acreedor, etc. Si tal impedimento ocurriere el deudor puede oponerlo como excusa, configurándose una inexigibilidad transitoria hasta tanto la cobranza sea hecha por el secuestre, síndico o, en general, el administrador del crédito correspondiente.

(vi) Impedimento para el pago

“El art. 1684 del C.C enseña que el beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias y con cargo de devolución, cuando mejore su fortuna”

El deudor amparado por la competencia dispone de la excepción correspondiente frente a las pretensiones del acreedor, quién por lo demás está obligado a conceder el beneficio en los términos de la ley.

(vii) Beneficio de competencia

Si la existencia de la obligación es discutida en juicio o si proviene de una sentencia y uno u otra están afectados de alguna nulidad procesal, como la falta de competencia o de notificación, la ineptitud de la demanda, el deudor puede, luego de haber propuesto la nulidad correspondiente, excusarse del cumplimiento mientras se sanea el vicio procesal que la originó. Como ocurre en los casos de nulidad de actos jurídicos, no es que la sola sospecha del deudor sobre la existencia de la nulidad le dé la excusa, es preciso plantear jurisdiccionalmente el vicio y ser recibido el incidente o la demanda por el juzgador competente. Y ocurrirá como en el caso del acto jurídico: Si el proceso es anulado y de él se deriva la obligación, ésta no tendrá existencia; si es declarado válido el deudor deberá cumplir. Durante los términos de la discusión procesal cabe como excusa la inexigibilidad actual.

(viii) Pleito pendiente

En los casos en que se deba procesalmente la existencia de la obligación o su exigibilidad - ya no necesariamente por vicios que puedan significar nulidades - el deudor dispone durante el tiempo del proceso, de excepción frente a la pretensión de cumplimiento del acreedor. Es bueno advertir que para considerarse pendiente un pleito es preciso que haya sido admitida la demanda, trasladada al demandado y contestada por éste, pues sólo así puede entenderse trabada la relación jurídica procesal y, propiamente hablando, existente el pleito.

(ix) Beneficio de excusión

Como su propio nombre lo indica este beneficio da a ciertos deudores la posibilidad de excusarse frente a la pretensión de pago del acreedor. El beneficio se predica especialmente del fiador reconvenido, el cual como dice el art. 2383 del C.C «podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda”.

(x) Compromiso arbitral

Cuando los particulares celebran un pacto arbitral (clausula compromisoria o compromiso), en virtud del cual se obligan a someter las diferencias que surjan entre ellos en relación con un determinado contrato a la decisión de árbitros, renuncian por ese sólo hecho a la jurisdicción ordinaria. Por tanto, si se pretende acudir a esta jurisdicción para buscar la ejecución de obligaciones nacidas del contrato sujeto al pacto, el deudor dispone de la correspondiente excepción hasta tanto no se use la vía arbitral.

(xi) *Contrato no cumplido*

El art. 1609 del C.C consagra la exceptio non adimpleti contractus por virtud de la cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro por su parte no lo haga. Así, si uno de ellos pretende el cumplimiento sin que, por su parte, haya cumplido su prestación, el otro podrá oponerle esta excepción.

(xii) *Moratoria*

En ciertas actividades o como consecuencia de ciertos hechos, generalmente calamitosos, es posible que las autoridades se vean en la necesidad de decretar una moratoria en los pagos, es decir, de conferir a los deudores la atribución genérica de demorar el pago o la satisfacción de sus deudas, lo que podría alegarse por ellos frente a sus acreedores como una inexigibilidad actual de la obligación y, por ende, como una excusa o excepción de cumplimiento».

Adentrándonos en este tema de la extinción de las obligaciones, es preciso recordar que conforme al art. 1495 del C.C sus prestaciones son de dar, hacer y no hacer. No hay otro tipo de compromisos en el derecho. Esto nos constriñe a explicar también en qué consiste cada uno de éstos.

Precisamente, cuando estoy realizando este trabajo, alguien me participa por el Facebook un artículo sobre las obligaciones de dar, hacer y no hacer de un colega y, por considerarlo relevante como derecho y doctrina comparados, los transcribimos literalmente⁶:

“Siguiendo la doctrina del ilustre autor Eloy Maduro Luyando en su libro “Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, Tomo I”, entre las distintas formas del cumplimiento de las obligaciones, existen algunos caracteres y requisitos que deben ser observados. Estas condiciones que dependen del mecanismo de la obligación que se trate, reciben la denominación de: modos particulares de cumplimiento y se distinguen en las obligaciones de dar, hacer y no hacer que serán explicadas en el presente artículo. Esperamos sea de su agrado.

Obligaciones de dar, hacer y no hacer

Obligaciones de Dar – Concepto: Han sido definidas como: Aquellas que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho real, actividad designada por los romanos con la expresión “dare”, que es acogida plenamente por el Derecho Moderno.

Del concepto anterior queda en evidencia que este tipo de obligaciones tienen como finalidad básica la transmisión de los derechos reales (el de propiedad es

6 ALEJANDRO SARACHE GOITIA - Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Asistente en el Tribunal Primero del Municipio Caroní, sede Puerto Ordaz y coordinador académico en Handbook. 13 agosto, 2017

uno de ellos) a través de una relación contractual entre determinados sujetos de derecho, conforme al principio de la autonomía de la voluntad y respetando las normas jurídicas a tales efectos.

Requisitos que debe reunir el Deudor

Ahora bien, es necesario entender que el cumplimiento de una obligación de dar debe reunir determinadas condiciones: El deudor debe ser propietario de la cosa o titular del derecho que se transmite, tal situación significa que el deudor debe ser capaz de disponer del derecho que se transmite, ya que nadie puede ceder un derecho que no le pertenece.

El deudor debe tener capacidad: En efecto, no basta que sea titular del derecho que se va a transmitir; sino que se hace necesario también que tenga la suficiente capacidad jurídica para que el acto sea válido, ya que el derecho también protege a los incapaces ante situaciones de fraude en perjuicio de sus derechos.

A pesar de lo anterior, y entendido como regla general, existen casos en que el cumplimiento de una obligación de dar es válido aun cuando el deudor no sea el dueño ni el titular del derecho real sobre la cosa o no sea capaz de enajenarla. Ello ocurre cuando una obligación de dar tiene por objeto una suma de dinero o una cosa que se consume por el uso y el acreedor lo ha hecho de buena fe, como dispone el segundo párrafo del art. 1.285 del C.C.

...Sin embargo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla...

Por otro lado, cabe agregar que el modo de cumplimiento de las obligaciones de dar se encuentra consagrado en el art. 1.161 del Código eiusdem en los siguientes términos:

...En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado...

Obligaciones consecuenciales: Es necesario acotar que las obligaciones de dar llevan consigo otras obligaciones que perfeccionan su cumplimiento: prestaciones de hacer. En efecto, el art. 1.265 del Código eiusdem señala que la obligación de dar lleva consigo la de entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Dicha entrega y conservación son obligaciones de hacer provenientes de la obligación de dar y por ello se dice que en cierto modo completan su cumplimiento.

Casos de excepción: El cumplimiento de las obligaciones de dar por efecto del simple consentimiento no es de orden público y, por ende, acepta excepciones

como en el caso de las ventas con reserva de dominio, en donde la propiedad se transmite no con el consentimiento sino cuando el deudor pague la última cuota del precio del bien, como se observa del art. 1 de la Ley de Venta con Reserva de Dominio, en el caso de los bienes muebles. Asimismo, las partes pueden sujetar la transmisión del derecho de propiedad a una condición o término, pues insistimos no es materia de orden público.

Obligaciones de Hacer

Concepto: Son aquellas que consisten en la realización por parte del deudor de alguna actividad, conducta u prestación distinta a la transmisión de un derecho real. En ese orden, el legislador ha establecido de manera expresa las formas generales para el cumplimiento de las obligaciones de hacer.

Distintas formas de su cumplimiento:

Cumplimiento en especie: Se trata del cumplimiento de la obligación de hacer tal y como fue contraída y puede ser ejecutada de forma voluntaria. Dicho cumplimiento puede ser por el propio deudor o por un tercero (salvo las excepciones que establezca la ley).

Cumplimiento directo: Se trata del cumplimiento de la obligación de hacer por el propio deudor y por ende no es posible la intervención de un tercero para ello. Estamos en el caso por ejemplo de un contrato de obra, donde sean necesarias las aptitudes y cualidades del deudor para el cumplimiento de la obligación contraída.

Cumplimiento indirecto: Se da en caso de no ejecución de la obligación de hacer y, por ende, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor, conforme al art. 1.266 del Código eiusdem.

Cumplimiento por equivalente: Cuando no es posible el cumplimiento en especie, ni el cumplimiento directo de las obligaciones de hacer, procede el cumplimiento por equivalente, mediante el pago de daños y perjuicios compensatorios regido por los arts. 1.264 y 1.271 del Código eiusdem.

Obligaciones de No Hacer

Concepto y concepción jurídica: Han sido definidas como la abstención por parte del deudor de realizar alguna actividad, conducta o prestación determinada, es decir, la existencia de un acto prohibido hacia el deudor y cuya realización significa un incumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas. Tal situación significa que en este tipo de obligaciones no existe retardo en su cumplimiento, ya que desde el momento que el deudor ejecuta el acto prohibido ha incumplido con el contrato celebrado.

Diferencias fundamentales entre las obligaciones de dar, hacer y no hacer

Las obligaciones de dar significan la transmisión de un derecho real; las de hacer la realización de alguna actividad diferente a la transmisión de derechos reales y las de no hacer abstenerse de realizar alguna conducta.

En las obligaciones de dar y hacer se debe realizar alguna conducta para cumplir la obligación, mientras que en las de no hacer tiene que existir una abstención o acto prohibido que no puede ser realizado por el deudor. En las obligaciones de no hacer no existe retardo en su cumplimiento mientras que en las de dar y hacer si puede existir.

Con esto observamos entonces las diferencias claves que existen entre las obligaciones de dar, hacer y no hacer, ¿conoces otras diferencias? Coméntalas.

Conclusión

De todo lo anterior puede concluirse que en el enorme mundo de las obligaciones contractuales existen distintos modos de cumplir con ellas (obligaciones de dar, hacer y no hacer), ya sea a través de la transmisión de un derecho real (obligaciones de dar), la realización de alguna conducta u actividad (obligaciones de hacer) o la abstención de ejecutar una actividad (obligación de no hacer) en aras de que el deudor se libere de dichas obligaciones.

Cuando hablamos de las obligaciones de dar, debemos tener en cuenta que éstas tienen por objeto el traslado del derecho de dominio de un titular - deudor- a otra persona -el acreedor-. Se muta el dominio que estaba en cabeza del deudor por el hecho de éste cumplir con lo pactado en el contrato. Un claro ejemplo será la compraventa y la propiedad fiduciaria.

Estas obligaciones de dar también llevan consigo la obligación de entregar el bien para que sea completo el negocio. Bien puede suceder que el deudor haga titular del derecho de dominio al acreedor pero que no le haga entrega material de la cosa, como en aquellos casos cuando el negocio jurídico está sometido a solemnidades, como en los inmuebles y aquellos bienes muebles sujetos a cierta clase de registros, como son los automotores, las naves y aeronaves. Así, el nuevo titular carece de los derechos de uso y goce por el incumplimiento del deudor, lo cual acarrea responsabilidad de tipo contractual. En el caso de otros muebles con la sola entrega del bien queda satisfecha la obligación, claro está, presumiendo que se reunieron todos los demás requisitos de este tipo de prestaciones⁷.

¿Cómo se paga en las obligaciones de dar?

Las obligaciones de DAR son obligaciones positivas en razón al objeto de la prestación o por la razón de la naturaleza de la prestación.

Es preciso decir que para que el pago sea válido en esta clase de prestaciones, necesariamente deben cumplirse determinados requisitos, veamos:

⁷ Apartado extraído del sitio web <https://blog.handbook.es/obligaciones-de-dar-hacer-y-no-hacer/>

- El objeto de la prestación debe tener existencia cierta o al menos potencialmente. Esto quiere decir que aquellas cosas que al momento de la celebración del contrato no existen pero se espera que existan, si pueden ser objeto del negocio jurídico, caso típico de las cosechas, de los animales en vientre, de los prototipos, obras intelectuales etc.
- Ejemplo práctico de esta posibilidad lo encontramos en los arts. 1518 y 1869⁸.
- Las prestaciones tienen que estar determinadas de modo claro y preciso de tal forma que tanto el acreedor sepa a plenitud qué debe cobrar y el deudor sepa claramente qué debe pagar.
- Cuando hablamos de la determinación de la prestación estamos diciendo que el pacto de ella tiene que tener concreción, esto es, responder a una serie de interrogantes que le servirán a futuro para la identificación del objeto de la obligación. Por ejemplo: Qué se debe, qué se cobra, qué se paga, cuánto, cómo, dónde, quién se obliga, ante quién se obliga, etc. (Concordancia: 1539, 1870, 1871 del C.C).
- Ser comerciales, es decir, que se encuentren válidamente en el tráfico o comercialización de los bienes y servicios. (arts. 16, 1519 y 1521 del C.C, Ley 333 de 1996 sobre la extinción de dominio en Colombia)
- Quien paga debe tener la titularidad del derecho de dominio del bien con el cual paga (arts. 740 a 752 y 1633 del C.C) o, en su defecto, estar legalmente autorizado por dicho titular a través de un contrato de mandato (arts. 1505, 2142 del C.C).
- Se deben observar todas las solemnidades propias de cada negocio jurídico (art. 749 del C.C).
- El enajenante tiene que gozar de capacidad jurídica propia y completa (arts. 768, 1502 a 1504, 1740, 1741 del C.C).
- El pago debe ser voluntario, con conocimiento de causa (art. 742 del C.C).
- El pago tiene que estar exento de vicios del consentimiento como el error, la fuerza y el dolo (arts. 746 a 748, 1508 a 1516 del C.C).

8 Art. 1869. Venta de cosa futura. La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte.

Art. 1518. Requisitos de los objetos de las obligaciones. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Establece el art. 747 que: *“El error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato y, por otra, se tiene el ánimo de recibir a título de donación, es decir, cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo y por otra donación”*.

- Quien paga debe tener la libre administración de sus bienes. Este requisito obedece a que en algunos casos es fácil de saber si el solvens administra o no libremente sus bienes, como en el caso de los mayores de edad, pero si se tratare de aquellos interdictos por disipación de sus bienes es difícil encontrar la prueba, en razón de que ante los ojos de todo el mundo son personas normales y aptas para comprometerse y extinguir obligaciones (arts. 744 y 2158 del C.C).
- Que el adquirente acepte o consienta en la tradición. Aunque este requisito se puede convalidar (art. 743 del C.C).
- Ser el *accipiens* poseedor del crédito.
- Que el solvens pague de buena fe.

El art. 1605 del C.C establece que *“la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”*.

Ya hemos estudiado su desarrollo dentro de un campo normal, voluntario. Ahora conviene analizar las obligaciones bajo su aspecto de cumplimiento forzoso.

Las obligaciones positivas de dar y hacer y, en algunos casos, las de no hacer se pueden exigir ejecutivamente siempre que el título que las contiene preste mérito ejecutivo, según art. 422 del C.G.P.

“Art. 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y (actualmente) exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el art. 184”.

La palabra entre paréntesis y subrayada es ajena al texto original, para resaltar que no basta con que el título contenga una obligación clara, expresa y exigible sino que tiene que ser actualmente exigible. Es que si aún no llegó el plazo o no se cumplió la condición suspensiva no se podrá afirmar que la prestación se puede exigir coercitivamente hoy.

El cobro ejecutivo se rige por las normas de los arts. 423 a 442 del C.G.P y siguientes, entre otras.

La constitución en mora del deudor se cumple del modo más expedito por el mandato del art. 423 C.G.P:

“Requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito. La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación”.

Esta es una novedad en el C.G.P para constituir en mora al deudor; ahora, con la sola notificación del mandamiento de pago es suficiente para que se cumpla con tal requisito, operando igual para la cesión de créditos.

Si lo adeudado son sumas de dinero, el art. 424 del C.G.P establece que: *“Si la obligación es de pagar una cantidad líquida de dinero e intereses, la demanda podrá versar sobre aquella y estos, desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se efectúe.*

Entiéndase por cantidad líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas. Cuando se pidan intereses, y la tasa legal o convencional sea variable, no será necesario indicar el porcentaje de la misma”.

Si la obligación es de dar una especie mueble o bienes de género distinto de dinero, el demandante podrá pedir, conjuntamente con la entrega, que la ejecución se extienda a los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que la entrega se efectúe, para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, sino figura en el título ejecutivo (art. 426 del C.G.P).

Continúa la norma procesal indicando que lo que se debe dar son sumas de dinero, conforme al art. 431, se ordenará su pago en el término de cinco (5) días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda. Cuando se trate de obligaciones pactadas en moneda extranjera, cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará el mandamiento ejecutivo en la divisa acordada.

Cuando se trate de alimentos u otra prestación periódica, la orden de pago comprenderá además de las sumas vencidas, las que en lo sucesivo se causen y dispondrá que éstas se paguen dentro de los cinco (5) días siguientes al respectivo vencimiento.

Cuando se trate de obligación es de dar especie mueble o bienes de género distintos de dinero, se procederá así:

- 1) En el mandamiento ejecutivo el juez ordenará al demandado que entregue al demandante los bienes debidos en el lugar que se indique en el título o contrato, si ello fuere posible, o en caso contrario en la sede del juzgado, para lo cual señalará un plazo prudencial. Además, ordenará el pago de los perjuicios moratorios si en la demanda se hubieren pedido en debida forma.
- 2) Presentados los bienes, si el demandante no comparece o se niega a recibirlos sin formular objeción, el juez nombrará un secuestre a quien se le entregarán por cuenta de aquel y declarará cumplida la obligación; igual declaración hará cuando el demandante reciba los bienes. La ejecución proseguirá por los perjuicios moratorios, si fuere el caso.
- 3) Si el demandante comparece y en la diligencia objeta la calidad o naturaleza de los bienes, el juez decidirá inmediatamente, salvo que considere necesario un dictamen pericial, en cuyo caso se entregarán a un secuestre que allí mismo designará.

¿Cómo se paga en las obligaciones de hacer?

Normalmente, se paga en este tipo o clase de obligaciones ejecutando las obras comprometidas y acordadas entre los sujetos de la relación contractual, cumpliendo con todas las especificaciones propias de la clase de contrato del cual se trate o de las convenidas especiales, conforme a los requerimientos previos y aquellos que, por convención, se acuerden o pacten.

El art. 1610 del C.C trae la solución para el caso cuando el deudor no cumple con su obligación de hacer o se constituye en mora y le confiere al acreedor alguna de estas posibilidades u opciones para la satisfacción de sus necesidades, todas por vía judicial:

a) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. Es la más ingenua de las soluciones puesto que si ese deudor no cumplió voluntariamente dentro de los plazos o condiciones pactados, es difícil que lo haga con el solo requerimiento que le haga el juez que conoce el asunto.

b) Que se le autorice al acreedor mismo para ejecutar la obra por un tercero a expensas del deudor. En este caso se ingresa en igual situación del primer caso, puesto que todo depende de la solvencia del deudor, ya sea para realizar personalmente la obra o para que el tercero la ejecute en su nombre y bajo su responsabilidad, sobre todo para efectos del pago al final del contrato cuando éste se liquide.

También hay que distinguir, tratándose de solvencia del deudor, si efectivamente lo es cuando celebra el contrato y qué tanta estabilidad tiene esa solvencia porque ella puede ser aparente y diluirse durante la ejecución del contrato. Hay acreedores que se precaven frente a una posible mora o un posible incumplimiento

de su deudor con garantías que expiden las aseguradoras para cubrir tales riesgos, como sucede con la contratación estatal con la garantía única de la Ley 80 de 1993. Éstas son: Amparo de seriedad de la oferta, amparo de cumplimiento del contrato, amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, amparo de devolución de pagos anticipados, amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, amparo de estabilidad y calidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, amparo de calidad del servicio y amparo por la responsabilidad civil extracontractual por la ejecución de las obras.

c) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. Este camino es más viable, pues ha de entenderse que ese deudor definitivamente no cumplió ni se allanó a cumplir lo pactado en perjuicio de su acreedor, entonces no le queda más remedio a éste que demandar por los perjuicios ocasionados con la mora o con el incumplimiento, perjuicios que contendrán tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Es trascendente determinar si se trata de obligaciones de hacer fungibles o no fungibles por las siguientes razones:

a) obligaciones de hacer no fungibles o personalísimas: Son aquellas prestaciones que se pactan *“in tuitu personae”*, es decir, por la calidad del deudor, calidades o cualidades netamente personales y que ningún otro podrá cumplir así como lo exige el acreedor, como es el caso de los artistas, pintores, cantantes, cirujanos etc. En este caso no habrá lugar a imponer la coercibilidad para el cumplimiento de la obligación porque de nada serviría imprimir la fuerza a alguien que no ejecutará el objeto del contrato de buena gana o de buena fe. En este caso se acude a las alternativas que la misma ley confiere para que el acreedor sea indemnizado por tal incumplimiento.

b) Obligaciones de hacer fungibles: También se les llama obligaciones personales y su característica esencial es que otra persona de similar perfil puede ejecutar la prestación porque no requiere especialidades exigentes, por ejemplo, enlucir un apartamento, cortar el césped de la finca, hacer un cerco, hacer un traje, reparar un motor, etc. Este tipo de prestaciones se tienen coercibilidad y su ejecución se hace como lo indica el mismo C.C o el C.G.P.

Al contenido del art. 1610 del C.C recurrimos para la solución de este tipo de obligaciones como norma adjetiva, pero lo cierto es que el nuevo C.G.P también instituye el cómo se cobran forzosamente esta clase de prestaciones a saber:

“Art. 433. Si la obligación es de hacer se procederá así:

1. En el mandamiento ejecutivo el juez ordenará al deudor que se ejecute el hecho dentro del plazo prudencial que le señale y libraré ejecución por los perjuicios moratorios cuando se hubieren pedido en la demanda.

2. Ejecutado el hecho se citará a las partes para su reconocimiento. Si el demandante lo acepta, no concurre a la diligencia o no formula objeciones dentro de ella, se declarará cumplida la obligación; si las propone, se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo anterior.

3. Cuando no se cumpla la obligación de hacer en el término fijado en el mandamiento ejecutivo y no se hubiere pedido en subsidio el pago de perjuicios, el demandante podrá solicitar, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de dicho término, que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor; así se ordenará siempre que la obligación sea susceptible de esa forma de ejecución. Con este fin el ejecutante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez.

4. Los gastos que demande la ejecución los sufragará el deudor y si éste no lo hiciere los pagará el acreedor. La cuenta de gastos deberá presentarse con los comprobantes respectivos y una vez aprobada se extenderá la ejecución a su valor.

Art. 434. Cuando el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden, comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el art. 436. A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o, en su defecto, por el juez.

Quando la escritura pública o el documento que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutante o del ejecutado, según el caso. El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura (...)

Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro se requiere que éstos hayan sido secuestrados como medida previa”.

¿Cómo se cobran las obligaciones de no hacer?

Si la obligación es de no hacer y se ha probado la contravención, el juez ordenará al demandado la destrucción de lo hecho dentro de un plazo prudencial (plazo judicial) y librára ejecución por los perjuicios moratorios, si en la demanda se hubieren pedido (art. 435 del C.G.P).

Si el ejecutado considera que no es procedente la destrucción deberá proponer la respectiva excepción.

En caso de que el deudor no destruya oportunamente lo hecho, el juez ordenará su destrucción a expensas de aquel si el demandante lo pide y siempre que en subsidio no se hayan demandado perjuicios por el incumplimiento. Para este efecto podrá el juez requerir el auxilio de la fuerza pública y, en cuanto sea pertinente, aplicará lo dispuesto en el art. 433 del C.G.P.

El cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer, suscribir documentos y destruir lo hecho, no podrá llevarse a efecto sino una vez ejecutoriada la providencia que ordene seguir adelante la ejecución, esto de conformidad con el art. 436 del C.G.P.

Esta clase de obligaciones tienen la característica o particularidad que, a diario, continuamente se están pagando cuando el deudor se abstiene de ejecutar la conducta a la cual se ha comprometido omitir. Ese pago para que sea efectivo y se pueda tener como tal tiene que ser total y permanente mientras el contrato esté vigente, porque cualquier embarazo que se presente dentro de la ejecución del mismo, da al traste con la pretensión. Es decir, este tipo de prestaciones no se puede cumplir por partes o cuotas como si sucede en las obligaciones de dar y hacer.

El art. 1612 frente al incumplimiento de la obligación de no hacer trae como solución la de que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho, cuando se trata de no construir una obra por ejemplo.

Ahora, pudiendo destruir la cosa hecha y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella o autorizado el acreedor para que la lleve a efectos a expensas del deudor.

Aquí, igualmente, es aplicable el comentario hecho por el incumplimiento en las obligaciones de hacer antes vista, pues todo dependerá de la voluntad del deudor y de su solvencia para que salga a responder por el cumplimiento de la prestación omisiva a su cargo.

Si el ejecutado considera que no es procedente la destrucción deberá proponer la respectiva excepción.

En caso de que el deudor no destruya oportunamente lo hecho, el juez ordenará su destrucción a expensas de aquel, si el demandante lo pide y siempre que en subsidio no se hayan demandado perjuicios por el incumplimiento. Para este efecto podrá el juez requerir el auxilio de la fuerza pública⁹.

9 Conc.: arts. 1612 a 1615; L. 222/95, art. 101.

En cuanto a la causación, valoración y cobro de perjuicios nos remitimos, inicialmente, a lo contemplado para tal efecto por los arts. 1613 a 1617 del C.C.¹⁰.

¿Cuáles son los modos de extinción de las obligaciones?

Encontramos aquellos modos que atacan la fuente de la obligación, es decir, los modos indirectos y aquellos que atacan propiamente la prestación, los directos¹¹.

No olvidemos que el interés primario de cualquier deudor es destruir ese vínculo jurídico que lo ata con coercibilidad a su acreedor o acreedores y ello se logra solamente mediante el pago de la obligación o cuando suceden hechos que imposibilitan tal cumplimiento¹².

¿Cuáles son los modos directos de extinción de las obligaciones?

El art. 1625 del C.C. establece unos modos de extinción de las obligaciones de modo general, pero olvidó el maestro Andrés Bello incluir otros que, de un modo u otro, terminan con el vínculo jurídico, modos anormales de extinción, pero al fin y al cabo extinguen el vínculo jurídico, desinteresando al acreedor y liberando al deudor, con las consecuencias que en cada caso estudiaremos.

La norma en cita establece de modo general los modos directos e indirectos así:

*“Art. 1625. Modos de extinción. Toda obligación puede extinguirse por una convención (***) en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula¹³ (SIC).*

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1. Por la solución o pago efectivo.

10 Art. 1613. Indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Art. 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento.

Art. 1615. Causación de perjuicios. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Art. 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

11 Recordemos que las fuentes de las obligaciones son el acto jurídico, los hechos con consecuencias jurídicas y la ley (art. 1494 del C.C.).

12 Art. 822 C.Co. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

13 Esto no es del todo cierto porque solo el juez puede declarar la nulidad de un contrato, las partes de común acuerdo y a través de ello pueden dar por terminado ese compromiso (***)

2. *Por la novación.*
3. *Por la transacción.*
4. *Por la remisión.*
5. *Por la compensación.*
6. *Por la confusión.*
7. *Por la pérdida de la cosa que se debe (*).*
8. *Por la declaración de nulidad o por la rescisión (*).*
9. *Por el evento de la condición resolutoria (*).*
10. *Por la prescripción (*)¹⁴.*

¿Cuáles son los modos indirectos de extinción de las obligaciones?

Anotamos que este listado es apenas un acercamiento tentativo al tema, pues pueden existir otros modos por lo recursivos que son los contratantes al momento de solucionar sus problemas, nacidos por la necesidad de cumplir sus obligaciones. Veamos éstos:

1. El mutuo disenso o simple convención extintiva.
2. La revocación unilateral del contrato.
3. La declaración judicial de nulidad o rescisión del contrato.
4. La declaración judicial de resolución del contrato.
5. La declaración judicial de revocación por acción Pauliana.
6. La declaración judicial de revocación por acción de simulación.
7. El pacto comisorio
8. La transacción.
9. La conciliación.
10. La prescripción liberatoria.
11. La imposibilidad de ejecución o pérdida de la cosa debida.
12. Por el evento de la condición resolutoria.

¹⁴ (*) son modos indirectos.

- 13. La no comparecencia del acreedor.
- 14. El plazo extintivo
- 15. Muerte del deudor o del acreedor.
- 16. La condición resolutoria expresa o extintiva.
- 17. El desistimiento tácito.
- 18. La dación en pago.
- 19. Pago por consignación

¿Qué es el mutuo disenso o simple convención extintiva?

Se fundamenta esta causal de extinción de las obligaciones en el postulado de autonomía de la voluntad de las partes contratantes para decidir sobre la suerte de sus negocios jurídicos, es decir, cuando se comprometen y cuando terminan tal compromiso y del modo como mejor resulte para ellas, en defensa de sus intereses, sobre todo de tipo económico.

El art. 1602 del C.C establece que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

La nota discordante de esta norma es que no es del todo cierto que las partes puedan “invalidar” el contrato por causas legales, puesto que esa misión y competencia está perfectamente reservada para los jueces (C.G.P o Ley 1564 de 2012),¹⁵ lo que si pueden hacer las partes es ponerse de acuerdo para terminar anticipadamente el contrato celebrado, renunciar a las prestaciones mutuas y, de común acuerdo, extinguir las obligaciones contraídas, sin que sea necesario esperar el plazo final o condición establecidos en el acuerdo negocial.

Ahora, lo que nos interesa es saber y reafirmar que así como las partes de mutuo consentimiento se ponen de acuerdo para comprometerse, también, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tranquilamente pueden deshacer ese compromiso por mutuo disenso.

¿Qué se requiere para hacer efectivo el acuerdo del mutuo disenso?

Definitivamente las partes que decidan acudir a este modo de extinción de sus obligaciones, para eliminar su vínculo, deben pactarlo expresa y previamente a través de una convención, recordando que ella es el instrumento jurídico para modificar, aclarar o extinguir las obligaciones civiles y comerciales. El código de

¹⁵ En todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de la celebración – CSJ, SCC, MP Dr. Rafael Romero Sierra, Sentencia del 7 de junio de 1994, expediente 4201.

comercio contempla la posibilidad de que con la convención también se puedan crear obligaciones en su art. 864.¹⁶

Si se revoca todo el compromiso estaremos frente a un modo indirecto para extinguir la obligación, pero si solo se extingue una o varias obligaciones del contrato se estará ante un modo directo de extinción, porque lo más seguro es que las partes vayan hasta el final del acuerdo, ya sea de modo simple, que es muy difícil, o con las modalidades del plazo o de la condición. A este modo de extinción se le llama también “distracto”. En el derecho francés a esta figura se le llama “resiliación o resciliación”.

Los efectos del acuerdo son *ex nunc*, sin efecto hacia el futuro, y *ex tunc*, hacia el pasado o sin efecto lo ya producido, en lo que tiene que ver con las restituciones mutuas.

¿Existen excepciones para extinguir las obligaciones por mutuo disenso?

La simple convención extintiva no tiene aplicación y operancia para aquellos actos jurídicos adquiridos en lasos diferentes de los contratos civiles o comerciales y son aquellos que tienen que ver con el estado civil de las personas, pues no se pueden extinguir las obligaciones de ellos nacidas por tratarse de situaciones emergidas de la ley, relativas al orden público social como lo es el mismo contrato matrimonial (art. 113 del C.C),¹⁷ la legitimación (arts. 236 a 249 del C.C), las capitulaciones matrimoniales (arts. 1771 a 1780 del C.C), los alimentos (art. 411 del C.C), pues ellos están fuera del comercio y, por lo tanto, no se pueden extinguir por convención extintiva, no son objeto de negociación, debido a que están viciados de nulidad estos acuerdos por objeto ilícito (arts. 16, 1521 ordinal 2 del C.C, 594 del C.G.P)¹⁸.

Aquí también entran aquellos derechos de las personas que tienen la naturaleza jurídica de irrenunciables e indiscutibles como es el caso de los derechos laborales.

¿La convención extintiva simple¹⁹ también se puede utilizar para extinguir obligaciones no nacidas de un contrato?

Este mecanismo también se puede utilizar para extinguir las obligaciones nacidas de los delitos o de las culpas, pues aunque son compromisos que no nacieron del mutuo consentimiento, si es viable que quienes están involucrados en una situación

16 El contrato en general - Art. 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (...)

17 El art. 154 del C.C establece la posibilidad de solicitar el divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por mutuo consentimiento.

18 Art.1521. Enajenaciones con objeto ilícito. Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1. De las cosas que no están en el comercio; 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

Art. 16. Derogatoria normativa por convenio. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

19 Término acuñado por el tratadista Guillermo Ospina Fernández.

de un crédito insoluto por, o de un hecho de uno de ellos, en ocasiones ilícito, en otras, resultado de una culpa como es el caso de las actividades peligrosas en las cuales se presume la culpa (arts. 66 y 2341 a 2359 del C.C), nada impide que las partes lleguen a un acuerdo y extingan esa obligación, pues se trata de consecuencias de tipo patrimonial viables de extinguir, si ellas tienen conciencia de lo que hacen y acuerdan romper ese vínculo que les unió sin que mediara o concurriera su voluntad.

Lo que no se puede negociar es lo pertinente a la pena privativa de la libertad cuando exista de por medio una investigación o causa criminal, pues la acción penal está en monopolio del Estado. Esto es diferente a aquello que en derecho penal se denomina “*negociación de la pena por parte del delincuente y de la Fiscalía General de la Nación*”, que tiene que ver con prerrogativas establecidas en la ley procedimental penal para aquellos indiciados que colaboren con la administración de justicia y confiesen los delitos. Esto, particularmente, creo que es una alcahuetería y un buen negocio para la delincuencia que maneja al dedillo estos asuntos, los cuales solo producen impunidad.

¿Cuál es el asidero legal para renunciar a los derechos individuales patrimoniales?

El art. 15 del C.C establece, o mejor, permite a las personas renunciar a sus derechos de contenido económico, así como se lee en la norma:

“Art.15. Renunciabilidad de los derechos. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

Si vamos a la práctica, renunciar a un derecho es como abandonar el interés jurídico que se tenga sobre él y no accionar para exigir su cumplimiento. Esto es válido pero como lo advertimos, que solo se trate de derechos renunciables y discutibles de carácter patrimonial. El aforismo nos enseña que sin interés no hay acción.

En la Enciclopedia Jurídica, publicada en la web, leemos que la renuncia de derechos es:

“Declaración de voluntad de un individuo por la cual manifiesta su intención de desprenderse de un derecho. Es admitida en nuestro ordenamiento siempre que no sea contraria al interés, o al orden público, ni perjudique a terceros. C.C, art. 6.2.

Los efectos de la norma legal pueden ser anulados a base de renunciar al derecho concedido por aquella. Los derechos renunciables son siempre subjetivos, puesto que no cabe la renuncia al derecho objetivo o norma jurídica. Sólo cabe la exclusión voluntaria de la ley cuando se trata de ley dispositiva y no cabe, en absoluto,

cuando se trata de ley imperativa. Los derechos subjetivos, para ser renunciados eficazmente, deben ser derechos ya existentes, es decir, ha de haberse producido la atribución de la facultad a un sujeto. No caben, pues, las renunciaciones anticipadas de derecho. Por otra parte, la renuncia a un derecho subjetivo no puede contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros. Toda renuncia de derechos debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca. Por último, la ley prevé que determinadas facultades son derechos irrenunciables; así, por ejemplo, es irrenunciable la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo en que incurra el deudor de una relación obligatoria. C.C, arts. 6 y 1.102”.

La misma enciclopedia también explica la figura de la renuncia en los siguientes términos²⁰:

“Renuncia [DPro]: Terminación anormal de un proceso por el que una parte manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, renunciando al derecho material que la apoya, es decir, que, posteriormente, no puede volver a entablar idéntico pleito.

LECiv, arts. 19, 20, 25.

Desistimiento: Terminación anormal del proceso.

(Derecho Civil) Acto por el cual una persona hace abandono de un derecho, especialmente de un derecho sobre un bien (por ejemplo renuncia a una sucesión).

Es una de las formas anormales de terminarse un proceso. Es la declaración de voluntad de uno de los litigantes en el sentido de abandonar el derecho que sirve de base a su pretensión procesal, si es demandante o a su oposición, si es demandado. Abandonado el derecho sobre el que se fundamentaba su posición de litigante, decae la pretensión u oposición. No es preciso que la renuncia sea aceptada por el contrario. El tribunal, una vez se haya ratificado el renunciante, dictará sentencia absolviendo al demandado, si renunció el actor; y estimando la pretensión de demandante, si renunció el demandado, salvo que hayan otros motivos para desestimar la demanda. La pretensión u oposición renunciada no podrá reproducirse en otro proceso ulterior. Si la renuncia afecta solo parcialmente al derecho en que se apoya la pretensión o la oposición el proceso seguirá su curso, si bien lo hará simplificado.

Código civil, art. 6. Ley de Enjuiciamiento civil, art. 9.

Es un modo de extinción de derecho consistente en un acto jurídico por el cual se hace abandono o abdicación de un derecho propio, en favor de otro.

El concepto de renuncia puede tener un alcance amplio o restringido.

20

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/renuncia/renuncia.htm>

Por renuncia en su alcance amplio se entiende el acto jurídico por el cual alguien se desprende de un derecho propio, cualquiera sea la índole de éste, se trate de un derecho creditorio, real o intelectual. Es un abandono o abdicación que el titular del derecho realiza con respecto a cualquier prerrogativa suya, incluso la misma titularidad del derecho de que se trate, lo que siempre le está permitido efectuar cuando la facultad renunciada, siendo separable de la persona del renunciante, le ha sido concedida en su interés particular.

Contrariamente, no cabe la renuncia a un atributo de la personalidad, como el nombre o el estado de la persona, porque no se concibe que el sujeto pueda desprenderse de calidades que hacen a su misma esencia de tal.

Tampoco cuadra la renuncia con relación a facultades que implican derechos de la personalidad, como el derecho a la vida, a la salud o el derecho moral de autor; o con respecto a derechos que le han sido conferidos al sujeto, atendiendo a exigencias de interés general y para que él pueda cumplir deberes impuestos por ese mismo interés social, como la patria potestad.

En un sentido restringido la renuncia es el acto jurídico por el cual el acreedor se despoja de alguna facultad relativa a su crédito, pero manteniendo su carácter de acreedor, por ejemplo, cuando admite la purga de la mora del deudor, concediéndole un nuevo plazo para el pago, lo que significa renunciar a la posibilidad de hacer valer ese estado de mora, para resolver la obligación o bien para cancelar los futuros plazos de que pudiere gozar el deudor.

En este sentido, también el deudor puede renunciar a un derecho propio de él, por ejemplo, cuando hace un pago antes del vencimiento del respectivo plazo. La renuncia puede ser gratuita u onerosa; en el primer caso se trata de una liberalidad; en el segundo, la renuncia se hace a cambio de algo que ofrece o da el otro contratante. También puede hacerse por actos entre vivos (vale decir, por contrato o por declaración unilateral de voluntad), o por acto de última voluntad (esto es, por testamento).

La renuncia tiene los siguientes caracteres:

a) Puede ser un acto unilateral o bilateral. Es indiscutiblemente unilateral si ha sido hecha por testamento; es evidentemente bilateral si es onerosa.

Pero se discute si la renuncia gratuita por actos entre vivos tiene uno u otro carácter. En efecto, algunos sostienen que para que la renuncia quede perfeccionada es indispensable la aceptación del beneficiario (Salvat, Giorgi, Baudry lacantinerie, Aubry y Rau). Otros opinan, en cambio, que se trata de un acto unilateral (Borda, Lafaille, Colmo) porque no requiere aceptación del beneficiario.

Y, desde luego, si la cuestión puede ser dudosa en materia de obligaciones, no cabe duda de que la renuncia de un derecho real no exige aceptación de nadie.

b) No está sujeta a formalidades.

c) La renuncia es de interpretación restrictiva.

Dejación voluntaria de algo, sin asignación de destino ulterior ni de persona que haya de suceder en el derecho o función. | Abandono. | Dimisión. | Despido resuelto por el propio trabajador. | Rechazamiento o negativa ante una propuesta, ofrecimiento o petición. | Desprecio. | Documento en que consta la renuncia de un cargo o empleo. | Sacrificio de una aspiración | Desistimiento en un empeño. | Abdicación. | De las leyes. Facultad autorizada o tolerada antiguamente para desentenderse de los preceptos del legislador en las leyes prohibitivas o imperativas. En la actualidad, no cabe tal cosa, que entrañaría actitud nula e incluso punible en ciertos casos”.

¿Se pueden extinguir parcialmente las obligaciones a través de la convención simple extintiva?

Es perfectamente posible que las partes acepten o acuerden extinguir parcialmente los compromisos adquiridos y continuar con otras prestaciones nacidas del contrato hasta cuando las mismas se extingan por un modo directo o, por qué no, por este mismo modo en aquello que aún queda pendiente.

Hoy por hoy, encontramos este tipo de solución de las obligaciones en aquellas nacidas de los contratos de mutuo respaldados con una prenda sin tenencia del acreedor, por ejemplo en aquellos créditos otorgados por los bancos y financieras para adquisición de vehículos u otros bienes y servicios, en los cuales se pacta que el deudor podrá hacer abonos a capital antes del vencimiento del plazo, sin pagar una multa por incumplimiento del contrato, la ley 1555 de 2012²¹ creó esta posibilidad. El acuerdo está en que se le permita a ese deudor después de determinado tiempo, por ejemplo un año, hacer tales abonos a capital cuando éste sea mayor a 880 smmlv²². La simple convención extintiva está en ese aspecto, no respetar el pacto de no pagar antes del vencimiento del plazo acordado en el contrato.

¿Se exigen causales para que las partes extingan sus obligaciones anticipadamente por la simple convención?

Es preciso apuntar que siempre que las partes opten por dar por terminada la relación contractual o el vínculo jurídico que les une, existe, por lo menos subjetivamente un motivo, una causa para hacerla. Recordemos que causa es el móvil

21 Nota: Publicada en el Diario Oficial 48486 de julio 9 de 2012.

22 Para 2017 el salario mínimo legal vigente mensual está en \$717.737

que mueve a las personas a actuar de determinado modo²³, y el art. 1524 expresa que causa es “el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral tiene una causa ilícita”.

Así las cosas, no importa cuál sea la causa, justa o legal que tengan las partes para ejercer su derecho a renunciar a aquellas prestaciones que lo son sin problema a futuro y, mientras no haya mala fe o fraude como el Pauliano, esa extinción por convención es perfectamente válida.

¿Cómo trata la H. Corte Suprema De Justicia el tema de la extinción presunta de la obligación por mutuo disenso?

Parece ser que en aquellos casos de contratos de promesa de compraventa, cuando las partes no se ponen de acuerdo para allanarse a cumplir con lo convenido, es decir, ninguna de ellas se atreve a dar el primer paso para cumplir con lo prometido, la Corte Suprema de Justicia ha estimado que se está frente a un desistimiento tácito, y ello es saludable porque las obligaciones no se pueden mantener por siempre en estado de indecisión, por las mismas consecuencias que ello genera para la vida de los negocios, entonces, saludable es que se entienda que esa posición absurda y omisiva de las partes se tome como la extinción tácita²⁴. Sin embargo, en sentencia posterior, el 5 de noviembre de 1979, rectificó tal posición²⁵ y dijo que no siempre la posición omisiva de las partes iba a constituir desistimiento tácito bilateral y así ordenó o mantuvo la disolución del contrato pero por incumplimiento mutuo de las partes.

Luego, en el año 1994, ratificando lo dicho en 1978, afirmó que “el mero incumplimiento de las partes no es prueba inequívoca de que las partes ya no desean el contrato, se requiere prueba contundente”.

En el año 2000 la Corte estableció que a la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso o distracto contractual que deriva de lo dispuesto en los arts. 1602 y 1625 del C.C, el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para prescindir del mismo y dejarlos sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido, caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anotar su fuerza obligatoria, evento en que el mutuo disenso es tácito²⁶...

23 López Astaiza, Gaudencio. Obra citada.

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de casación de 23 de septiembre de 1974, CXLVIII-246

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de casación de 29 noviembre de 1978, CLVIII-298 -

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de Casación de 7 de marzo de 2000, exp. 5319

¿Cuál es la conclusión acerca de la extinción de la obligación por convención extintiva?

Este modo es un verdadero contrato entre las partes o mejor una verdadera convención, no es un simple retracto o retiro del acuerdo obligacional y tal convenio debe reunir todos los requisitos propios de todo contrato en cuanto a capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos para que tenga plena validez y sea oponible a terceros (arts. 1502 a 1526 del C.C.).

A esta actuación de las partes contratantes se le llama “resolución del contrato” atendiendo a sus efectos y en el derecho francés “resciliación” atendiendo a aquellos contratos de ejecución sucesiva como lo apunta el maestro Fernando Hinestrosa²⁷.

También se puede concluir que para evitar largos años en la definición de los litigios, de acuerdo con la conducta desplegada y demostrada por las partes, ante la omisión en el cumplimiento mutuo de las prestaciones a las cuales se obligaron, que han desistido tácitamente de lo pretendido, ordenando el juez las restituciones mutuas, si a ello hay lugar.

Hay otros remedios jurídicos para la extinción de las obligaciones a través de la convención pero que no son mutuo disenso, como es el caso del pago, la dación en pago, la novación, la transacción o la donación sometida a condición.

La revocación unilateral del contrato

Esta figura es de concepción legal y ella le permite a las partes del contrato, individualmente consideradas, dar por terminado el mismo de modo autónomo y unilateral sin que ello implique el incumplimiento de lo pactado.

El vocablo “revocación” o revocar significa, del latín *revocare*: “*anular, hacer dejación voluntaria, dimitir, o apartarse de una cosa que se tiene o del derecho o acción que se pueda tener; dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución*”²⁸.

Pues bien, lo cierto es que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, dice el aforismo, lo cual significa que así como las partes acudieron a su voluntad conjunta para crear o constituir la obligación, así mismo esa terminación anticipada y anormal sea el resultado de la convergencia de sus voluntades, pero en determinadas circunstancias ha querido el legislador que legalmente una de las partes tenga la posibilidad de extinguir el vínculo jurídico creado, sin más consecuencias que las propias de esta clase de actuaciones, como lo son las restituciones mutuas, el pago de perjuicios ocasionados o el pago de lo que se dejó de percibir por la terminación

27 Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 878.

28 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, año 1995, pago 903 y ampliado de Cubides Camacho, obra citada.

intempestiva o simplemente el pago de aquello que hayan acordado en el contrato o en la convención.

El art. 1858 del C.C establece el Derecho de Retracción en los contratos de compraventa así: *“Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente, no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.”*

Una de las partes del contrato decide terminarlo y unilateralmente toma la decisión, por ejemplo el contrato de mandato²⁹ conforme al art. 2189, el cual establece que: *“El mandato termina (. . .) 3. Por la revocación del mandante, 4. Por la renuncia del mandatario”*³⁰.

Obsérvese que ya sea el mandante o el mandatario pueden unilateralmente dar por terminado el contrato³¹ y es legal tal posición de ellos. Se advierte que ésta es una excepción, como ya lo dijimos, a la bilateralidad para dar por terminados los contratos, pues sucede que por determinadas circunstancias una de las partes ya no se aviene con la otra en la ejecución de las prestaciones y se pierde la confianza nacida y que fue la causa que los llevó a contratar, entonces con el fin de evitar conflictos a futuro, uno de ellos o revoca el mandato o renuncia a él y así se elimina el vínculo jurídico que existe entre ellos y que los ata con coercibilidad. (Abuso del derecho de apoderados y poderdantes)

Por ejemplo el mandato a un abogado para la atención de procesos judiciales, las partes pueden unilateralmente desistir del poder o revocarlo y ello es válido. El art. 76 del C.G.P³² ordena al juez que una vez el apoderado haya renunciado al poder,

29 Art. 2142. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o andante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y, en general, mandatario.

30 El art. 1232 del C de Co, establece igual posibilidad para el contrato de fiducia.

31 La H. Corte Constitucional en sentencia T-338 de 1993 dijo que la autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras, consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

32 C.G.P art. 76 Colombia: El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia el apoderado, a quien se le haya revocado el poder, podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

La muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

se le debe aceptar tal renuncia y a su vez comunicar al poderdante para que designe otro apoderado que continúe con el asunto.

En el contrato de arrendamiento es posible pactar que una de las partes podrá dar por terminado el contrato anticipadamente y de modo unilateral avisando a la otra con cierta anticipación. Otro ejemplo es el contrato de cuenta corriente, donde el cuentadante, o sea la entidad financiera, decide unilateralmente quien puede o no acceder a los servicios bancarios y si el cuentahabiente no es de su entera confianza o falta a sus deberes como tal, procede a cancelar esa cuenta, y éste lo acepta como una condición desde cuando acude a la entidad a abrir la cuenta.

El contrato de transporte es otra modalidad en el cual sí que se requiere de un alto grado de confianza para que el transportador sea quien se ocupe del trasteo de los bienes del cliente, porque se trata de grandes cantidades de dinero invertidos en las mercancías que no se pueden exponer a los peligros provenientes de la mala fe de las personas, inclusive, es por ello que los clientes o comerciantes se cubren de todos los riesgos a través de seguros de toda índole que se encuentran a su escogencia. Igual ocurre con los transportes escolares por la calidad y vulnerabilidad de los menores que se transportan.

El art. 2056 del C.C establece la posibilidad de revocar unilateralmente el contrato de obra, pero pagando al artífice las sumas invertidas en materiales, en el trabajo y, por supuesto, la respectiva indemnización de perjuicios por la actitud tomada.

El art. 2066 del C.C establece que cuando se trata de aquellos contratos de prestación de servicios o arrendamiento de servicios inmateriales, cualquiera de las partes podrá poner fin al servicio cuando lo estime conveniente, previo desahucio³³. Así mismo, establece que en el caso de pensiones periódicas, es viable hacer tal terminación, acudiendo al desahucio con un término igual al medio tiempo de pago de esa pensión. Puede ser el caso de la renta vitalicia.

El pacto con arras (art. 1859 y siguientes del C.C),³⁴ es otro modo de terminación unilateral del contrato o de revocación de lo pactado, puesto que precisamente el establecimiento de esta pena es previendo que alguno de los prometedientes puede retirarse del negocio antes de su celebración. Así quien las da y no cumple por revocación, las pierde y quien las recibe las devuelve en el doble si es él quien se retira del pacto. No constando alguna de estas expresiones por escrito se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes.

La cláusula penal (arts. 1592 a 1601 del C.C), es otro mecanismo o es una

Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda.

33 Art. 2009 del C.C.

34 Art. 1859. Arras de retractación. Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndoles, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas.

autorización a las partes para retractarse de lo acordado, pagando la misma en la cuantía del pacto.

La hoy Superintendencia Financiera de Colombia emitió el concepto 2008077675-001 del 20 de enero de 2009 acerca de la aplicación del art. 1071 del C.Co. En cuanto a la revocación unilateral del contrato de seguro, la norma instituye que:

“Art. 1071. El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador.

En el primer caso la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, o sea la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato. La devolución se computará de igual modo, si la revocación resulta del mutuo acuerdo de las partes.

En el segundo caso, el importe de la prima devengada y el de la devolución se calcularán tomando en cuenta la tarifa de seguros a corto plazo. Serán también revocables la póliza flotante y la automática a que se refiere el art. 1050”.

El concepto citado establece que:

Conceptos de la Superintendencia Financiera

Concepto 2008077675-001 del 20 de enero de 2009

Seguro, revocatoria unilateral

“Síntesis: Conforme al art. 1071 del Código de Comercio el contrato de seguro puede ser revocado unilateralmente por el asegurado. Cuando la calidad de asegurado y tomador no concurre ha de ser a éste a quien compete la voluntad de finalizar el contrato. En el caso que se plantea, las relaciones establecidas entre el tomador y el asegurador y la que nace de la operación de crédito para la financiación de la prima son distintas, por consiguiente independientes una de la otra, circunstancia que permite concluir, en principio, que la suerte de la operación de crédito no podría afectar la ejecución del contrato de seguro.

Así las cosas, es preciso señalar que el art. 1071 del Código de Comercio, dispone que el contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez (10) días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador.

Ahora bien, son partes en el contrato de seguro al tenor del art. 1037 del mismo ordenamiento legal:

1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y

2. El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.

Pero a la vez pueden participar del contrato el asegurado y el beneficiario quienes en principio sólo pueden calificarse como interesados en sus efectos económicos, en la medida en que no son partes intervinientes cuando dichas calidades no concurren en la misma persona del tomador.

Así las cosas y acorde con la bilateralidad que caracteriza al contrato de seguro se puede inferir que la revocación unilateral del mismo, prevista en la ley, solo es procedente en la medida que la manifestación de voluntad, en este sentido, provenga de quien contractualmente se encuentra vinculado y se dirija a aquel que encontrándose en la misma situación jurídica se reputa igualmente parte.

Tal es el sentido de la previsión consignada en el art. 1071 del Código de Comercio, el cual, al emplear el término asegurado, presuponen concurrente en el mismo sujeto el carácter de tomador, de manera que cuando dicha identidad no se produzca, ha de ser a éste a quien le compete la voluntad de finalizar el contrato de seguro.

Aunque las normas que permiten la revocatoria parezcan contradictorias, “toda vez que, al desarrollar el principio, parece atribuirla solamente al asegurado, como si éste tuviera, per se, la calidad de contratante. Es una impropiedad jurídica explicable porque ordinariamente el asegurado reviste la calidad de tomador. La lógica indica, en todo caso, que solo pueden revocar el contrato quienes han concurrido, como partes, a su celebración. Y por esto tanto la atribución general (art. 1071) antes que al asegurado, deben entenderse conferidas al tomador”. (Ver Ossa G., Efrén J. Teoría General del Seguro, el Contrato. Editorial Temis 1984, pág. 481).

Conviene advertir que en virtud de la facultad de revocatoria unilateral consagrada en el precitado art. 1071, si el tomador del seguro desea dar por terminada la relación obligacional puede hacerlo, sin que tal decisión se encuentre sujeta a ninguna causa o motivo determinante y, por lo tanto, no está en la obligación de indicar cuáles son las razones para tomarla”.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, estudiando en el año 2011 la figura jurídica de la revocación unilateral del contrato y teniendo como fundamento la autonomía de la voluntad, en sentencia de casación negó casar la demanda pero

hizo un detenido análisis de lo que representa la autonomía de la voluntad de una de las partes para poner fin a sus compromisos de modo unilateral, por ello invitamos a los estudiosos del derecho a dar una mirada a esta providencia, porque ella establece datos que sirven para entender e interpretar el tema³⁵.

“1. La autonomía privada (auto, ‘aujtov’, uno mismo, y “nomos”, ley), expresión de la libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el “Estado Social de Derecho” en tanto soportes del sistema democrático (Preámbulo, arts. 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política), confiere al sujeto iuris un poder para engendrar el negocio jurídico (negotium iuridicus, Rechtsgeschäft), rectius, acto dispositivo de intereses jurídicamente relevante.

Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo Legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad.

La figura, describe hipótesis de cesación, extinción o terminación del contrato por acto dispositivo unilateral de una parte y engloba un conjunto heterogéneo de supuestos señalados con expresiones polisémicas, disimiles y anfibológicas, tales las de desistimiento unilateral, receso, retracto, destrato, disolución, renuncia, revocación, rescisión, resiliation o resolución unilateral convencional, cláusulas resolutorias o de terminación unilateral expresas, denuncia de contrato a término indefinido, terminación in continenti por incumplimiento esencial, grave e insuperable, entre otras».

En la misma sentencia la Corte trae varios ejemplos de casos legales de terminación unilateral de los contratos a cargo o por facultad o decisión de una de las partes, más amplia que la lista que hicimos atrás, por ello las transcribimos, veamos:

“En la legislación patria carece de disciplina general y se establece en múltiples

35 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., 30 de agosto de 2011. Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01 Se decide el recurso de casación interpuesto por Luis Fernando González Luque, respecto de la sentencia de 3 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario del recurrente contra la Compañía Nacional de Microbuses Comnalmicros S.A.

supuestos. *Ad exemplum*, entre otras hipótesis: República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 25 - El pacto de arras habilita a cada contratante para retractarse del contrato (art. 1859 Código Civil y 866 del Código de Comercio; cas. civ. sentencias de 30 de julio de 1941, LII, No. 1977, 18; 10 de julio de 1953, LXXV, No. 2129, 548; 6 de octubre de 1953, t. LXXVI, No. 2133, 506; 6 de junio de 1955, LXXX, No. 1254, 407; 6 de marzo de 1961, XCV, No. 2238, 76; 21 de febrero de 1967, CXIX, Nos. 2285 y 2286, 47; 10 de mayo de 1977, CLV, No. 2396, 106; 11 de diciembre de 1978, CLVIII, No. 2399, 1978, 311; 7 de septiembre de 1999, exp. 5217; 1º diciembre de 2004, exp. 54122; 14 de diciembre de 2010, exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01 y 16 de diciembre de 2010, C-08001-3103-004-2003-00123-01).

- En la compraventa, el vendedor o comprador asistente en la fecha para el peso, cuenta o medida de la cosa, podrá desistir del contrato si el otro no comparece (art. 1878, Código Civil); el comprador a su arbitrio es titular del “derecho potestativo... que no requiere pronunciamiento alguno del juez” de desistir del contrato cuando el vendedor por su hecho o culpa retarda la entrega de la cosa (cas. civ. sentencia de 9 de junio de 1971, CXXXVIII, p. 382; art. 1882, Código Civil); y el comprador puede disolver la compraventa celebrada a su gusto o satisfacción (art. 912, C. de Co), o desistir si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato (art. 918 C. de Co).
- El arrendatario tiene igual derecho por la imposibilidad o mora en la entrega de la cosa arrendada (arts. 1983, 1984 y 2011, Código Civil). República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 26.
- El ordenante de una obra puede cesar su confección reembolsando gastos, el valor del trabajo y la ganancia del artífice (art. 2056, Código Civil).
- Cualquiera de las partes podrá terminar el arriendo de servicios inmateriales sin término en todo momento o con el desahucio pactado (cas. civ. sentencia de 22 de junio de 1940, XLIX, 548).
- El mandato termina por revocación del mandante o renuncia del mandatario, aquel puede revocarlo a su arbitrio o con justa causa y éste desistir o renunciar al encargo (arts. 2185, 2189 [3], 2191, 2193 Código Civil; 1279, 1283 y 1286, Código de Comercio, aplicables a la comisión y preposición por remisión del art. 1308, *ibidem*).
- El comodatario debe restituir la cosa en el tiempo acordado, o en caso de silencio, después del uso para el cual se prestó, excepto “si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa”, en cuyo caso, procede la restitución antes del plazo, y en el contrato de comodato precario, el comodante tiene la

facultad de pedir la cosa en cualquier tiempo (arts. 2205 y 2219, Código Civil).

- *El mutuario, en el mutuo civil puede pagar antes del plazo toda la suma prestada cuando no se pactan intereses (art. 2229 de Código Civil), y aún pactados, tratándose del crédito para vivienda a largo plazo (Sentencia C-252 de 1998; cas. civ. sentencia de 6 de julio de 1955, LXXX, 646 y ss). República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 27*
- *En el depósito civil, la restitución es a voluntad del depositante, pero acordado un plazo el depositario debe respetarlo (art. 2251, Código Civil).*
- *El acreedor anticrético, salvo pacto contrario, puede restituir la cosa dada en anticresis en cualquier tiempo (art. 2467, Código Civil).*
- *El suministro mercantil sin duración estipulada puede terminarse por cualquiera de las partes con preaviso, y el incumplimiento de una confiere a la otra el derecho a terminarlo cuando fuere de cierta importancia u ocasiona graves perjuicios suficientes para mermar la confianza, pero “en ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente” (art. 973, C.Co).*
- *El pasajero dando preaviso al transportador conforme a los reglamentos, el contrato o costumbre, puede desistir del transporte mercantil, con derecho reembolso del valor del pasaje (art. 1002, C. de Co). - Salvo las restricciones legales al asegurador en ciertos seguros (por ejemplo vida [art. 1159], Soat, cumplimiento [Ley 80 de 1993, cas. civ. sentencia de 2 de mayo de 2002, exp. 675; 15 de agosto de 2008), el seguro es revocable unilateralmente por cualquiera de las partes, facultad ésta, dijo la Sala, “unilateral incausada” o “altamente subjetiva, que ella ‘debe dejarse al arbitrio unilateral de cada uno de los contratantes’ (ad nutum), como –a propósito se consignó en la exposición de motivos del meritado Proyecto de Código República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 28 de Comercio del año 1958, sin que ello signifique, de ninguna manera, que el revocante escape al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (art. 95-1 C. Pol. y 830 C. de Co.), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero arbitrio o a la simple volición”, de “inobjetable origen volitivo (ad libitum)” sin “necesidad de consignar en el escrito de enteramiento respectivo a su cocontratante, indefectiblemente, cuáles son las razones que, in casu, lo llevaron a tomar dicha decisión. Le basta con comunicarla, en debida forma, al otro extremo de la relación negocial, sin que su eficacia, per se, quede supeditada a la validez de una motivación específica y, menos aún, a la aceptación por parte de éste, quien ocupa un ‘rol’ enteramente divergente: [...]*

a fuer que en su más genuino origen y significado, es una declaración de voluntad formal; unilateral; recepticia; directa o indirecta y que sólo produce efectos para el porvenir, a su turno detonante de un negocio jurídico de carácter extintivo” con efectos hacia el futuro (in futurum), esto es, ex nunc y no ex tunc, pues ella responde, como ha quedado ya expresado, al confesado deseo de desligarse –o desvincularse- del acuerdo negocial.

“Y no podía ser de otra manera, tratándose además de un contrato de tracto o ejecución sucesiva como el seguro, en el que las respectivas prestaciones nacientes para las partes, no se pueden diluir una vez ejecutadas” (cas. civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

- El promitente mutuante podrá abstenerse de cumplir cuando las condiciones patrimoniales del promitente mutuario se han alterado de tal forma que hagan la restitución notoriamente difícil (art. 1169, Código de Comercio), facultad que, “no le confiere un poder ab libitum, tampoco es libérrima ni puede utilizarse en forma caprichosa e injustificada, por cuanto está subordinada a la plena e República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 29 indiscutible comprobación objetiva de la alteración patrimonial del promitente mutuario de tal magnitud a punto de dificultar notablemente la restitución, a la falta de ofrecimiento de garantía suficiente para tal efecto, y debe ejercerse con estricta sujeción a los dictados éticos imperantes en el tráfico jurídico, a la buena fe, y sin abusos ni arbitrariedad” (cas. civ. sentencia de 18 de agosto de 2010, exp. 15001-3103-001-2002-00016-01).

- En el depósito mercantil, la cosa depositada será restituida al depositante cuando la reclame, salvo plazo convenido en interés del depositario, quien podrá por justa causa devolverla antes, y si el contrato no fija término, “el depositario que quiera restituir la cosa deberá avisar al depositante con una prudencial antelación, según la naturaleza de la cosa” (art. 1174, C. de Co).

- El hospedaje termina “por las causales expresamente pactadas”, y el celebrado sin plazo, “por aviso dado por una de las partes a la otra, con doce horas de anticipación” (art. 1197 [4], C. de Co). - El contrato de fiducia, entre otras causas termina “por expiración del plazo” o “por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho” (arts. 1240 [3 y 9], 1230 [3] C. de Co. y 101 Ley 1382 de 2009).

- En el contrato de cuenta corriente mercantil sin plazo “cualquiera de los cuentacorrentistas podrá en cada época de clausura, denunciar el contrato dando aviso con no menos de diez días de anticipación a la fecha de aquélla” (art. 1261, C. de Co). República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 30

- El agente o empresario puede “dar por terminado unilateralmente” el contrato de agencia mercantil por justa causa (art. 1325, C. de Co). Cada una de las partes de la cuenta corriente bancaria podrá terminar el contrato en cualquier tiempo (art. 1389, C. de Co).
- El establecimiento de crédito, “salvo pacto en contrario”, no puede terminar el contrato de apertura de crédito o descuento, antes de vencer el plazo, y cuando “es por tiempo indeterminado cada una de las partes podrá terminar el contrato mediante el preaviso pactado o, en su defecto, con uno de quince días” (art. 1406, C. de Co).
- El crédito documentario, salvo estipulación contraria es “revocable” y el banco emisor podrá revocarlo en cualquier tiempo mientras no lo haya utilizado el beneficiario (art. 1410 y 1411, C. de Co).
- El término del contrato de cajillas de seguridad es indefinido salvo pacto contrario, “pero las partes podrán unilateralmente darlo por terminado en cualquier tiempo, noticiando a la otra parte por escrito, con treinta días por lo menos de antelación”, y la mora en el pago del precio, “dará lugar la terminación del contrato, quince días después de ser exigido por escrito su cumplimiento por el banco” (arts. 1420 y 1421, C. de Co). República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 31
- El cargador podrá desistir del transporte de las cosas por mar antes del zarpe (art. 1620, C. de Co).
- El pasajero en el transporte aéreo puede desistir del contrato (art. 1878, C. de Co).
- El consumidor tiene derecho a desistir del contrato de compraventa del bien u obtención del servicio (art. 29, Decreto 3466 de 1982). La entidad estatal tiene la facultad excepcional de terminación unilateral en los contratos estatales (arts. 14 y 17, Ley 80 de 1993).
- La empresa prestadora del servicio en caso de incumplimiento grave del usuario puede tener por resuelto el contrato y a proceder el corte del servicio (art. 141, Ley 142 de 1994).
- Tanto el empleador como el trabajador tienen derecho a terminar unilateralmente el contrato individual de trabajo (art. 65 y ss. C.S.T.).
- En cuanto respecta al pacto de terminación unilateral del contrato cuando la ley, costumbre o los usos y prácticas negociales no la establecen, de antaño suele cuestionarse, ya por oponerse a la noción o fuerza normativa del contrato (arts. 1494, 1535, 1602 y 1603, Código Civil; 864 y 871, Código de Comercio), ora por invalidez e ilicitud al someterlo a la condición potestativa consistente en el

simple arbitrio o mera voluntad de un contratante. República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01 32 contratante (art. 1535, Código Civil), bien al no enunciarse dentro de las causas legales extintivas, formarse y terminar por acuerdo mutuo de las partes, nunca por decisión de una (art. 1602, in fine, Código Civil), preverse en forma excepcional, exclusiva y circunscrita a los contratos estatales sin admitir analogía legis o iuris ni aplicación extensiva (art. 14, 15, 16 y 17, Ley 80 de 1993), resultar abusiva en los restantes (art. 133.2, Ley 142 de 1994) o, convertirse en mecanismo de “justicia privada”, derogatorio de la jurisdicción del Estado autorizada para terminar el contrato.

En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa”.

¿En la contratación estatal también existe este mecanismo de revocación directa y anticipada a la ejecución del objeto contractual?

La Ley 80 de 1993 en su art. 17 establece cuatro causales de terminación unilateral del contrato administrativo:

- a) Cuando las exigencias del servicio público lo requiera o la situación de orden público lo imponga;
- b) Cuando sobrevenga la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural o por disolución de la persona jurídica del contratista;
- e) Cuando se declare la interdicción judicial o el contratista entre en liquidación obligatoria de conformidad con lo preceptuado para el efecto por la ley 222 de 1995 y
- d) En el caso de cesación de pagos o concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Si se observa, es una facultad amplia y excepcional que se le otorga al Estado o a la administración para el manejo transparente y efectivo de los contratos estatales.

Conceptos de entidades estatales sobre las facultades excepcionales del Estado frente a la ejecución de los contratos.

La Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. emitió el Concepto 380 de 1997, a través de la Secretaría Distrital de Hacienda-Tesorería Distrital.

“Fecha de Expedición: 24/06/1997 - Fecha de Entrada en Vigencia: 24/06/1997

(Código CJA03801997) *Contrato de Fiducia - Terminación Unilateral.- El Subdirector de la Oficina Jurídica Financiera de la Dirección Distrital de Tesorería de la Alcaldía Mayor, mediante oficio de fecha 24 de junio de 1997, conceptuó³⁶:*

1. La Ley 80 de 1993, conocida como “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” consagró las llamadas cláusulas extraordinarias de los contratos (dentro de las cuales se encuentran las de terminación unilateral y la de caducidad), como medidas que le permiten al Estado cumplir con los fines propios de su naturaleza en aquellos eventos excepcionales que se presenten en el desarrollo de los contratos suscritos.

La denominación de extraordinarias obedece al hecho de que las mismas son totalmente extrañas al derecho común pues, en síntesis, otorgan a una de las partes poderes y prerrogativas que no tienen cabida dentro de la teoría general de los contratos y cuya justificación se encuentra en los intereses y los fines que busca la administración pública, mediante la actividad contractual.

2. En virtud a la característica anotada en el numeral anterior respecto a las cláusulas extraordinarias, el legislador ha establecido en qué casos precisos pueden ser ellas aplicadas. Así, la terminación unilateral sólo podrá alegarse en la medida en que con ella se busque prevenir los perjuicios que se le derivarían al Estado frente a uno cualquiera de los hechos contemplados en el art. 17 de la referida Ley 80 de 1993, aclarando que esta medida no busca sancionar al contratista pues no parte de su incumplimiento; a su vez, con la caducidad se busca, dentro de la finalidad antes señalada, sancionar al contratista que ha incumplido con las obligaciones que le señalan la ley y el respectivo contrato.

3. Con base en lo expuesto, concluimos que el Distrito Capital no tiene fundamento legal para declarar la terminación unilateral de los contratos de fiducia celebrados para la administración de las emisiones de bonos de deuda pública, ni mucho menos para decretar la caducidad de los mismos.

Firma ALEJANDRO REVOLLO RUEDA”

Igualmente, obra en Concepto con Radicación 1293 de 2000 del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil del cual extractamos lo esencial:

“Contrato Estatal - Cláusulas excepcionales y de privilegio / Clausula Excepcional - Clases / Clausula de Privilegio - Clases:

El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria

36 - Ver el Fallo del Consejo de Estado 14579 de 2005

de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada “renuncia a la reclamación diplomática”). La doctrina menciona otras cláusulas como “de privilegio” porque denotan “algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante”, pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. Se mencionan la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada. Además existe otro género de cláusulas, “las especiales” que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarias; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta. Nota de Relatoría: Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

Contrato Estatal - Límites de la potestad excepcional / Potestad Excepcional - Límites.

Ahora bien, los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual en ejercicio de las facultades excepcionales o con ocasión de ella, conforme a disposición legal especial, están sometidos a condiciones que deben observarse y en tal medida puede predicarse de tales condiciones la existencia de límites señalados expresamente por el legislador para su expedición, entre ellos: En cuanto a la oportunidad que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite “durante la ejecución del contrato”, es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional sólo para esa etapa. O, cuando prevé “dispondrá la terminación anticipada del contrato”, lo cual supone que éste no ha terminado. En relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo. En cuanto a los requisitos, la ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral solo puede ejercitarse “si no se logra acuerdo”; “si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo”. Por consiguiente, es presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de proceso que busque el consenso de las partes. En cuanto a la materia, la facultad excepcional de la interpretación unilateral sólo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá como limitación que no podrá extenderse a materias sobre las cuales no tengan discrepancia las partes. Asimismo, el ejercicio de la facultad de modificación excepcional, está limitada a la “supresión o adición” de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está limitada a un elemento “cuantitativo”, por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito. En cuanto a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad.

*Contrato Estatal - Terminación unilateral por nulidad absoluta / Nulidad Absoluta
- Terminación de contrato estatal*

El ordenamiento la contempla cuando las partes han celebrado un contrato contra expresa prohibición legal (en el derecho privado su declaración sólo opera por conducto del poder jurisdiccional del Estado); en los contratos estatales es privilegio de la Administración declararla en instancia administrativa; esta competencia ejecutoria consiste en la potestad de terminarlo unilateralmente cuando: en su formación o celebración se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal, cuando los actos administrativos en que se fundan son declarados nulos en los demás eventos previstos por el art. 44 de la ley 80. Esta potestad, a la par que las dos anteriores, se entiende aplicable únicamente, si el contrato aún está vigente pues la atribución es para darlo por terminado. Nota de Relatoría: Concepto 1230 de 1 de diciembre de 2000; autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000”.

La revocación unilateral en el código de comercio colombiano

En el código de comercio, en los arts. 206, 313, 843, 857, 1071, 1279 a 1282, 1862 emergen o se contemplan varios casos de revocación unilateral, como se observa a continuación:

En el código de comercio, el DL. 410 de 1971, reformado por la Ley 222 de 1995 encontramos varios casos de revocación directa. Veamos: El art. 206 establece la facultad para que la junta directiva de la sociedad pueda en cualquier momento remover al revisor fiscal, claro está cuando se le compruebe que sus actuaciones no se compadecen con las obligaciones que como representante de los socios en su ausencia, le demanda tal cargo. Por lo general existe para con él un contrato de prestación de servicios el cual se da por terminado unilateralmente. Es una verdadera revocación del contrato y una extinción hacia el futuro de las obligaciones emanadas o nacidas de este tipo de vinculaciones.

El art. 313 sobre la revocación de la administración delegada establece que delegada la administración de la sociedad, el o los socios que la hubieren conferido podrán reasumirla en cualquier tiempo, o cambiar a sus delegados, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 310. Cuando la delegación no conste en los estatutos, deberá otorgarse con las formalidades propias de las reformas estatutarias. Serán inoponibles a terceros la revocación, el cambio de delegado y las limitaciones de sus facultades, mientras no se llenen dichas formalidades.

El art. 843, sobre la modificación y la revocación del poder, que deberán ser puestas en conocimiento de terceros, por medios idóneos. En su defecto, les serán inoponibles, salvo que se pruebe que dichos terceros conocían la modificación o la revocación en el momento de perfeccionarse el negocio.

El art. 857 sobre la revocación de la oferta pública la cual sólo podrá derogarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa. La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente.

La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta.

El art. 1071 sobre la revocación del contrato de seguro, el cual podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador.

En el primer caso la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, es decir, la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato. La devolución se computará de igual modo, si la revocación resulta del mutuo acuerdo de las partes. En el segundo caso, el importe de la prima devengada y el de la devolución se calcularán tomando en cuenta la tarifa de seguros a corto plazo.

Serán también revocables la póliza flotante y la automática a que se refiere el art. 1050 del C.Co.

Sobre la extinción del mandato, el art. 1279 textualiza: “*El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa*”.

El art. 1280 sobre la revocación abusiva añade que en todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause. En estos casos descritos por la norma puede presentarse un abuso del derecho del mandante que es fuente del derecho de las obligaciones, si causa un perjuicio, debe indemnizarlo.

El art. 1281 sobre la revocación en caso de pluralidad de mandantes. El mandato conferido por varias personas, sólo podrá revocarse por todos los mandantes, excepto que haya justa causa.

El art. 1282 sobre los efectos de la revocación, la cual producirá efectos a partir del momento en que el mandatario tenga conocimiento de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2199 del C.C.

El art. 1283 sobre la renuncia abusiva del mandatario o por justa causa, si el mandato ha sido pactado en interés del mandante o de un tercero, sólo podrá renunciarlo el mandatario por justa causa, so pena de indemnizar los perjuicios que

al mandante o al tercero ocasione la renuncia abusiva.

El art. 1284 sobre el mandato conferido también en interés del mandatario o de un tercero no terminará por la muerte o la inhabilitación del mandante, so pena de indemnizar los perjuicios que su culpa cause al mandante.

El art. 1286 trata de la renuncia del encargo o suspensión de la ejecución por falta de fondos. Cuando el mandato requiera provisión de fondos y el mandante no la hubiere verificado en cantidad suficiente, el mandatario podrá renunciar su encargo o suspender su ejecución. Cuando el mandatario se comprometa a anticipar fondos para el desempeño del mandato, estará obligado a suplirlos, excepto en el caso de suspensión de pagos o quiebra del mandante.

Las anteriores consideraciones son modos de extinguir indirectamente las obligaciones, conforme lo hemos explicado.

¿Cuáles son las conclusiones a las cuales se llega con la revocación unilateral como modo de extinguir la obligación?

Son varias,

(i) Es el ejercicio del derecho potestativo de origen legal.

(ii) Es un modo especial de disolución del contrato y de extinción de la obligación y además de eliminación del vínculo jurídico, el cual, en última instancia, es el que liga a deudor y acreedor con coercibilidad.

(iii) Cuando se trata de contratos *in tuitu personae*, y florecen problemas entre las partes, ya no es posible que ese grado de confianza se mantenga entre ellas y el camino jurídico es la revocación unilateral.

(iv) Puede suceder que haya imposibilidad de ejecución del objeto contractual o el deudor cayó en mora, entonces se evita ir al juez natural para la solución del caso: la terminación, que se puede hacer directa y unilateralmente.

Fuentes Jurídicas

Código Civil: Arts. 1990, 1996, 2189, 2190, 2191, 2192 y 2193

Código de Comercio: Arts. 977, 1324 y 1325

La declaración judicial de nulidad o rescisión del contrato

En el portal web wikipedia.org/ encontramos un concepto acerca de la rescisión, en el cual se plantea que:

“Hace referencia al negocio jurídico por el que se deja sin efecto, mediante declaración judicial, un negocio, contrato o acto jurídico. También conocida como la acción de nulidad de los contratos o negocios jurídicos y, en derecho notarial, como acción proforma.

Se entiende principalmente con respecto a los contratos, negocios o actos jurídicos que están afectados de la nulidad relativa, de la cual en la mayoría de las legislaciones anglosajonas, solo le es permitida intentarla a la persona en cuyo favor se ha establecido, a menos que sea ésta la que reporta un provecho o enriquecimiento.

Algunos sistemas jurídicos la consideran como uno de los modos de extinguir las obligaciones, como por ejemplo, el Código Civil chileno y el salvadoreño.

Existen tres clases de rescisión:

Voluntaria: debe estar pendiente de cumplimiento y hacerse por mutuo consentimiento de las partes.

Judicial: por lesión patrimonial o perjuicio sufrido, que traerá una consecuencia emitida en sentencia por órgano judicial. Para que proceda, la rescisión necesariamente debe ser declarada por un órgano jurisdiccional, que conocerá y fallará a petición del interesado.

Fortuita: ocurre a consecuencia de circunstancias ajenas a la voluntad del obligado por circunstancias forzosas en las cuales el cumplimiento de la obligación se torna imposible (muerte de uno de los socios, muerte de los mandatarios y, en el caso que los herederos no deseen mantener la obligación, renuncia por causa justa). En este caso, sin embargo, tampoco puede hablarse propiamente de rescisión, puesto que lo mismo no implica necesariamente la nulidad del contrato, sino la extinción de la obligación”³⁷.

Para nosotros, es un modo indirecto de extinción de las obligaciones de carácter jurisdiccional según la clasificación de Cubides Camacho en su obra ya citada, pues las partes no podrán, motu proprio, declarar la nulidad del contrato, pues ello está limitado o reservado al juez del negocio.

El art. 1740 del C.C establece claramente que todo contrato es nulo cuando carece de alguno de los requisitos de ley para su validez, atendiendo el tipo de contrato y la calidad de las partes. Pues bien, como la ley del contrato es pre-existente, a las partes no les queda más recurso que cumplir con ese mandato so pena de que sea el juez quien declare la nulidad del negocio jurídico celebrado.

37 Apartado extraído del portal web <https://es.wikipedia.org/wiki/Rescisión>

El art. 1502 del C.C³⁸ establece las condiciones de legalidad del acto tanto para su existencia como para su validez y la sanción a su omisión, carencia o incumplimiento es la ineficacia del negocio jurídico, es decir, no surte los efectos esperados por las partes.

Repasando, tenemos que toda declaración de voluntad o todo negocio jurídico tiene que hacerse por persona capaz, consintiendo sin vicios que lo anule como el error, la fuerza o el dolo, mediando siempre una causa lícita y objeto legítimo. Si se falla en alguno o varios de estos requisitos de ley, lo más seguro es que el contrato esté viciado de nulidad y le corresponderá al juez así declararlo.

Los efectos propios de la declaratoria de nulidad del acto o contrato es que la obligación se extingue *erga omnes* y totalmente, las cosas tienen que volver a su estado anterior, en cuanto sea posible, se ordena hacer restituciones mutuas con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa, constituyendo la sentencia el título ejecutivo o de recaudo en caso de obtenerse el pago directamente³⁹.

¿Quiénes están legitimados para demandar la nulidad del acto o contrato?

Están legitimados para demandar la nulidad del acto o contrato indiscutiblemente las partes contratantes porque tienen interés directo en las resultas del fallo o del proceso, así se trate de nulidad absoluta (arts. 1742, 1746, 1525, 2532, 2541 del C.C)⁴⁰ o de nulidad relativa (arts. 1743 y 1484, 2545, Ley 28 de 1932, art. 5); los herederos de cualquiera de las partes, los legatarios o asignatarios, el Ministerio Público en preservación del orden jurídico y la moral, si se trata de la absoluta; el juez de oficio, es decir, sin que se le pida tal declaración, en igual circunstancia y por toda aquella persona que tenga interés legal en el negocio.

Las nulidades relativas son saneables por la ratificación de las partes y por el paso del tiempo, es decir, la prescripción (art. 2512 y s.s. del C.C), no pueden ser declaradas de oficio ni pedidas por el Ministerio Público.

¿Existe presunción de legalidad del acto o contrato celebrado mediando una causal de nulidad?

En todo acto o contrato celebrado por las partes se presume su legalidad, así lo anuncia el art. 1602 del C.C: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes...*”; es una presunción *iuris tantum*, lo que significa que admite prueba en contrario (art. 66 del C.C) y solo perderá validez cuando el juez así lo declare en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada por su firmeza. Pero lo cierto es que si el

38 El art. 1851 del C.C establece igual exigencia.

39 Art. 1746 del C.C.

40 La Corte Constitucional en sentencia C- 597/98 declaró exequible la frase “y en todo caso por prescripción adquisitiva” del art. 1742.

acto o contrato está viciado de nulidad, no dejan de serlo, ya sea porque se renuncie a la acción o porque se establezcan cláusulas que busquen distraer el mandato legal⁴¹.

¿Cuáles son las causales de nulidad más frecuentes en los negocios jurídicos?

Podemos citar varias: Existencia probada de causa u objeto ilícito, ausencia de requisitos de ley que le dan validez al acto o contrato, ya sea por la naturaleza de ellos o por condiciones especiales de las personas que convergen al negocio o por la incapacidad absoluta de los contratantes o de uno de ellos.⁴²

El art. 1740 instituye que es nulo todo acto o contrato al cual le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Ahora, como causales de nulidad de los contratos encontramos la falta de capacidad, vicios en el consentimiento, negocios jurídicos con objeto o causa ilícitos, contratos con lesión enorme o con ausencia de las solemnidades propias de determinado tipo de contratos o actos.

En el portal <http://www.robertexto.com/archivo12/ineficacia.htm> encontramos un estudio acerca de la nulidad del negocio jurídico y sus consecuencias, estudio del cual extractaremos lo más relevante, aunque todo el documento es importante debido a que se trata de un resumen sobre esta figura jurídica, lo que conlleva de alguna manera a la extinción de las obligaciones de modo indirecto.

¿Cuál es la ineficacia de los negocios jurídicos?

“La Ineficacia de los Negocios Jurídicos

I. Premisa sobre la Ineficacia del Negocio Jurídico.

Con la expresión ineficacia del negocio jurídico se hace referencia a todos aquellos supuestos en que el negocio no llega a producir los efectos a los que estaba dirigido o deja de producirlos en un momento dado. Así, serán ineficaces, respectivamente, un negocio jurídico sometido a condición suspensiva que nunca llega a producirse (el eventual donatario muere sin terminar la carrera) o la venta celebrada por el empresario a su primo hermano para evitar que la finca caiga en manos de sus acreedores.

Por tanto, dado que la autonomía privada no es reconocida por el ordenamiento jurídico para que se juegue con ella celebrando negocios jurídicos ineficaces, resulta clara que los supuestos de ineficacia representan para el Derecho los que, en términos figurados, podríamos denominar supuestos patológicos.

41 Art. 1526 del C.C.

42 Art. 1502 a 1504, 1598 a 1526 del C.C.

Los supuestos de ineficacia negocial pueden integrarse en dos grandes grupos:

- Invalidez, motivada por la existencia de circunstancias intrínsecas a cualquiera de los elementos esenciales del negocio jurídico que no resultan admisibles para el Ordenamiento jurídico. A su vez, dentro de la invalidez, según la gravedad de tales circunstancias, resulta necesario distinguir entre:

1. Nulidad, y

2. Anulabilidad.

- Ineficacia en sentido estricto, en la que deberían incluirse aquellos casos en que ciertos defectos o carencias extrínsecos al negocio jurídico en sí mismo considerado, como acuerdo de voluntades, conlleva su falta de efectos. Tales casos serían, al menos, los siguientes:

1. Mutuo disenso.

2. Desistimiento unilateral.

3. Resolución por incumplimiento.

4. Rescisión.

5. Revocación.

6. Acaecimiento de la condición resolutoria.

7. Falta de acaecimiento de la condición suspensiva.

2. La nulidad

Se trata del supuesto más grave de ineficacia. Por ello, suele ser adjetivado como nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho. Los negocios jurídicos nulos, pues, no merecen para el Derecho más que rechazo; no puede reconocer el ordenamiento jurídico ningún efecto del negocio jurídico nulo, ni siquiera su admisibilidad como tal negocio jurídico.

2.1 Causas de nulidad

La nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho es el supuesto más grave de ineficacia. De acuerdo con una sentencia del Tribunal Supremo, la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho, tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas o prohibitivas o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales, es decir si falta el consentimiento, el objeto o la causa.

Son causas de nulidad radical del negocio jurídico:

1. La carencia absoluta o inexistencia (excluidos, por tanto, los denominados vicios de la voluntad, pero no la violencia absoluta) de cualquiera de sus elementos esenciales. En tal caso, de conformidad con el Código Civil, debería concluirse que no hay negocio jurídico alguno.

2. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos del objeto del contrato: Licitud, posibilidad y determinación.

3. La ilicitud de la causa de cualquier negocio jurídico.

4. El incumplimiento de la forma sustancial en el caso de negocios formales o solemnes.

5. La contrariedad a las normas imperativas, a la moral y al orden público (negocio jurídico ilegal).

6. Los actos a título gratuito sobre bienes comunes realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro.

2.2. La acción de nulidad

Por muy nulo que sea un negocio jurídico, en caso de haberse celebrado, producirá una apariencia de tal que, salvo que sea destruida, seguirá produciendo los efectos propios del negocio jurídico de que se trate, como si fuera válido.

Para evitar semejante “apariencia legal”, el Derecho dota a la “acción de nulidad” (vehículo procesal tendente a lograr que el juez decrete la nulidad del negocio jurídico) de una serie de caracteres:

- Es imprescriptible, puede ser ejercitada en cualquier momento.

- Puede ejercitarla cualquier persona interesada en deshacer el negocio jurídico nulo. En efecto, en el ejercicio de la acción de nulidad, “la Jurisprudencia no excluye a los terceros, si a ellos les puede perjudicar el negocio jurídico que impugnan”.

2.3. Consecuencias de la nulidad

2.3.1. En general: la restitución.

Dado que el negocio jurídico no produce efectos, las consecuencias de la declaración judicial de nulidad tienden a dejar las cosas en el estado inmediatamente anterior a la celebración del supuesto negocio jurídico, lo que técnicamente se denomina restitución.

El Código Civil establece que declarada la nulidad los contratantes deben restituir

recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses.

La restitución ha de tener lugar, en principio, en forma específica o in natura (devolviéndose las partes precisamente las cosas que fueron transmitidas en base al negocio jurídico nulo). No siendo ello posible, conforme a las reglas generales, procederá la restitución (recíproca o no) del equivalente pecuniario, en dinero. En tal sentido, el Código Civil establece que “siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”.

2.3.2. En particular: Los supuestos de ilicitud

La regla restitutoria no ha parecido históricamente conveniente a los supuestos de ilicitud, ¿se satisfarían los intereses generales si el ordenamiento jurídico permitiese que las consecuencias de vender por ejemplo, un bien de dominio público, se limitasen a una restitución entre los contratantes? En el Código Civil tampoco resulta aplicable la restitución en los supuestos en que el objeto del contrato o la causa del negocio sean ilícitos, contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En tales casos han de aplicarse las reglas que determinan diferentes consecuencias según que la ilicitud (civil) del objeto y de la causa constituya o no, simultáneamente, un ilícito penal propiamente dicho (esto es delito o falta tipificada por el Código Penal):

1. En el caso de ilícito penal se dispone que las partes carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevista en el Código Penal respecto de los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiese delito o falta por parte de uno de los contratantes, pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiese prometido.

2. En los supuestos en que la “causa torpe” no constituye ni delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

2.4. La nulidad parcial

Frente a la relativa escasez práctica de casos de nulidad negocial (que conllevan, además, problemas de prueba muy difíciles de superar y, por tanto, en numerosas ocasiones no llegan a plantearse judicialmente), son cada día más frecuente los casos de nulidad parcial.

Se habla de nulidad parcial cuando el negocio jurídico contiene una o varias cláusulas o determinaciones ilegales, pese a la validez y adecuación al ordenamiento jurídico del conjunto esencial del mismo. Esto es, el consentimiento, la causa, el objeto (en el caso de contratos) y en su caso, la forma, son intachables, pero algunos aspectos del negocio jurídico son contrarios a una norma imperativa (por ejemplo se concede un préstamo superando el tipo de interés el máximo fijado por el Banco de España).

La coexistencia de cláusulas nulas, por ilegales, con los restantes pactos válidos del negocio jurídico plantea el problema de determinar si la invalidez de la cláusula debe afectar a todo el conjunto negocial.

El Código Civil no contempla este problema con carácter general, aunque a lo largo de su articulado existen normas concretas de las que se deduce el principio general que ha de inspirar su solución: las determinaciones o condiciones nulas deberán tenerse por no puestas, como inexistentes, al tiempo que se debe preconizar la eficacia del negocio jurídico (principio de conservación del negocio jurídico). Este criterio de evitar la trascendencia de las cláusulas nulas a la totalidad del negocio es usa comúnmente por el Tribunal Supremo.

No obstante, resulta claro que el vacío contractual resultante debe rellenarse mediante las tareas de interpretación y, fundamentalmente, de integración, de forma casuística.

3. La Anulabilidad

Un negocio jurídico anulable será aquel que puede ser impugnado o, por el contrario, seguir produciendo efectos (incluso frente al Derecho) en caso de que su efectiva anulación tenga lugar.

3.1. Causas de anulabilidad

Las razones o causas de anulabilidad, de menor gravedad que las propias de la nulidad, pueden identificarse en las siguientes:

1. Todos los vicios de la voluntad o, en su caso, del consentimiento: Error, violencia (no absoluta), intimidación y dolo.

2. *Inexistencia de plena capacidad de obrar en alguno de los sujetos del negocio, y en su caso, de las partes contratantes, tal y como ocurre en los siguientes casos:*

- *Los menores no emancipados.*
- *Las personas sometidas a tutela conforme a sentencia de incapacitación.*
- *Las personas sometidas a curatela (sin la presencia del curador).*
- *Los emancipados respecto de los negocios jurídicos contemplados en el art. 323 (para el casado menor de edad, art. 324).*

3) *Inexistencia de consentimiento marital o uxorio (esto es, del otro cónyuge) respecto de los actos o negocios jurídicos onerosos realizados por el otro cónyuge, cuando legalmente se requiere el consentimiento de ambos.*

3.2 *La acción de anulabilidad*

La menor gravedad o esencialidad de las carencias o vicios del negocio jurídico anulable, en relación con el nulo, hace que la acción de anulabilidad tenga un alcance mucho más limitado que la de nulidad.

El Código Civil denomina a la acción de anulabilidad ahora considerada “acción de nulidad”, por ello, algunos autores consideran preferible hablar de “nulidad absoluta” y “nulidad relativa” para referirse, respectivamente, a la nulidad y a la anulabilidad.

a) *Plazo de ejercicio: La acción de anulabilidad sólo durará cuatro años. Se trata de un plazo de caducidad, que ha de computarse de forma diversa, según la naturaleza de la causa de nulidad:*

1. *El punto inicial del cómputo es la “consumación del contrato” (expresión que ha de asimilarse a perfección del mismo o a la celebración del negocio jurídico de que se trate) sólo en los casos de error o dolo.*

2. *Por el contrario, en las demás causas de anulabilidad, el cómputo inicial queda retrasado a un momento posterior a la celebración del negocio jurídico anulable:*

- *El cese o desaparición de la intimidación o violencia, ya que, mientras existan, el negocio jurídico se ha de entender continuamente viciado.*
- *La salida de la tutela respecto de los negocios jurídicos celebrados por menores o incapacitados.*
- *La disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio en los casos de falta del consentimiento del otro cónyuge.*

b) Legitimación activa:

El círculo de personas legitimadas para el ejercicio de la acción de anulabilidad queda limitado a las personas que hayan sufrido el vicio de la voluntad o del consentimiento o fuesen incapaces para realizar el negocio jurídico, así como quienes, sin ser parte propiamente hablando, asumen obligaciones a causa de dicho negocio jurídico.

Por aplicación de la buena fe, excluye el Código Civil que puedan ejercitar la acción de anulabilidad los causantes del error, violencia, intimidación o dolo o las personas capaces que contraten y, por extensión, que negocien con incapaces.

3.3. Efectos de la anulabilidad

Las diferencias, al menos fundamentales, entre la nulidad y la anulabilidad, se acaban con lo dicho, pues, en contra de lo que la lógica exigiría, los efectos de la anulabilidad son sustancialmente los mismos que las consecuencias de la nulidad analizadas en general: La restitución conforme al art. 1303 y normas complementarias.

El Código Civil dispensa un trato favorable a quienes realizan negocios jurídicos sin tener plena capacidad de obrar: “No está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera”. De otra parte, es obvio que las normas aplicables a los supuestos de ilicitud quedan restringidas al ámbito estricto de la nulidad radical y no pueden expandirse a los supuestos de anulabilidad.

La fundamental coincidencia de efectos entre nulidad y anulabilidad, la restitución entre las partes del negocio o, en su caso, los contratantes, es consecuencia del hecho de que la anulación del negocio jurídico (y, por tanto, la sentencia judicial que la establece) tiene carácter retroactivo.

Ahora bien, sea por la razón que fuese, el efecto restitutorio es análogo, si no absolutamente idéntico, en caso de prosperar la acción de anulabilidad y la de nulidad.

4. La Pervivencia de los Negocios Jurídicos Inválidos

4.1. Las causas de invalidez y su posible sanación

La diferencia entre la nulidad y anulabilidad no puede rastrearse en base a los efectos positivos del ejercicio de la correspondiente acción, sino resaltando las consecuencias de la falta de ejercicio de la acción.

Desde el punto de vista fáctico, es evidente que, en tanto que no se declare judicialmente la nulidad o anulabilidad, los negocios jurídicos inválidos pervivirán

como si no lo fueran, pero para el ordenamiento jurídico merecen la siguiente consideración:

1. Aunque no se ejercite la acción de nulidad, el negocio jurídico nulo será tal para el Derecho (de ahí la imprescriptibilidad de la acción, la amplia legitimación para su ejercicio, etc.). Por tanto, se tratará de una mera apariencia de negocio jurídico que no podrá ver sanados sus vicios de raíz.

2. La falta de ejercicio de la acción de anulabilidad (supongamos, por transcurso del plazo de caducidad) conlleva, por el contrario, que la pervivencia fáctica del negocio jurídico anulable se asume por el Ordenamiento jurídico, que lo convalida (lo hace válido), por considerar que las causas de anulabilidad no atentan contra el orden público negocial, sino contra los intereses de un particular. Por tanto si la propia persona que ha sufrido la causa de anulabilidad no procura su propia indemnidad ejercitando la acción anulatoria del negocio jurídico, el principio de seguridad jurídica comportará la sanación de la causa de anulabilidad.

En definitiva, las causas de anulabilidad son disponibles para las partes y por tanto sanables. Las causas de nulidad, por el contrario, son de derecho necesario y de carácter absolutamente indisponible, por atentar contra el orden público.

4.2. La confirmación del negocio jurídico anulable

Si las causas de anulabilidad son disponibles para las partes, renunciando al ejercicio de la correspondiente acción, es lógico que exista un cauce para sanar el negocio jurídico anulable antes de que la acción de anulabilidad prescriba.

Dicho cauce sanatorio se conoce con el nombre de confirmación. La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adolezca desde el momento de su celebración (esto es, tiene eficacia retroactiva) y, por consiguiente, extingue la acción de anulabilidad.

Para que la confirmación sea válida, se requiere que quien la lleve a cabo sea consciente de la trascendencia de la misma. Por ello requiere el Código Civil que el confirmante tenga conocimiento de la causa de anulabilidad y que el vicio no le siga afectando.

La confirmación puede realizarse de forma expresa o tácita. Esta última consiste en que el legitimado para ejercitar la anulabilidad “ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo” (viciado por error y en contra de la voluntad de su padre un menor de edad compra a plazos un ordenador que no satisface sus necesidades, para evitar la riña del padre, acude al centro mensualmente y abona las mensualidades).

4.3. La denominada conversión del negocio jurídico nulo

Dado que la confirmación es sólo aplicable a los anulables, se afirma que el negocio jurídico nulo es susceptible de conversión.

La pretendida conversión del negocio jurídico consistiría en que un negocio jurídico con tacha de nulidad, por contravenir alguna norma imperativa propia del modelo o tipo negocial de que se trate, puede ser reconducido a un tipo negocial diverso para ser considerado válido. Así, por ejemplo, un comodato oneroso debería estimarse arrendamiento, ya que para el Código Civil intercambiar cesión de uso de una cosa por precio constituye la causa típica del arrendamiento y no la del comodato.

Generalizar la figura de la conversión en nuestro Derecho resulta tarea ardua, ya que el Código Civil no la considera posible. En supuestos concretos, la tarea interpretativa resultará igualmente difícil; ya que, además de concurrir en el negocio jurídico nulo los requisitos y contenidos del negocio jurídico válido al que se reconvierte, no parece razonable propugnar la conversión del negocio jurídico sin tener en cuenta la voluntad de las personas en él interesadas. Por cuanto se refiere al ejemplo arquetípico del comodato oneroso transmutado en arrendamiento, más bien parece que estaríamos sencillamente ante un supuesto de calificación convencional errónea.

5. La Rescisión

La rescisión es una forma particular de ineficacia del contrato que procede de un momento posterior a la celebración del mismo, el cual nace plenamente válido, pero posteriormente puede ser declarado ineficaz por sus efectos lesivos o perjudiciales para una de las partes o de un tercero. La regulación general de la rescisión se realiza una vez más en relación con los contratos, pero el alcance de esta forma de ineficacia se extiende a otros actos de autonomía privada que se engloban en la categoría general del negocio jurídico.

La rescisión se distingue, legal y teóricamente, con facilidad de la nulidad y anulabilidad del negocio: la rescisión presupone un negocio jurídico inicialmente válido, mientras que la nulidad y la anulabilidad implican la invalidez inicial del negocio a que estén referidas. Según el Código Civil los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.

5.1. Causas de rescisión

Las causas de rescisión se pueden clasificar en tres grupos distintos:

a) Rescisión por lesión: El término lesión, utilizado aquí y ahora, significa sencillamente perjuicio patrimonial para uno de los sujetos del negocio y, en particular, para una de las partes contratantes. Utilizando esta idea como causa de ineficacia, declara el Código Civil rescindibles:

1) Los contratos que pudieran celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos. Los contratos que celebre el menor por sí solo serán anulables y no rescindibles. Tampoco serán rescindibles los contratos que celebre el tutor con autorización judicial, respecto de los cuales podrá el menor, para reparar los perjuicios que le causen, exigir la responsabilidad en que haya podido incurrir el juez al conceder la autorización al tutor. Finalmente, aquellos contratos que, necesitando autorización judicial, celebre el tutor por sí solo, serán directamente nulos por incumplimiento de ese requisito.

2) Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión en más de la cuarta parte del valor de la cosa, y no se haya celebrado el contrato con autorización judicial.

3) La partición de la herencia, siempre que la lesión sea en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueran adjudicadas.

b) Rescisión por fraude: La celebración de un negocio jurídico y en particular los contratos, con intención fraudulenta respecto de terceros, con ánimo de engañarlos perjudicando sus intereses, constituye causa de rescisión en los siguientes supuestos:

1) Los contratos celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba. Se presume fraude todas las enajenaciones gratuitas y, en las onerosas, cuando el transmitente haya sido condenado o cuando se trate de bienes embargados judicialmente.

2) Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

3) Los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

Atendiendo a los intereses generales, el Tribunal Supremo se pronuncia a favor de una interpretación extensiva de las normas legales sobre fraude.

c) Rescisión por otros motivos

El Código Civil, mediante una cláusula remisiva de carácter general, deja la puerta abierta a cualesquiera otros casos en que especialmente determine la ley la rescisión.

5.2. La acción rescisoria

El Código Civil exige tres requisitos para que sea posible la acción rescisoria, el

efecto propio de la rescisión, es decir, la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses. Estos requisitos son:

- 1) Que el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Es una acción subsidiaria.
- 2) Que el perjudicado pueda devolver aquello a que estuviera obligado.
- 3) Que las cosas objeto del contrato no se hallen legalmente en poder de terceras personas que hubieren procedido de buena fe, en tal caso la pretensión del lesionado o defraudado se limitará a reclamar la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

El plazo para ejercer esta acción es el de cuatro años establecido para las acciones de anulabilidad. Este plazo comenzará a computar desde la celebración del negocio jurídico rescindible. Sin embargo, para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no comenzarán a contar hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos.

5.3. Eficacia restitutoria e indemnizatoria de la rescisión

El efecto fundamental de la rescisión tiene un acusado matiz restitutorio: Obtener la devolución de todo aquello que haya sido entregado por virtud del negocio rescindible (tanto la cosa como el precio). Pero puede ocurrir que las cosas entregadas hayan desaparecido o que estén en manos de terceros adquirentes, protegidos en su adquisición de modo preferente sobre el que ejercita la acción rescisoria por lesión o por fraude, en estos casos de imposible restitución, la acción rescisoria se transforma en indemnizatoria o reparatoria, con carácter subsidiario.

La acción de indemnizar puede alcanzar al adquirente de mala fe, pues “el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado, siempre que por cualquier causa les fuere imposible devolverlas”.

Notas

[1] Art. 323. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

[2] Art. 324. *Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro»⁴³.*

¿Cómo se denomina la acción que tiene el perjudicado con una causal de nulidad del negocio para hacer valer su derecho?

Primero, digamos que acción es el derecho que le acompaña a toda persona para pedir alguna pretensión o cosa en juicio y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pretendiendo en juicio lo que es nuestro o se nos debe. También se afirma que es el derecho personalísimo que tienen las personas en su patrimonio para poner en funcionamiento el aparato judicial.

Esta acción se llama en términos generales, acción de nulidad o anulabilidad, dependiendo el tipo o clase de nulidad, absoluta o relativa, aunque en nuestro derecho encontramos también el término “acción rescisoria” y, en sentido estricto, debe calificarse de rescisoria aquella acción que deriva de la existencia del vicio de lesión en un negocio jurídico.

Como producto o consecuencia de la prosperidad de la acción rescisoria, nace la **acción reivindicatoria**⁴⁴, que es aquella que tiene por objeto el ejercicio, por el propietario de una cosa, de los derechos de dominio, a efecto de obtener su devolución por un tercero que los detenta⁴⁵.

¿Cuáles son los términos de ley para accionar luego de la nulidad del acto o contrato?

El art. 1750 del C.C establece un término de cuatro años para el ejercicio de la acción y los incisos 2, 3 y 4 fijan el cómo se cuenta ese término en los casos de violencia, de incapacidad legal y para el caso de las personas jurídicas, los herederos mayores y menores de edad (para éstos se suspenden los términos hasta el día cuando alcancen su mayoría de edad, que hoy está en 18 años conforme a la Ley 27 de 1977), pero no podrán pasar más de diez años para pedir la nulidad contados desde la celebración del acto o contrato conforme lo ordena el art. 1751 del C.C en concordancia con la Ley 791 de 2002, art. 8, norma que estableció la prescripción ordinaria en diez años y la extraordinaria en cinco, modificando el art. 2536 del C.C⁴⁶.

43 los arts. 323 y 324 del C.C fueron derogados por ley por el art. 30 de la ley 45 de 1936 y luego desaparece la calidad de hijos naturales.

44 Arts. 946 a 971, 1748, 1325 del C.C.

45 Parcialmente tomado del diccionario jurídico.

46 Art. 2536, modificado por ley 791 de 2002, art. 8: la acción ejecutiva prescribe en cinco (5) años y la extraordinaria en diez (10) años.

Conclusión: La nulidad del acto o contrato extingue la obligación de modo indirecto.

¿Qué es el dolo del incapaz?

Puede suceder que el incapaz sea el artífice del engaño sufrido por la otra parte, es decir, éste con su actitud indujo a la otra parte del contrato en error, así las cosas, no podrán ni él ni sus herederos alegar la nulidad del acto o contrato, pues ha obrado de mala fe contrariando los postulados del art. 83 de la C.P., 864 del C.Co y el art. 1603 del C.C, los cuales deben primar en toda actuación de la vida de las personas⁴⁷. Es la aplicación del principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

¿Qué es la declaración judicial de rescisión?

Es la manifestación judicial por medio de la cual se deja sin efectos el acto o contrato que en su formación ha estado viciado de las causales que la ley establece como de nulidad de los mismos y como ya se dejó explicado, es el juez quien debe calificar tales causales al momento de proferir su fallo. Las consecuencias de ese fallo son trascendentales, pues dejan sin efecto todo lo sucedido antes (*ex tunc*) como después del fallo (*ex nunc*) y las obligaciones se extinguen por acto nulo.

¿Qué es la de resciliación?

Es la manifestación bilateral de la voluntad de las partes por medio de la cual ellas dejan sin efectos el acto o contrato que habían celebrado antes y que se encuentra pendiente de cumplir las obligaciones, es decir, por mutuo consentimiento o mutuo disenso, con los efectos ya citados. Las consecuencias de esa manifestación de voluntad son también trascendentales, pues queda sin efecto todo lo sucedido antes (*ex tunc*) como después del acuerdo (*ex nunc*) y las obligaciones se extinguen por acto nulo. No hay intervención del juez.

El art. 1602 del C.C y 4 del C.Co⁴⁸, establecen que el contrato es una ley para las partes si se ha celebrado legalmente, es decir, si en sus etapas precontractuales y contractuales se respetaron los mandatos de la ley que rige para ese contrato, como lo instituyen los arts. 1494, 1495, 1500 a 1526 del C.C y demás normas jurídicas concordantes; también fija la posibilidad de que esas mismas partes, de común acuerdo, por su consentimiento compartido, lo pueden finiquitar. La norma trae una imprecisión como otras del Código Civil, en el sentido que pareciera que la ley les permitiera a las partes “anular” ese acuerdo de voluntades por otro acuerdo, pero ello no es así, porque solo le compete al juez natural de las partes declarar esas nulidades, absolutas o relativas, pero siempre encabeza del juez por efectos de la competencia.

47 Art. 1744 del C.C.

48 C.Co, Art. 4. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

En igual imprecisión cae el art. 1625 del C.C cuando dice que *“toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”*. Esto no es cierto ni preciso legalmente, por las mismas razones que criticamos el texto del art. 1602 del C.C anteriormente.

¿Qué es la declaración judicial de resolución del contrato?

El art. 1546 del C.C establece una figura conocida como la condición resolutoria tácita, la cual nada tiene que ver con la condición resolutoria ordinaria o extintiva, o sea aquella que se define como aquel hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de la obligación. La condición resolutoria tácita a la cual nos referimos tiene que ver con el cumplimiento o no de la prestación adquirida, entonces en todo contrato bilateral se entiende pactada esta condición para que en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, o no haberse allanado a cumplir, el otro que si cumplió o que si se allanó a cumplir, puede demandar judicialmente o el cumplimiento del acuerdo o la resolución del mismo, en ambas situaciones, con indemnización de perjuicios (1614 y s.s. del C.C)⁴⁹.

Un claro ejemplo de esta figura en el contrato de compraventa es cuando éste se celebró con pacto comisorio, así como lo permite el art. 1935, aunque Cubides Camacho lo explica con el art. 1930, pero me parece que el 1935 es más preciso en su confección, pues el Código Civil trata la figura especialmente en esta norma diciendo que por el pacto comisario se estipula expresamente que no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. No podemos olvidar que la figura de la resolución tácita opera para todo tipo o clase de contratos y el pacto comisorio la ley solo lo establece para el de compraventa, ya sea de muebles o inmuebles, aunque la doctrina acepta que se puede utilizar para cualquier contrato, lo cual compartimos, pero que operara de pleno derecho en el caso del pacto calificado. La ley mercantil también permite el derecho a las partes contratantes en el art. 870⁵⁰.

¿Cuáles son las características y los requisitos para hacer efectiva o para el ejercicio de la acción de la condición resolutoria tácita?⁵¹

De esta figura podemos extractar sus características más relevantes y se hace efectiva como a continuación se indica:

49 Art. 1546 del C.C. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

50 Art. 870 del C.Co. Resolución o terminación por mora: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorias.

51 Ver entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SCC de 18 de diciembre de 2009, expediente 1996-09616-01, citada por Álvaro Tafur González en su Código Civil comentado de Leyer Editores, febrero de 2012.

i) Opera para contratos bilaterales válidos; no se aplica, entonces, en los unilaterales porque en ellos no existe interdependencia de las partes, pues solo una se obliga. La inejecución de estas unilaterales se traduce en ejecución judicial: El donatario puede exigir coactiva y judicialmente el cumplimiento de la donación. En consecuencia, para que haya resolución tácita es necesario que haya contrato bilateral donde ambas partes se obligan, hay interdependencia e idea de equivalencia de las prestaciones. Y es precisamente esta equivalencia la que se rompe por el incumplimiento unilateral, pero este equilibrio se puede restablecer de dos modos: Obligando al incumplido a cumplir o pidiendo la resolución del contrato, es decir, librando a ambas partes de la ejecución de su obligación.

ii) Siempre se requiere pronunciamiento judicial.

iii) Es de rango legal, por eso no interesa si las partes la pactaron o no, de todos modos opera, por eso se le llama “tácita”⁵².

iv) En ambas pretensiones está involucrada la indemnización de perjuicios.

v) La condición resolutoria tácita se origina, según Claro Solar, “no en el derecho romano, sino en el canónico y que no fue en él porque no se concedía la facultad de resolución del contrato sino únicamente la terminación en el caso del arrendamiento y la enfiteusis, cuando se incumplía el pago del canon o renta”;

vi) Alessandri Rodríguez dice que sí se origina en el derecho romano bajo la forma de “*lex comisoria*”. “En el derecho romano existía la “*lex comisoria*”, una auténtica condición resolutoria expresa, susceptible de pactarse únicamente en el contrato de venta y que solo se daba cuando el comprador incumplía la obligación de pagar el precio. Esta “*lex*” no se aplicaba a los contratos innominados, en los cuales, la parte cumplida tenía contra la culpable la acción de exigir el cumplimiento del contrato o la de restitución de su propia cosa, basándose en el principio que prohíbe enriquecerse injustamente a expensas de otro. En realidad la condición resolutoria tácita es fruto del Derecho Canónico, que por equidad y principios de moralidad contractual, resolvió sentar una regla así: El contrato no constituye una ley para los contratantes cuando uno de ellos incumple sus compromisos⁵³.

Alessandri añade que esta figura luego se generalizó, entonces la tomó el Derecho Francés y la incluyó en su código de 1804 (art. 1184) consagrándola de esa manera. De allí siguió su vigencia hasta que fue tomada por el Código Civil colombiano en su art. 1546;

vii) Incumplimiento total o parcial. Con relación al total, hay derecho a pedir la resolución, siempre que la otra parte haya cumplido su parte. Con relación al parcial, la Jurisprudencia Colombiana ha sentado la regla de que la resolución se puede dar

52 Ver arts. 1483, 1613 y 55., 1878, 1931, 1935, 1936, 1937, 1939, 2059, 2294 del C.C.

53 VALENCIA GUZMÁN, Hugo. Mis notas de clase. Popayán: Universidad del Cauca, 1979

indistintamente (parcial o total). Pero la doctrina ha precisado mejor y planteado dos situaciones:

1) La parte o porción que se incumple de la prestación, tiene importancia para la economía del contrato de suerte que ese cumplimiento no alcanza a satisfacer los intereses del acreedor: en este caso debe operar la resolución del contrato.

2) El incumplimiento es de escasa importancia económica y no habría lugar a resolución sino simplemente a indemnización de perjuicios.

También la jurisprudencia francesa advierte que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que ésta aconseja que cuando se ha ejecutado lo más importante de la prestación de modo que quede pendiente una parte insignificante o una obligación accesoria, el juez no debe decretar la resolución del contrato: Por ejemplo, cuando no se han pagado intereses pero sí el capital debido. Otro ejemplo: Una persona vende un negocio a otra y se obliga a no colocar otro igual en el mismo sector comercial. El vendedor no cumple; establece otro negocio dentro del lugar prohibido, pero no igual en valor al que vendió de modo que según la intención de los contratantes la violación no causa competencia al comprador, es decir, un perjuicio igual al previsto.

viii) Que el incumplimiento se deba a culpa de los contratantes. Si se debe a fuerza mayor o al caso fortuito, la obligación desaparece (1543) a menos de celebrarse un nuevo contrato. En el caso de pérdida del cuerpo cierto por culpa del deudor, la obligación se cambia en pago del precio más la indemnización, ya que es imposible cumplirla. Sin embargo, la extinción de la obligación en caso de incumplimiento no culpable proviene, no de la resolución del contrato sino de la imposibilidad absoluta o fuerza mayor.

ix) Que el otro contratante haya cumplido o se allane a cumplir la obligación. Esto se basa en el art. 1609: *«En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla de su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos»*. Y como dice el profesor Alessandri Rodríguez, *“si el comprador, tiene un plazo para pagar y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora, porque la mora del uno purga la mora del otro”*.⁵⁴

¿Cuál la conclusión acerca de la aplicación de la condición resolutoria tácita?

La mejor conclusión es que la obligación se extingue indirectamente y por orden judicial y que las partes no pueden por sí mismas declarar ese incumplimiento, so pena de violación del debido proceso; tal extinción es total y *erga omnes*. El contratante

54 LÓPEZ, ASTAIZA Gaudencio. Obra citada: *Cómo Constituir Una Obligación*, ver respuesta a preguntas 67 y 68.

cumplido puede y debe alegar la *exceptio non adimpleti contractus* a su favor como medio de defensa y el juez está en la obligación de reconocerla.⁵⁵

¿Qué es la declaración judicial de revocación por prosperidad de la acción pauliana?

El art. 2488 del C.C. contiene la garantía o derecho de prenda general para el acreedor, lo cual significa que éste puede perseguir todos los bienes presentes, pasados y futuros del deudor, con excepción de los inembargables contenidos en el art. 1677 del C.C. y 594 del C.G.P.

Citamos los bienes pasados como pasibles de persecución por parte del acreedor precisamente por efecto de la prosperidad de la acción pauliana, para reconstruir o reconstituir el activo patrimonial del deudor para que pueda ser posible la citada persecución por vía ejecutiva de los bienes de éste⁵⁶.

Es un mecanismo legal creado en favor de los acreedores para poder reconstituir el activo patrimonial de los deudores que les han defraudado, para luego, una vez esos bienes en manos del deudor defraudador, se puedan embargar y secuestrar para luego rematarlos y cubrir así el crédito del acreedor defraudado.

¿Qué es la acción pauliana?

La jurisprudencia nacional ha sustentado que la acción pauliana es una acción de inoponibilidad del contrato serio frente al derecho de terceros que por este medio se defienden de un perjuicio.

El diccionario jurídico reza que es la “*acción mediante el acreedor hace revocar los actos de su deudor que le causan perjuicio y han sido cumplidos en fraude de sus derechos*”.

La acción pauliana exige dos elementos:

- El perjuicio que sufre el acreedor, en razón del contrato de enajenación que celebre el deudor con un tercero de mala fe (eventos *damni*).
- El acreedor sufre un perjuicio cuando el deudor celebra negocios que causan su insolvencia o la agravan; y hay insolvencia cuando los bienes conocidos del deudor no alcanzan para cancelar deudas.
- Al acreedor corresponde entonces demostrar la insolvencia a que se agregan actos de enajenación de bienes cuyo valor no se destina a cancelar deudas, ni produce un enriquecimiento en su masa patrimonial.

55 Ver los arts. 1483, 1609, 1613 a 1617, 1878, 1930, 1931, 1936, 1937, 2059, 2127, 2294 del C.C y 871 del C.Co.

56 En nuestro texto “Cómo constituir una obligación” en las preguntas 133 y siguientes se hace referencias a la acción pauliana, aplicables al tema que abordamos es este libro, por lo tanto a él nos remitimos.

- Si resulta aumento en su activo del patrimonio, es obvio que tales actos no pueden atacarse. Además se necesita que el crédito sea anterior al acto de enajenación, pues si es posterior, el acreedor no sufre perjuicio, pues al constituirse el crédito, el acreedor no contaba con la garantía de los bienes enajenados.
- El concilio fraudulento entre el deudor y el tercero (*consilium fraudes*).
- En cuanto al fraude, se exige que el deudor tenga conocimiento de su insolvencia, o de su mal estado financiero o de la cesación de sus pagos.
- Se exige también que el tercero que adquiere los bienes del deudor, conozca su situación de insolvencia e intención de no pagar a su acreedor con los bienes que aún tiene y que se propone enajenar.
- Se puede ejercitar esa acción revocatoria, también respecto de las enajenaciones a título oneroso que hubiera efectuado el deudor, después de la cesación de los pagos y aún respecto de las realizadas dos (2) años antes de ella.
- En cuanto a efectos de la acción pauliana respecto de terceros adquirentes hay que hacer una distinción:
 - Si se trata de negocios onerosos, se exige la mala fe del tercer adquirente.
 - Si se trata de negocios gratuitos, no se necesita.

Hacemos la distinción por estos motivos: en los contratos onerosos, debe exigirse el concierto fraudulento del deudor y del tercer adquirente, para que pueda atacarse el contrato; si el tercer adquirente es de buena fe, el negocio es inatacable. Y precisamente se opondrá a la rescisión del contrato para evitar una pérdida a la que se someterá solamente si se demuestra su mala fe.

En cambio el tercer adquirente a título gratuito ha obtenido un enriquecimiento que no podrá retener si él ha causado el correlativo empobrecimiento a los acreedores. Es por eso que la acción pauliana procede contra terceros adquirentes de buena fe, cuando lo han sido a título gratuito.

Como se trata de acción revocatoria, es posible que el negocio se revoque solo parcialmente y que subsista en el resto. Por ejemplo en una donación hecha por el deudor; tal donación se revocaría hasta el monto de los créditos, el resto, queda en cabeza del donatario. La misma regla rige por los negocios onerosos.

Con la acción pauliana, se pueden atacar todos los contratos celebrados por el deudor en fraude a los acreedores, según el art. 2491 que dice: “En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado

en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;... las acciones concebidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”.

La Corte Suprema agrega el caso de *“un arrendamiento prolongado que celebre el deudor como arrendador; el aporte de bienes a una sociedad para hacer escapar bienes del deudor aportante, a la persecución de los acreedores; la opción verificada por el deudor, un pacto de indivisión entre los coherederos, una caución ya personal, ya real. Dicha acción está establecida en otros textos legales como en los arts. 1441, 1451, 1295, 1636, 862 del C.C y 162 Y 163 del C.Co, sin que esta enumeración sea taxativa”*.⁵⁷

El primero de estos artículos citados dice: *“Las enajenaciones de bienes del difunto, hechas por el heredero, dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas especiales”.*

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción pauliana, al principio algunos autores la asimilaron a una acción de nulidad de características especiales. Esta tesis se desechó por las razones anotadas al diferenciar las distintas acciones (nulidad, simulación, pauliana).

Otros dijeron que se trata de acción de indemnización de perjuicios causados en razón del contrato que fraudulentamente celebró el deudor con el tercero en perjuicio de acreedores.

El profesor Arturo Valencia Zea tampoco acepta esta tesis por no explicar la revocación de contratos gratuitos con terceros de buena fe, donde no aparece su convenio fraudulento.

La jurisprudencia nacional, finalmente ha sustentado esta tesis: La acción pauliana no es acción de nulidad aunque el código la defina así, sino que es acción de inoponibilidad del contrato serio frente al derecho de terceros que por este medio se defienden de un perjuicio.

El Dr. Guillermo Ospina Fernández⁵⁸ afirma: *“La acción pauliana es un medio que la ley otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor, deteriorados por actos fraudulentos de éste en perjuicio de los créditos de aquellos”*

Para nosotros la acción pauliana es esencialmente un recurso legal y judicial expedito en el haber del acreedor por medio del cual la misma ley le faculta para que ataque los negocios fraudulentos de su deudor (rescisión) y reconstituir así el activo del patrimonio de éste, para que una vez estén de nuevo los bienes en su

57 (Cas. 31 de enero 1949, LXV, 328).

58 - Obra citada pág. 168

cabeza, perseguirlos judicialmente para satisfacción de su crédito, acción que deberá intentar dentro del año siguiente a su celebración (2491 del C.C). Dicha acción está establecida en otros textos legales como en los arts. 1441, 1451, 1295, 1636, 862 del C.C y 162 y 163 del CCo, sin que esta enumeración sea taxativa”.⁵⁹

Según la enciclopedia jurídica: *“La acción pauliana es una medida conservativa del patrimonio del deudor y, por tanto, protectora de créditos”* a favor del acreedor. *“Pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”*. De acuerdo con ello, puede ser definida con Díez-Picazo, como *“el poder que el ordenamiento jurídico confiere a los acreedores para impugnar los actos que el deudor realice en fraude de su derecho”*.

¿Cuáles son las características propias de la acción pauliana?

- a) Es la facultad establecida en el ordenamiento civil que tienen los acreedores para garantizar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.
- b) Sólo beneficia al acreedor que ejercita la acción.
- c) Declarado ineficaz el acto de disposición por el juez competente, se convierte en inoponible para el acreedor accionante.
- d) Se interpone excepcionalmente, sólo cuando la obligación del deudor no está suficientemente garantizada.
- e) El fin de la interposición de la acción por parte del acreedor no persigue el cobro del crédito, sino que el deudor no disminuya su patrimonio para poder cumplir con la prestación al acreedor.
- f) La acción se dirige contra el deudor y el adquirente y el tercero que adquiere de mala fe.
- g) Para interponer la acción, el actor de disposición debe ser susceptible de ser valorado económicamente.
- h) Debe preexistir una obligación entre el acreedor y el deudor respecto del acto de disposición realizado por el deudor.

La doctrina mayoritaria considera que la acción pauliana es de naturaleza personal. Así, Josserand afirma que:

“La acción pauliana entra en la categoría de las acciones personales: Sin duda sus resultados pueden repercutir sobre los terceros, los adquirentes o los subadquirentes, y por tal razón pensaron los autores ver en ella una acción real. Pero quien la ejerce es, por hipótesis, un acreedor; está provista de un derecho

⁵⁹ Cas. 31 de enero 1949, LXV, 328.

personal. Ahora bien, no se concibe que un derecho de crédito sea sancionado por una acción real”.

Coincidimos con lo expuesto en que la acción pauliana es personal, pues su finalidad de declarar la ineficacia del acto de disposición realizada por el deudor puede afectar derechos personales y no reales. No se trata de despojar al adquirente del bien sino que sea declarado inoponible frente al accionante.

¿Cuáles son los efectos de la revocación judicial o acción pauliana?

Esta es una acción *sui generis*, inventada por el pretor Paulus, sin vinculación a otras acciones hasta entonces reconocidas en la legislación romana, y dotada desde su establecimiento de efectos propios. El Edicto Pauliano confrontó una situación aún no regulada y en la que estaban comprometidos los intereses de tres categorías de personas, a saber: El deudor, cuya responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones se trataba de hacer efectiva sobre su patrimonio, en vez de su persona; los acreedores que ya estaban dotados por la *Lex Poetelia Papiria* y por el Edicto Rutiliano de una garantía general sobre ese patrimonio del deudor y los terceros que pudieran contratar con el deudor o beneficiarse de sus actos, con perjuicio a los acreedores, como quiera que la mencionada garantía a favor de éstos no privaba al deudor de la administración de sus bienes.

Este conflicto de intereses fue resuelto por el pretor Paulus, creando la acción revocatoria de los actos fraudulentos del deudor, mediante la cual tales actos se reputaban no celebrados frente al acreedor o acreedores que ejercieran la acción y hasta la concurrencia de sus créditos, con las incidencias sobre la descrita situación conflictiva que seguidamente se puntualizan:

Quienes han participado en el acto fraudulento del deudor o se han beneficiado directamente con dicho acto deben restituir al patrimonio de aquel, los bienes recibidos, o quedan privados de los derechos y beneficios que hayan reportado del acto. Así, si éste es un título traslativo, como una compraventa o una permuta etc., las cosas adquiridas por quienes han participado o se han beneficiado deben ser restituidas al patrimonio del deudor, si se trata de la constitución de un derecho sobre los bienes del deudor, como una prenda o una hipoteca, o anticresis, tal derecho se reputa inexistente; si el acto consiste en la remisión de una deuda, ésta se tiene por no extinguida; si el deudor ha renunciado a una herencia, legado o donación, tal renuncia queda revocada y el acreedor o los acreedores que la hayan impugnado pueden aceptar en vez del deudor y hasta la concurrencia de sus créditos. La eficacia de la acción pauliana por el aspecto comentado ya ofrece una característica propia de dicha acción. El fallo estimatorio de ella no invalida totalmente el acto impugnado, no hace tabla rasa de éste, como si ocurre con la declaración de nulidad que aniquila retroactivamente todos los efectos del acto, sino que dicho fallo solo hace ineficaz el acto impugnado hasta la concurrencia del interés del acreedor o acreedores impugnantes, dejando en pie todos los otros efectos producidos por el acto.

Todo lo dicho en el literal anterior respecto de los terceros inmediatos, o sean las personas que han contratado directamente con el deudor fraudulento o han reportado beneficio del acto, se predica en los mismos términos y con el mismo alcance respecto de los subadquirientes de los bienes sustraídos del patrimonio del deudor, llamados terceros mediatos por cuanto su adquisición o beneficio no se deriva del acto mismo del deudor, sino de actos posteriores de los terceros inmediatos. Pero, según ya quedó expuesto, para que la acción pauliana afecte en la forma dicha a los terceros mediatos, deben ofrecerse respecto de ellos los mismos presupuestos axiológicos requeridos en el art. 2491 del Código Civil.

La prosperidad de la acción pauliana ejercida por los acreedores, en sí misma ni mejora ni perjudica la mala situación económica del deudor fraudulento, porque si bien es cierto que en virtud del fallo estimatorio se restituyen al patrimonio de aquellos bienes sustraídos mediante el acto revocado, tal restitución solo beneficia a los acreedores que hayan ejercido la acción, permitiéndoles obtener la aprehensión y la venta de los bienes recuperados hasta concurrencia de sus créditos, y si el precio de esta venta excede del valor de tales créditos, según quedo dicho, el remanente no pertenece al deudor, sino a los terceros inmediatos o mediatos condenados a la restitución. Igualmente, el fallo estimatorio de la acción tampoco empeora la situación económica del deudor insolvente, porque los terceros condenados a la restitución de los bienes no pueden ejercer la acción de saneamiento contra dicho deudor.

Esta acción no procede tratándose de actos gratuitos; y si el acto es oneroso, aunque se pudiera pensar que, en principio, el tercero evicto tendría esa acción de saneamiento, en la práctica esto no es así, porque como el fallo condena al tercero a la restitución tiene que fundarse en su mala fe, en su complicidad en el fraude del deudor, la presunta acción no sería de recibo por la aplicación del principio según el cual nadie puede ser oído cuando alega su propia inmoralidad»⁶⁰.

¿A quién aprovecha la revocatoria de los actos fraudulentos?

En fin, la revocación del acto fraudulento aprovecha a los acreedores que han ejercido la acción pauliana, pero solo hasta concurrencia de sus créditos, con lo cual se cumple la finalidad específica de la acción pauliana: Reconstituir la garantía que aquellos tienen sobre el patrimonio del deudor.

¿Cuál es la oportunidad para instaurar la acción?

Siguiendo la ley Romana, nuestro Código Civil establece el corto término de (1) año para la prescripción (caducidad) de la acción pauliana, contados a partir de la fecha del acto contractual. El Código de Comercio, amplió este término a (2) años. La acción paulina es una acción individual que compete a cualquier acreedor frente a actos fraudulentos del deudor, realizados antes de la iniciación contra este de un

60 Tema traído del libro "Cómo constituir una Obligación", obra citada

proceso de concurso voluntario o forzoso, a que debe ser ejercida dentro del año siguiente a la celebración del acto impugnado⁶¹.

¿Qué decide el juez en su fallo?

Primero declara la ocurrencia del negocio fraudulento, consecuentemente ordena o decreta la revocación del contrato real celebrado entre su deudor y el tercero defraudador. Si hubo un tercer negocio, dependerá si ese adquirente obró contractualmente de buena o de mala fe para declarar también la revocación de ese negocio, si así se hizo el *petitum*.

El siguiente registro presenta algunas sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional acerca de la figura de la acción pauliana. Invitamos a los lectores a escrutar tales providencias⁶².

Sentencia C-527/13

Sentencia C-068/99

Sentencia C-237/14

Sentencia T-373/14

Sentencia T-1005/99

Sentencia C-090/14

Sentencia T-218/12

Sentencia T-480/14

Sentencia T-177/11

Sentencia T-759/03

Sentencia C-192/96

Sentencia C-553/16

Sentencia T-951/13

Sentencia C-865/04

Sentencia C-255/12

61 Ver art. 2491 del C.C.

62 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

Sentencia C-527/13: Acción de inconstitucionalidad- Exequibilidad respecto del numeral 1° del art. 74 de la Ley 1116 de 2006:

“Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”

La Revocatoria de actos dispositivos del deudor previos a iniciación de proceso de insolvencia empresarial -Exequibilidad- encuentra la Corte que no desconoce el principio de buena fe (art. 83 C.P) la norma según la cual puede demandarse la revocación o simulación de los negocios celebrados por el deudor durante los 18 meses anteriores al inicio de un proceso de reorganización empresarial, cuando no aparezca demostrado que el adquirente, arrendatario o comodatario obró de buena fe. En consecuencia, declarará exequible, por el cargo analizado en esta sentencia, el numeral 1° del art. 74 de la Ley 1116 de 2006, “por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

Proceso Concursal -Finalidad - Los procesos concursales tienen como finalidad conciliar los intereses de los deudores, los acreedores y la sociedad en su conjunto, en el evento de insolvencia del deudor, con la finalidad de proteger el crédito, bien sea mediante fórmulas de recuperación del deudor, que le permitan pagar ordenadamente, o a través de la liquidación de su patrimonio.

Principio de la Buena Fe: Alcance en las relaciones privadas. Valor ético: La Corte ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí”.

¿Cuál conclusión se puede obtener de esta revocatoria judicial por acción pauliana?

Como conclusión podemos afirmar que a través de la revocación judicial como prosperidad de la acción pauliana, la obligación originaria entre deudor y acreedor se extinguirá una vez se haga el embargo y secuestro de los bienes del primero y su remate alcance plenamente para cubrir todo el crédito. Ahora, las obligaciones entre el deudor y el tercero defraudadores se extinguen necesariamente por objeto y causa ilícitos, al tenor del art. 1502 y 1603 del C.C.⁶³

63 Ver “Acción Pauliana, naturaleza jurídica y objeto. Configuración del fraude pauliano, CS de J, SCC, MP, Dr. Jaime Arrubla Paucar, sentencia de 14 de marzo de 2008, ref. expediente C-1100131030272001-00601-01”, obra citada de Tafur González.

¿Qué es la declaración judicial de revocación por acción de simulación?

Primero digamos que en el Código Civil colombiano no encontramos una definición de lo que es la simulación como fenómeno jurídico, entonces corresponde acudir a la jurisprudencia y a los doctrinantes para luego si hablar de la acción por la cual se revoca el negocio jurídico por simulación de las partes.

Ospina Fernández⁶⁴ consigna que *“en general consiste ésta en la connivencia entre las partes para fingir un contrato con el propósito que éste no produzca efecto alguno (simulación absoluta), o para disfrazar el contrato que realmente quieren celebrar con la forma aparente de otro contrato distinto”*

Para nosotros la simulación es un medio o mecanismo que busca el titular del derecho de dominio, para de algún modo evadir una realidad frente a terceros, en muchas ocasiones sin que medie la mala fe en esa actuación o mejor en tal negocio jurídico.

Así las cosas, la acción de revocación por simulación del negocio jurídico busca reconstruir o reconstituir el activo patrimonial del deudor, para que éste pueda cumplir con los compromisos adquiridos con sus acreedores, asimilándose a la acción pauliana en cuanto a la finalidad perseguida.

¿Cuáles son las características de esta acción?

(i) Es una acción establecida no solamente a favor de los acreedores sino de cualquier persona que demuestre un interés en el negocio jurídico, incluyendo a quienes participaron en él.

(ii) Es un derecho auxiliar de los acreedores para la defensa de sus créditos.

(iii) Algunos negocios simulados lo son en su totalidad y otros lo son solo parcialmente, como es el caso de traspasar un bien a un tercero cumpliendo con todas las formalidades y solemnidades pero con la sola intención de que ese bien no le figure en su activo patrimonial (absoluta) o cuando se disfraza de compraventa una donación o una asignación herencial.

(iv) Existen en el negocio dos voluntades, una interna (aspecto subjetivo) y otra externa (aspecto objetivo), totalmente contrapuestas entre sí, pues las partes exteriorizan querer un negocio jurídico pero internamente han decidido celebrar otro.

(v) No está siempre de por medio la mala fe, aunque en ciertos casos se utiliza esta figura para defraudar al acreedor, entonces si se prueba el dolo, se estaría frente al fraude pauliano, pero como se dijo se requiere de la prueba.

64 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Octava edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005

(vi) Cuando se impetra la acción de revocación, se pide al juez que declare la prevalencia del acuerdo o acto oculto o real sobre el aparente.

(vii) Según la doctrina Francesa, en la simulación existen dos negocios, el aparente y el real (teoría dualista); en Colombia se maneja la teoría monista, un solo negocio jurídico; lo que sucede es que en un mismo negocio se hacen dos manifestaciones de voluntad contrarias, pero así sucede por el tipo de negociación celebrada y por el fin buscado al realizarlo.

(viii) Están legitimados en la causa por activa, no solo los acreedores sino también cualquier persona que se sienta afectada con el negocio jurídico, por ejemplo los herederos, los signatarios, los acreedores etc., incluyendo a las mismas partes involucradas en la simulación.

¿Cuáles son los efectos de la acción de revocación?

Primero, el juez declara la ocurrencia del negocio simulado o sea la simulación, consecuentemente ordena o decreta la revocación de los contratos, oculto y aparente celebrados entre las partes o entre su deudor (si la acción fue impetrada por el acreedor) y el tercero que se prestó para el negocio. Habrá también lugar a las restituciones mutuas entre las partes.

A continuación relacionamos algunas sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la simulación en los negocios jurídicos⁶⁵:

Sentencia T-574/16: La simulación se produce cuando las partes de manera simultánea celebran públicamente un negocio jurídico o contrato, y al mismo tiempo y de manera oculta.

Sentencia C-071/04: acto de simulación - presunción de la buena fe -Alcance.

Sentencia C-068/99: Se parte del supuesto de que los contratantes podrían ocultar mediante la compraventa una donación irrevocable, o simular con su cónyuge tras la apariencia.

Sentencia T-1091/08: En tal sentido, al no haberse constatado lo pedido por la demandante –una simulación absoluta–, el Juez Civil de segunda instancia consideró que no podía...

Sentencia T-325/98: Por su parte, el apoderado del demandado presentó demanda de reconvención para obtener, igualmente, la declaración de simulación del contrato por medio...

Sentencia C-527/13: La norma según la cual puede demandarse la revocación o simulación de los negocios celebrados por el deudor durante los 18 meses anteriores al...

65 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

Sentencia T-620/13: Ruiz Hermanos Ltda., y herederos indeterminados de Luis Emilio Ruiz Sierra, con la pretensión principal de que se declarara la simulación del contrato de...

Sentencia C-090/14: Con herramientas legales -acción de nulidad, simulación, pauliana y otras y jurisprudenciales -acción de tutela- en procura de la defensa de sus derechos.

Sentencia T-744/11: Precisó que con la demanda pretendía se “declarara la simulación absoluta de los referidos contratos y, en subsidio, de no prosperar ninguna de las citadas...

Sentencia C-683/14: De este modo, se constata que la partición del patrimonio en vida es un trámite que evita la simulación respetando las asignaciones forzosas, derechos de...

Sentencia T-819/02: El Juzgado dictó sentencia en la que declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas denominadas “simulación del acto en que se fundó el...

SU- 913-01: Cree que el juez competente para determinar la simulación es el juez civil y si el juzgador penal quería asumir la competencia debía hacerlo “de la mano de las...

Sentencia C-507/14: Bogotá, D.C., 16 de julio de 2014. Potestad de sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de...

Sentencia C-015/97: Con el objeto de proteger los derechos de los acreedores, tradicionalmente se ha sancionado penalmente la conducta de los deudores dirigida a simular una...

Sentencia T-922/03: La contestación de la demanda presentada por el apoderado de la peticionaria, en cuyo escrito alegó la simulación del contrato de compraventa y la...

Sentencia C-385/15: Ejercer ilegalmente la actividad del evaluador será considerado como simulación de investidura o cargo y será sancionado penalmente en la forma descrita por...

Sentencia T-004 de 2010: En esas condiciones, el art. 7, numeral 3 de Ley 1233 de 2008 señaló que cuando se utilice la cooperativa de trabajo asociado para simular una relación...

Sentencia C-933/04: Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se...

¿Cuál conclusión se puede obtener de esta revocatoria judicial por simulación?

Como conclusión, podemos afirmar que a través de la revocación judicial como prosperidad de la acción de simulación, la obligación entre vendedor y comprador o generalmente entre las partes contratantes, se extingue, total, definitivamente y *erga omnes*; es absoluta porque se pierde toda eficacia del negocio jurídico. Si se trata de nulidad relativa, el fallo del juez será declarando la prevalencia del pacto oculto y se extinguen los efectos que producían los negocios aparentes o exteriorizados. Por ejemplo en la donación disfrazada de compraventa, se extingue la obligación de pagar el precio convenido en el negocio simulado y prevalece esa donación conforme al art. 1443 y s.s. del C.C.⁶⁶

Si el negocio se usó para defraudar a un acreedor, la obligación originaria entre deudor y acreedor se extinguirá una vez se haga el embargo y secuestro de los bienes del primero y su remate alcance plenamente para cubrir todo el crédito. Ahora, las obligaciones entre el deudor y el tercero defraudadores se extinguen necesariamente por objeto y causa ilícitos, al tenor del art. 1502 y 1603 del C.C, así como se advirtió para la acción pauliana.

¿Cuál es la oportunidad para instaurar la acción de revocación por simulación?

Nuestro Código Civil no establece el término especial para la prescripción (caducidad) de la acción de simulación, por ello acudimos a las reglas generales de prescripción de los arts. 2529 y s.s. del C.C modificado por el art. 4° de la Ley 791 de 2002, según se trate de bienes muebles o inmuebles y exista o no título conforme al art. 2531 del C.C.

¿Cuáles son los vicios redhibitorios que dan lugar a la extinción de las obligaciones nacidas del contrato?

El art. 1893 del C.C instituye que la obligación de saneamiento comprende dos objetos: Amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.

Como puede suceder que el comprador resulte afectado en el negocio jurídico por causa de tales vicios, cuando medie sentencia judicial que declare su existencia y que no haya lugar a continuar con las alternativas que la misma ley trae para remediar la situación anómala presentada, es apenas obvio que las obligaciones se extingan por la práctica o recurso de la acción redhibitoria.

El art. 1904 consagra las consecuencias de la sentencia judicial: El saneamiento de

⁶⁶ Ver las siguientes normas: arts. 125, 150, 164, 492, 1244 a 1246, 1258, 1259, 1582 a 1459, 1712, 2301, del C.C.

evicción, a que es obligado el vendedor, comprende:

1. La restitución del precio, aunque la cosa al tiempo de la evicción valga menos.
2. La de las costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador.
3. La del valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1902.
4. La de las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda, sin perjuicio de lo dispuesto en el mismo artículo.
- 5- El aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aún por causas naturales, o por el mero transcurso del tiempo. Todo con las limitaciones que siguen en otras normas.

¿Cómo opera la extinción de las obligaciones nacidas del contrato de servidumbre y vicios redhibitorios como modo de extinción de la servidumbre?

Las servidumbres son, según www.gerencie.com:

“Una especie de carga impuesta sobre una propiedad, en utilidad de otra propiedad con distinto dueño; el Código Civil la define en su art. 879 de la siguiente manera:

“Servidumbre predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño” El gravamen de servidumbre que se impone sobre un predio a favor de otro que se beneficia; existiendo una servidumbre activa por parte del predio dominante y una servidumbre pasiva respecto al predio sirviente; donde se considera un derecho real las servidumbres activas según lo preceptuado en el art. 665 del Código Civil, donde además se define derecho real como aquel que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Las servidumbres se extinguen de la siguiente manera según lo establecido 942 de la siguiente manera:

- *Por la resolución del derecho que las constituyó.*
- *Por haberse cumplido la obligación, si se ha establecido.*
- *Por la confusión, es decir, la propiedad de ambos predios en manos de un mismo dueño, por ejemplo, Juan era el dueño del predio sirviente y Felipe el dueño del predio dominante; Felipe le compra la propiedad a Juan, en este caso se extingue la servidumbre por que la propiedad le corresponde solo a Felipe.*

- *Por la renuncia del dueño del predio dominante, es decir, que la persona que ejerce la servidumbre activa decide renunciar a su derecho de servidumbre.*
- *Por haberse dejado de usar por más de diez años, es decir, que aquí se da la prescripción extintiva del derecho de servidumbre por el transcurrir del tiempo sin que se haga uso de dicho derecho.*

Cuando el predio dominante pertenece a dos o más personas, si alguna de estas personas hace uso de la servidumbre, interrumpen la prescripción de todos, recordemos que la prescripción puede ser extintiva o adquisitiva, así que la servidumbre también puede ser adquirida por prescripción. Por último, en caso de que no sea posible usar la servidumbre por el estado de las cosas, ésta revivirá desde que deje de existir la imposibilidad según lo establecido en el art. 944”.

Igualmente, si en el desarrollo o celebración de este negocio jurídico han existido vicios ocultos que hacen imposible el goce legal del derecho adquirido, la obligación se extinguirá haciendo uso de las acciones redhibitorias consagradas en el Código Civil para efectos de compraventas.

¿Cómo opera la extinción de las obligaciones nacidas del contrato de compraventa y vicios redhibitorios?

Un vicio redhibitorio es aquel que reúne las calidades siguientes al tenor del art. 1915 del C.C.:

- 1. Haber existido al tiempo de la venta.*
- 2. Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o solo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio.*
- 3- No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.*

La acción propia es la redhibitoria y es aquella que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.

En el portal www.gerencie.com leemos un artículo relacionado con los vicios ocultos en el contrato de compraventa del cual extractamos algunos apartes⁶⁷.

“Vicios redhibitorios en el contrato de compraventa

Dentro de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa está la obligación de saneamiento ya sea por evicción o por vicios redhibitorios también llamados vicios ocultos de la cosa. Cuando una cosa vendida presenta vicios redhibitorios el comprador tiene la facultad de iniciar una acción redhibitoria, que es la denominada por el art. 1914 del Código Civil así:

«... se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.»

Entonces a través de la acción redhibitoria el comprador puede pedir que se dé por terminado el contrato o que se rebaje el precio de la cosa vendida por los vicios ocultos de ésta, así sea mueble o inmueble. Con esta acción se busca proteger al comprador para que la cosa que fue vendida sea garantizada por el vendedor, si presenta vicios que no se veían pero que afectan el normal funcionamiento de la cosa comprada.

Para que un vicio sea redhibitorio debe llenar los siguientes requisitos:

- Haber existido los vicios al tiempo de la venta, es decir, que no se generaron después de ésta sino que al momento del contrato ya estaban presentes.*
- Que afecten el funcionamiento de la cosa vendida, tanto que si el comprador los hubiese conocido no hubiere comprado la cosa o hubiese pagado menos por ella.*
- No haber sido manifestados por el vendedor y ser difíciles de detectar por parte del comprador.*

Para que sea procedente la acción redhibitoria es necesario que los vicios cumplan estos requisitos porque de lo contrario el comprador no obtendrá una decisión judicial a su favor. Si en el contrato se estipula que el vendedor no estará obligado al saneamiento por vicios ocultos de la cosa, si estará obligado a responder por aquellos de los cuales tenía conocimiento y no declaró al comprador.

Si el vendedor conocía los vicios de la cosa y no los declaró o debía haberlos conocido por su oficio y aun a sabiendas vende la cosa, será obligado además de la disminución del precio o la restitución según el caso, a indemnizar al comprador por los perjuicios causados. La acción redhibitoria prescribe en seis meses para las cosas muebles y un año para las inmuebles.

¿Existe obligación de saneamiento por evicción o vicios redhibitorios en las ventas forzadas?

Las ventas forzadas son aquellas que como su nombre lo indica las efectúa una autoridad judicial para satisfacer en algunos casos las deudas a los acreedores

de una persona, por ejemplo cuando los bienes hipotecados son embargados y posteriormente vendidos para satisfacer la obligación del deudor a sus acreedores.

En las ventas forzadas el vendedor es la autoridad judicial a la que le corresponde con el producto de la venta pagar a los acreedores del deudor, entonces ¿procede la acción de saneamiento por evicción en las ventas forzadas?

El Código Civil establece que en el caso de ventas forzadas, si la cosa vendida resulta evicta, a lo único que se encontrara obligado el vendedor será a la restitución del precio pagado por el comprador, es decir, que en ningún momento habrá lugar a indemnización alguna por perjuicios, ni la obligación de sanear comprenderá efecto alguno distinto a la restitución del precio pagado.

Respecto a la acción de saneamiento por vicios ocultos de la cosa, ésta no es procedente en principio en las ventas forzadas, sin embargo, si el vendedor no ha podido o no ha debido ignorar los vicios de la cosa y aun así no los declaro al comprador habrá lugar a que el comprador ejerza la acción redhibitoria por vicios ocultos.

Cuando el vendedor en las ventas forzadas tiene conocimiento de los vicios de la cosa también hay lugar a solicitar la indemnización de los perjuicios que haya causado la venta de la cosa con vicios ocultos, de conformidad con lo establecido en el art. 1922 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

“La acción redhibitoria no tiene lugar en las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia. Pero si el vendedor, no pudiendo o no debiendo ignorar los vicios de la cosa vendida, no los hubiere declarado a petición del comprador, habrá lugar a la acción redhibitoria y a la indemnización de perjuicios”.

Para efectos de la acción redhibitoria por vicios ocultos hay que tener en cuenta que el Código Civil establece un prescripción de seis meses respecto a las cosas muebles y un año respecto a los inmuebles».

¿Qué es el pacto comisorio como modo de extinguir las obligaciones?

El pacto comisorio es un modo indirecto para extinguir las obligaciones, mediante el cual si en los contratos de compraventa se estipula que no pagándose el precio convenido dentro del término estipulado, se resuelve el contrato, dicha estipulación es válida. Ahora, si el comprador está constituido en mora de pagar ese precio como se pactó, el vendedor tiene derecho para exigir el pago del precio o la resolución del contrato, siempre con indemnización de perjuicios conforme a las estipulaciones del art. 1546 del C.C.

Para el caso del comprador, si cae en mora, puede pagar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda, así como lo permite el art. 374 del C.G.P.

La figura presenta sus complicaciones para entenderla, por ejemplo, el art. 1937 del C.C habla de la resolución del contrato “*ipso facto*” lo cual querría decir que no será necesario ir al juez natural para que opere tal resolución, pero cuando se menciona que el deudor o comprador pueda pagar en el término que allí se fija luego de la notificación del auto admisorio de la demanda, se pierde la condición o la potestad de resolverse *ipso facto*, que quiere decir “por ese solo hecho”.

De acuerdo con el portal según www.gerencie.com:

“El pacto comisorio es una especie de clausula en el contrato de compraventa, a través del cual se puede estipular que si el comprador no paga el precio de la cosa vendida en la fecha estipulada, el contrato se resuelve. Aunque se haya expresado en el contrato de compraventa el pacto comisorio, esto no quiere decir que el vendedor no tendrá derecho a exigir el precio de la cosa.

El art. 1930 del Código Civil, contiene las dos opciones que tiene el vendedor, se haya estipulado en el contrato el pacto comisorio o no, dicho artículo expresa lo siguiente:

“Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y en el tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”

Por otro lado, también existe un pacto comisorio calificado, como lo define la doctrina, el cual establece que si el precio no es pagado por el comprador en el tiempo y lugar convenidos, se resuelve ipso facto el contrato de compraventa, aquí en este caso se le da la opción es al comprador; el comprador puede hacer que el contrato subsista pagando el precio.

En el pacto comisorio calificado se le da un tiempo determinado al comprador para que pague el precio, el cual es de veinticuatro (24) horas, subsiguientes a la notificación de la demanda. El pacto comisorio se establece para darle una obligatoriedad mayor al cumplimiento de la obligación principal del comprador que es la de pagar el precio de la cosa vendida.

Se diferencia el pacto comisorio normal del calificado, en que, en el calificado se da una opción al comprador, que es la de pagar en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda para rescindir el contrato, mientras que en el pacto comisorio normal, la opción se la dan es al vendedor, el cual puede escoger exigir el precio o pedir que se rescinda el contrato con indemnización de perjuicios.

Por último, el pacto comisorio prescribe en la fecha estipulada por las partes en el contrato de compraventa, pero este no debe pasar de cuatro (4) años, aunque las partes lo estipulen por más tiempo, prescribe en cuatro (4) años. Ahora, este

mismo artículo establece que hay posibilidad de que el contrato subsista cuando el comprador pague dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda de resolución de la compraventa; cuando se ha iniciado el proceso de resolución de la compraventa y el comprador paga dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda ¿Qué sucede con el proceso?

En caso de pago del comprador en el proceso de resolución de compraventa el juez debe dar por terminado el proceso profiriendo sentencia en la que se declare extinción de la obligación, pero es indispensable que el pago sea efectuado por el comprador dentro del término señalado en el art. 1937 antes mencionado, porque de lo contrario se resolverá el contrato y se ordenará la restitución del bien. (Subrayado para resaltar el efecto de la extinción de la obligación).

Por otro lado también habrá lugar a declarar la extinción de la obligación por parte del demandado en el proceso de resolución de la compraventa cuando dicho proceso se inicie en razón del pacto de retracto, cuando el comprador demandado acepte mejorar el precio al igual que el tercero que pretende comprar el bien, es necesario para que se declare la extinción de la obligación y se dicte sentencia que ponga fin al proceso que el demandado consigne dicha suma dentro del término para contestar la demanda.

El pacto de retracto consiste en la posibilidad de resolver el contrato si un tercero dentro de un tiempo determinado mejora el precio de la venta, dicho tiempo de acuerdo con lo establecido por el art. 1944 del Código Civil no puede ser superior a un año”.

Así mismo, el Derecho Romano solo estableció la figura para el contrato de compraventa y así se ha estudiado por décadas, pero la doctrina ha aceptado la posibilidad que se pacte para todo contrato y ello sería saludable sin necesidad de ir al juez, como ocurre en el caso del contrato de compraventa con pacto de retroventa⁶⁸, cuando el vendedor no recompra la cosa vendida bajo la condición resolutoria expresa o extintiva. En este caso la extinción sin la intervención del juez natural.

¿Cuántas clases de pacto comisorio se conocen?

Hay dos clases de pacto comisorio, el simple y el calificado, el primero opera cuando se pacta que por la sola mora o por el mero incumplimiento se pueda demandar la resolución del contrato judicialmente⁶⁹ y el segundo es aquel que aunque también va al juez, el deudor puede hacer uso de un plazo de gracia de veinticuatro horas contadas a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, para pagar el precio o mejor, si se quiere, para cumplir con lo pactado.

68 Ver art. 1939 al 1943 del C.C. “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserve la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra”.

69 Art. 1937 del C.C.

¿Cuál es término de prescripción del derecho en el pacto comisario?

En esta figura acontece algo muy singular y es que la ley le deja a las partes fijar este término, pero sin pasar de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. El primer plazo es contractual y el segundo de corte legal, al tenor del art. 1551 del C.C.

Decimos que es singular porque el término de prescripción⁷⁰ se fija por la ley y además, ella se empieza a contar es a partir de la exigibilidad y no desde la fecha del contrato, como lo estima el segundo inciso del art. 2535⁷¹ del C.C.

Es muy importante anotar que estas 24 horas son hábiles, es decir, horas de despacho en las oficinas judiciales, de conformidad con lo preceptuado para el efecto por el art. 67 del C.C y art. 62 del Código de Régimen Político y Municipal CRPM⁷².

¿Cuáles son las diferencias entre el pacto comisario simple y el calificado?

Como diferencias entre estas dos clasificaciones de la figura tenemos, ampliando un poco al doctrinante Baena Upegui Mario:⁷³

i) El simple opera inmediatamente dictada la sentencia y que ésta esté en firme; En el calificado, una vez transcurrido el plazo legal de veinticuatro horas, si el comprador o el deudor no pagó el precio o no cumplió con la prestación, opera, por ese solo hecho del incumplimiento, la resolución del contrato y por ende la extinción de la obligación.

ii) En el simple, el demandado puede pagar durante todo el proceso; en el calificado solo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda.

iii) En el simple se puede desistir de la resolución en cualquier momento procesal para intentar la acción de cumplimiento del art. 1546 del C.C, como en todo proceso judicial en el cual se discutan derechos patrimoniales y con carácter de renunciables. En el calificado, una vez transcurridas las veinticuatro horas del plazo legal, la resolución es ineludible.

Pero, para nosotros, nada obsta para que el vendedor acepte que luego de estar inclusive la providencia en firme, el comprador o el deudor le pague la prestación.

iv) En el simple, pactado en la compraventa con respecto a la obligación del

70 Arts. 2512 a 2545 del C.C.

71 "Se cuenta este tiempo (de prescripción) desde que la obligación se haya hecho exigible"

72 Ley 4 de 1913. Esta es la norma que recomiendo siempre a mis discentes, pues ella contiene valiosos principios y aplicaciones de Derecho al igual de las leyes 57 y 153 de 1887.

73 BAENA UPEGUI, Mario. Guía elemental de las obligaciones, derecho civil y comercial. Bogotá: Librería Editorial Universidad Libre, 1977.

vendedor o en contratos distintos a la compraventa, produce los efectos propios de la condición resolutoria tácita. En el calificado, en las mismas condiciones citadas, produce los efectos de la condición resolutoria ordinaria, al decir del profesor Álvaro Pérez Vives, citado por Baena Upegui en el texto ya aludido, página 479.

Diferencia entre condición resolutoria contractual y pacto comisorio

En el portal www.gerencie.com encontramos una doctrina acerca de estas diferencias, las cuales por su importancia para entender las dos figuras, las transcribimos a continuación:

“La condición resolutoria contractual se diferencia del pacto comisorio en que el primero es característico de los contratos bilaterales, mientras que el pacto comisorio es característico del contrato de compraventa específicamente. La condición resolutoria contractual la puede alegar la parte que cumpla con las obligaciones que le impone el contrato, en contra de la otra parte incumplida.

El pacto comisorio solo puede ser alegado por el vendedor cuando el comprador no le ha pagado el precio en el tiempo estipulado para ello. Pero tanto el pacto comisorio como la condición resolutoria contractual tienen una característica en común la cual es la siguiente:

El pacto comisorio no priva al vendedor de la opción de pedir que se cumpla el contrato, es decir, que se pague el precio. Y en la condición resolutoria contractual, la parte que haya cumplido el contrato, tiene la opción de hacer uso de la condición resolutoria o exigir el cumplimiento del contrato con indemnización de los perjuicios causados.

Por otro lado, la condición resolutoria contractual y el pacto comisorio se diferencian en que la primera va envuelta en los contratos bilaterales, es decir, que no es necesario que se exprese en el contrato pues el Código Civil establece lo siguiente en el primer inciso del art. 1546 del Código Civil: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.

Respecto al pacto comisorio, aunque la condición resolutoria está envuelta en el contrato de compraventa por ser un contrato bilateral, es decir, que genera obligaciones para ambas partes contratantes; cuando en el contrato de venta se pacta expresamente que si el comprador no paga el precio en el tiempo estipulado se resuelve el contrato, a esto se le denomina pacto comisorio, así se encuentra establecido en el art. 1935 de la siguiente manera:

“Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Entiéndase siempre esta

estipulación en el contrato de venta, y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio y produce los efectos que van a indicarse”.

¿Qué es la transacción como modo de extinción de las obligaciones?

De conformidad con lo estipulado por el art. 2469 del C.C, la transacción es un contrato por medio del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Este es el modo, junto con la conciliación, más expedito para que las partes arreglen sus diferencias, sobre todo, tratándose de negocios jurídicos y del cumplimiento de las prestaciones a las cuales se han comprometido.

Obviamente, como se trata de un negocio jurídico, las partes contratantes tienen que tener plena capacidad para comprometerse⁷⁴ conforme a las normas regentes de esta exigencia y que además tengan plena disposición de sus derechos en plena vigencia, porque puede suceder que aun siendo capaces, no tengan actualmente la libre disposición de sus bienes y derechos. Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia o con causa y objeto ilícitos.

Igualmente, el contrato se podrá celebrar directamente o por intermedio de mandatario o apoderado, con precisas o expresas facultades para transar el litigio.

La acción civil originada en un delito o cuasidelito o culpa también puede ser objeto de transacción en su aspecto patrimonial más no en cuanto hace referencia a la acción penal. Tampoco se puede transigir sobre aquellos derechos de stirpe social, derechos personalísimos o el estado civil de las personas. Al respecto el art. 2474 del C.C establece que: *“La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley, no valdrá sin aprobación judicial, ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los arts. 424 y 425 del C.C, que se refieren a la no transmisión del derecho a pedir alimentos, ni renunciarse, ni negociarse ni tampoco es posible que el alimentador le proponga al alimentado la excepción de “compensación” (1714 y s.s. del C.C), sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 426 del C.C, para aquellos créditos alimentarios vencidos o atrasados, sobre los cuales sí es posible transigir”*. Esto ratifica que solo se transige sobre efectos patrimoniales del conflicto.

¿Qué se requiere para que el contrato de transacción sea válido?

Ciertamente, como atrás se insinuó, el negocio tiene que cumplir con todos los requisitos de cualquier contrato, pero además, no puede transigirse sobre derechos ajenos o sobre los que no existen ni siquiera potencialmente, o sobre un título nulo, o si, al tiempo de celebrarse el contrato, estuviere ya terminado el litigio por sentencia judicial que hizo tránsito a cosa juzgada y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir, que no haya error en la persona de quien

74 Art. 1502 a 1504 del C.C.

transige o error acerca de la identidad del objeto sobre el cual se transige, pero si el error es de cálculo no anula la transacción, solo da derecho a que se rectifique éste, si se hizo la transacción con el poseedor del bien no puede oponerse al verdadero titular del derecho de dominio⁷⁵.

¿Se puede rescindir el contrato de transacción?

Como cualquier acto o negocio jurídico en el cual aparezca que se actuó de mala fe como es la presentación de documentos alterados, apócrifos o que se llegó al negocio con desconocimiento de títulos que de conocerse hubieran cambiado el rumbo de las cosas, es viable la rescisión del contrato de transacción. Al efecto, el art. 2482 del C.C señala que:

“Rescisión de la transacción. Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre el que se ha transigido, y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse, salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas.

En este caso, el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria.

Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto”.

¿Cuáles son los efectos principales de la transacción?

Esto es lo que nos interesa saber una vez conocida la definición de la transacción y hacer un recuento sobre algunas de sus características. Pues bien, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, la obligación se extingue total y *erga omnes*, se deberán las restituciones recíprocas a las cuales haya lugar, si es que el contrato ya se estaba ejecutando se libera al deudor y el acreedor pierde legitimidad para accionar con base en el contrato anterior, mas no en el de transacción, el cual presta mérito ejecutivo en contra de quien sea el deudor de la prestación comprometida y hace tránsito a cosa juzgada, que no siempre es el deudor del contrato original, se extingue la solidaridad si existía al tiempo de este arreglo transaccional, los avales y seguros se terminan si no es que las partes hayan acordado con ellos su continuidad.

75 Ver arts. 2469 al 2481 del C.C.

¿Cuáles son los efectos colaterales de la transacción?

Como efectos colaterales del arreglo transaccional tenemos que éste solo surte efecto entre los contratantes. Si hay pluralidad de interesados en el negocio sobre el cual se transige, la voluntad de uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros, porque el efecto es interpartes, salvo, empero, los efectos de la novación (art. 1687 del C.C), en el caso de solidaridad (art. 1568 y s.s. del C.C).

Si la transacción recae sobre uno o más objetos determinados por las partes, la renuncia a todo derecho, acción o pretensión se entenderá sobre ese universo sobre el cual se transige.

Si se estipuló la cláusula penal (art. 1592 del C.C) contra quien incumple las obligaciones emanadas de la transacción, se podrá cobrar la pena sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes. Finalmente, es preciso decir al tenor del art. 2487 íbidem, que si una de las partes ha renunciado al derecho que le correspondía por un título y después adquiere otro título sobre el mismo objeto, la transacción no la priva del derecho posteriormente adquirido, porque simplemente se trata de un negocio totalmente nuevo, ajeno y particular a aquel que originó la transacción, además de tratarse de la adquisición de un derecho patrimonial con justo título, lo cual está protegido por la misma Carta Política como el derecho de propiedad del art. 58 de la Constitución Nacional.

El art. 2469 del C.C define la transacción como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. De esta definición podemos afirmar, siguiendo la misma ley civil, que:

- No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.
- No puede transigir sino la persona capaz de disponer libre y directamente de los objetos o bienes comprendidos en la transacción.
- Todo mandatario necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir.
- La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, pero sin perjuicio de la acción criminal.
- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre derechos personalísimos.
- La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley no valdrá sin aprobación judicial, ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los arts. 424 y 425 del C.C.

- No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.
- Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia.
- Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.
- Es nula asimismo la transacción, si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, y de la cual las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir.
- La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige. Si se cree, pues, transigir con una persona, y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción por error en el sujeto.
- Si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho.
- El error acerca de la identidad del objeto sobre el que se quiere transigir anula la transacción.
- El error de cálculo no anula la transacción, solo da derecho a que se rectifique el cálculo.
- Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre el cual se ha transigido y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse, salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas.

En este caso, el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria.

- Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre los que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto.
- La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los apuntes y aclaraciones precedentes.
- La transacción no surte efecto sino entre los contratantes.

- Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros, salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad, la cual se extingue.
- Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre los que se transige.
- Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes.
- Si una de las partes ha renunciado al derecho que le correspondía por un título, y después adquiere otro título sobre el mismo objeto, la transacción no la priva del derecho posteriormente adquirido.

Para finiquitar por ahora este tema, traemos a colación apartes de una publicación en el Blogger del abogado Héctor Alfonso Gutiérrez sobre este importante tema, en la que manifiesta que:

“La transacción es un negocio jurídico particular y es un contrato civil por el cual las partes convienen en resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva. Y las partes pueden transigir, antes o después de iniciado el proceso judicial: civil, laboral o contencioso-administrativo, etc. Pero, también un proceso arbitral. En lo laboral no puede recaer sobre derechos ciertos e indiscutibles, por lo que en esta materia lo transigible es todo asunto de naturaleza discutible e incierta para el trabajador. Como todo contrato solo puede celebrarlo la persona que sea capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El mandatario o apoderado extrajudicial no puede transigir sin autorización especial en la cual se especifiquen los bienes, derechos y acciones sobre los cuales se quiera transigir. La transacción o conciliación produce el efecto de una sentencia ejecutoriada, con valor de cosa. Por lo tanto, cuando ha sido anterior a la demanda puede oponerse como excepción previa o como perentoria; debe ponerse término al proceso, una vez se haga saber al juez, mediante auto en el cual éste ordena estarse a lo estipulado en ella.

En la presente investigación se describe el concepto de transacción y se analizan las clases, porque se dice que es un contrato y su importancia, el por qué algunos autores alegan que es un modo de extinguir derechos y contraer obligaciones.

Concepto: La voz transacción de latín “transactio” designa dos operaciones distintas.

En sentido corriente o vulgar esta expresión significa todo acuerdo de voluntades sobre un objeto cualquiera, o más concretamente una operación mercantil o

bursátil. Se dice así, que se realiza una transacción para referirse, por ejemplo, a la venta o compra-venta de un bien, a operaciones efectuadas por una bolsa de comercio, etc., Según el Novísimo Diccionario de la Lengua Castellana. En sentido gramatical, en cambio, significa “acomodamiento amistoso sobre cualquier diferencia entre partes”. Según el Código Civil francés, Colin y Capitan “es un contrato por el que las partes ponen término a un litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer. El art. 2469 del C. C. expresa que: “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”. Esta tradicional definición que trae nuestro Código Civil amerita la formulación de algunos comentarios y precisiones. Como generalizada crítica a la definición transcrita, se aduce la omisión de un elemento esencial de este contrato, como es su contenido sinalagmático dado por las mutuas concesiones que se hacen las partes cuando transigen; concesiones que deben versar sobre la materia de discusión.

Así lo ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil. Al expresar que: “De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos:

- 1. Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub judice;*
- 2. Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y*
- 3. Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin”.*

Y también ha dicho la Corte que: “El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) el consentimiento de las partes; b) la existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; c) la transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento”.

¿Qué es la conciliación como modo de extinción de las obligaciones?

La conciliación, al igual que la transacción, es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador⁷⁶. La gran diferencia con la transacción es precisamente la participación del tercero calificado, neutral y autorizado por la ley para esta misión. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

76

Ver Ley 446 de 1998, arts. 64 y s.s. Ley 640 de 2001. Ley 1285 de 2009, Decreto 1716 de 2009

¿Cuáles son los requisitos de la conciliación?

Obviamente, como se trata de un acto jurídico, las partes contratantes tienen que tener plena capacidad para comprometerse⁷⁷, conforme a las normas regentes de esta exigencia y que además tengan plena disposición de sus derechos en plena vigencia, porque puede suceder que aun siendo capaces, carezcan actualmente de la libre disposición de sus bienes y derechos. Es nula en todas sus partes la conciliación obtenida por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia.

Igualmente, la conciliación se podrá celebrar directamente o por intermedio de mandatario o apoderado, con precisas o expresas facultades para conciliar las pretensiones de las partes. Si la conciliación se realiza con un ente estatal, siempre se requiere de la presencia de abogados como apoderados de las partes que irán a conciliar y la diligencia se llevará a cabo ante los procuradores delegados ante los juzgados y tribunales administrativos, si se pretende accionar en cualquiera de los medios de control de la Ley 1437 de 2011.

La acción civil originada en un delito o cuasidelito o culpa también puede ser objeto de conciliación en su aspecto patrimonial más no en la acción penal. Tampoco se puede conciliar sobre aquellos derechos de estirpe social, derechos personalísimos o el estado civil de las personas.

¿Qué se requiere para que la conciliación sea válida?

Como atrás se insinuó, el acto tiene que cumplir con todos los requisitos de cualquier acto jurídico, pero además, no puede conciliarse sobre derechos ajenos, o sobre los que no existen ni siquiera potencialmente, o sobre un título nulo, o si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia judicial que hizo tránsito a cosa juzgada y del cual las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de conciliar, que no haya error en la persona de quien concilie, o error acerca de la identidad del objeto sobre el cual se concilia, pero si el error es de cálculo no anula la conciliación, solo da derecho a que se rectifique el acuerdo, si se hizo la conciliación con el poseedor del bien no puede oponerse al verdadero titular del derecho de dominio⁷⁸.

¿Cuáles son las clases de conciliación?

Generalmente, la conciliación es judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera del mismo.

Otra clasificación es conciliación extrajudicial en derecho cuando se realiza ante los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, como la Procuraduría General de la Nación, las casas de la justicia, las notarías, centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las

77 art 1502 a 1504 del C.C.

78 ver arts. 2469 al 2481 del C.C.

universidades, en las comisarías de familia, en las cámaras de comercio y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

¿Cuáles son los efectos de la diligencia de conciliación?

(i) El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo. Ello quiere decir que las obligaciones antiguas sin cumplir o cumplidas defectuosamente, o sin la satisfacción del acreedor, se extinguen y nacen otro tipo de obligaciones propias del pacto conciliatorio.

El art. 303 del C.G.P define la cosa juzgada diciendo que: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

(ii) El acta levantada en señal de todo cuanto suceda en la diligencia de conciliación, constituye un título ejecutivo ante los jueces, al tenor de lo dispuesto para el efecto por el art. 422 del C.G.P⁷⁹.

¿Cuáles son algunas características de la conciliación?

Según el texto de la Ley 640 de 2001 podemos extractar que:

i) La conciliación tiene carácter confidencial. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar. Esto quiere decir que las propuestas del conciliador o del juez, cuando desempeñe este rol, no constituyen para ningún efecto prejuzgamiento.

ii) A la diligencia de conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado, excepto si se trata de conciliación administrativa o sobre asuntos de los cuales conocerá a futuro la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

iii) Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos. Los notarios podrán cobrar por sus servicios de conformidad con el marco tarifario establecido por el Gobierno Nacional.

iv) Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio no habrá lugar al proceso respectivo; si el acuerdo fuere parcial, quedará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias no conciliadas.

79 Art. 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el art. 184.

v) Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la cual fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

vi) El conciliador expedirá constancia al interesado en la cual se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha cuando se celebró la audiencia o debió celebrarse y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.
2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia, si las hubiere.
3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los diez días del calendario siguientes a la presentación de la solicitud.

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados.

Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

vii) La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción y adiciona los de caducidad, según el caso, hasta cuando se logre el acuerdo conciliatorio o hasta cuando el acta de conciliación se haya registrado en los casos en los cuales este trámite sea exigido por la ley o hasta cuando se expidan las constancias referidas en el art. 2° de la Ley 640 de 2001 o hasta cuando se venza el término de tres (3) meses al cual se refiere la misma norma, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

viii) Si la materia conciliada es del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el acta levantada en la diligencia tiene que ir al conocimiento del Juez o Tribunal Administrativo para su respectiva aprobación o desaprobación.

El Consejo de Estado, frente a la autonomía de las partes para remediar sus conflictos ha manifestado que ella es válida si se cumple con los requisitos de ley y cuando no vulnera derechos ciertos e indiscutibles, el juez administrativo dará su aprobación. La jurisprudencia narra que:

“Mecanismos alternos de solución de conflictos - La Conciliación o acuerdo conciliatorio - autonomía de la voluntad para producir efectos jurídicos.

Procedencia: A pesar de que la autonomía de la voluntad privada suele materializarse en el derecho civil y, específicamente, en el contractual, lo cierto es que este principio rige en todas las actividades humanas donde estén en juego la transacción de bienes o derechos, ya sea de contenido económico o no, por lo tanto, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a excepción del arbitraje, tienen como base para su desarrollo el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Tanto los mecanismos alternativos de solución de conflictos autocompositivos como heterocompositivos – exceptuando, como ya se dijo, el arbitraje-, consisten en la manifestación y acuerdo de voluntades para solucionar los mismos y así, sustituir la necesidad de acudir a la jurisdicción. Por lo tanto, la voluntad privada, tiene fuerza normativa, pues a través de ella, las partes del conflicto alcanzan una solución al mismo, mediante una transacción que tiene efectos de cosa juzgada. El caso específico de la conciliación como mecanismo alternativo al judicial, que es el objeto de estudio del presente proveído, consiste en la manifestación de voluntades en la cual interviene un tercero, que si bien, propone fórmulas de arreglo, no tiene la capacidad de imponer una decisión, sino que corresponde a las partes ponerse de acuerdo y consentir o no en la solución propuesta.

Entonces, en aplicación del alcance de la autonomía de la voluntad, y la naturaleza de la conciliación, se tiene que la primera manifestación consiste en conciliar o no –ánimo conciliatorio-, posteriormente en definir el contenido del acuerdo, haciendo uso de las capacidades y técnicas de negociación y, por último, aceptar o no la resolución del litigio a la que se llegó. En conclusión, la naturaleza misma de la conciliación exige el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y si se logra llegar a un acuerdo, éste tendrá la misma fuerza que una decisión judicial, lo cual vislumbra, una vez más, la fuerza jurídica que tiene la voluntad exenta de vicios para producir efectos jurídicos, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres, en los términos señalados por la Constitución Política. Ahora bien, la capacidad que tiene la autonomía de la voluntad para producir efectos jurídicos bajo las condiciones y alcances que los particulares definan es perfectamente posible en un contexto privado o comercial, en el que están en juego únicamente intereses particulares de carácter económico o personal, y que no tienen incidencia directa en el devenir de la sociedad⁸⁰.

80 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C - C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 24 de noviembre de 2014, Radicación número: 07001-23-31-000-2008-00090-01(37747) Actor: Bernabé Cuadros Contreras y otros. Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación. Referencia: Acción de Reparación Directa.

La prescripción liberatoria como modo de extinguir las obligaciones

Noción: El Art. 2512 del C.C establece que: *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo (SIC), y concurriendo los demás requisitos legales”*.

Tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos jurídicos que se implementan en la ley para revestir de seguridad jurídica a las relaciones personales, sobre todo tratándose de derechos personales o crediticios pues no pueden quedar las situaciones sumidas *per se* en la indecisión o al vaivén de otras circunstancias. Por ejemplo, aquellos poseedores de largo tiempo con ánimo de señor y dueño, para acceder al derecho de propiedad de muebles e inmuebles (arts. 669 a 673 C.C y 762 a 781 C.C). El transcurso del tiempo unido a otras condiciones o requisitos⁸¹ es suficiente para que ese poseedor acceda a través de un proceso de declaración de pertenencia, al dominio del bien perseguido.

Se adquieren o se extinguen los derechos ajenos a través de la prescripción, ya sea por usucapión o prescripción adquisitiva o como excepción o medio de extinguir las obligaciones a cargo del deudor cuando el acreedor no ejecutó oportunamente el cumplimiento de su derecho personal. Ambas prescripciones tienen el mismo efecto: consolidar una situación adquirida por el trascurso del tiempo. La prescripción liberatoria hace que el acreedor no tenga prosperidad en sus pretensiones de cobrar la obligación, pero no la extingue en su totalidad porque de acuerdo con el art. 1527 del C.C, esa obligación se convierte en natural y solo se extingue como las demás, esencialmente por el pago que se haga de ella, pero la obligación civil sí se extingue por efectos de la prescripción.

De todos modos hay que advertir que si el acreedor demanda el cumplimiento de una obligación ya prescrita o prescrito su derecho, si el deudor quiere beneficiarse de la prescripción debe alegarla como lo ordena el art. 2513 del C.C, de lo contrario, el juez ordenará su pago o cumplimiento conforme se haya estipulado en el respectivo contrato, porque el funcionario no puede declararla de oficio, excepto si se trata de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011).

Transcribimos a continuación un trabajo de derecho relacionado con la prescripción liberatoria, el cual consideramos una buena doctrina y tema para nuestro estudio⁸².

“Requisitos: Para que ocurra la prescripción liberatoria es necesario que se den los siguientes requisitos:

- La inacción del acreedor

81 Esos requisitos son: La inercia del titular del derecho, el transcurso del tiempo, que sea prescriptible, que ella no se haya interrumpido o renunciado, que se acuda a la jurisdicción para hacerla valer judicialmente.

82 www.monografias.com/trabajos14/obligaciones/

Es necesario que haya por parte del acreedor una actitud pasiva frente al crédito, es decir, un no obrar. Entre las razones que fundamentan la prescripción mencionamos al lado de la inconveniencia de mantener un vínculo indefinido en el tiempo, la razón conductista de que cuando el acreedor observa una inactividad prolongada está demostrado que no necesita ni tiene interés en la prestación debida. La inacción del acreedor indica la poca importancia que para él tiene el cumplimiento de la obligación.

Por razones obvias, cuando la inactividad del acreedor es forzada, es decir, cuando está imposibilitado para obrar, como cuando la obligación está sujeta al acaecimiento de una condición por carecer de sustento jurídico. Es, entonces, de concluir que la prescripción no puede correr contra el acreedor imposibilitado para obrar.

- El transcurso de cierto tiempo

El simple hecho de que el acreedor no exija el cumplimiento de la obligación no libera al deudor; se necesita que la inacción del acreedor haga presumir el abandono o el desinterés por el crédito. Para estos efectos, la ley ha señalado términos precisos dentro de los cuales el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación, so pena, si no lo hace, de que en adelante ya no pueda hacerlo.

Según el tiempo que requieren las prescripciones pueden ser:

- Prescripción de largo tiempo

El Art. 2536 del C.C señala que la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez. Es de aclarar que vencidos los diez primeros años, el derecho del acreedor subsiste a pesar de que ha caducado la acción ejecutiva, y solamente habrá prescrito el derecho cuando han pasado los diez años posteriores a la caducidad de dicha acción. Es entonces cuando se convierte en una obligación natural.

Un fenómeno similar, la caducidad, tiene lugar cuando la ley ha fijado un término para iniciar una acción y la parte que debe iniciarla lo deja vencer, el juez debe, entonces, de oficio, declarar la caducidad. Se asemeja a la prescripción extintiva en que en ambas influye el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor, pero se distinguen en que la caducidad obra de pleno derecho, sin necesidad de alegación alguna; además, en que en ésta no cabe la suspensión ni la interrupción.

- Prescripciones de corto tiempo

El Código Civil, a imitación del código francés, estableció prescripciones especiales de corto plazo. Las de dos, tres y cinco años, pero también de meses, y aún de días, consagradas en el código como en normas especiales.

El Art. 255, inciso 2(SIC), señala que la prescripción liberatoria comienza a contarse desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, y no antes. La prescripción debe comenzar a correr el día a partir del cual puede ser ejercitada la acción por el acreedor, momento éste que coincide con el día en que la obligación es exigible. Por tanto, si la obligación es pura y simple, comienza a prescribir desde que se perfecciona el acto o contrato que le dio origen; si es a plazo, desde el vencimiento de éste, y si es condicional, desde el acaecimiento de la condición.

Ha sido objeto de innumerables discusiones por parte de la doctrina la posibilidad de que las partes modifiquen los plazos legales de prescripción, sea ampliándolos o reduciéndolos. Si con la modificación se busca evitar la prolongación indefinida de situaciones anormales, la reducción convencional de los términos ayudará al logro de la finalidad buscada por la ley y no se vulnerará el interés general; en cambio la ampliación de los términos dejaría al arbitrio del acreedor el plazo de prescripción de su derecho, y llevaría a la prolongación de situaciones inciertas y a la irredención del vínculo, situaciones que se oponen a la finalidad de la prescripción.

Pero si la duración del plazo puede ser, en cierta medida, dejada a la voluntad de las partes, la necesidad de un plazo es, en cambio, de la esencia de la prescripción. Por consiguiente, está prohibido no sólo suprimir todo plazo al estipular que la prescripción se ganará inmediatamente -lo cual sería suprimir la obligación- sino convenir un plazo tan breve, que el acreedor no pueda prácticamente demandar; la cláusula que redujere el plazo a algunas horas, o a pocos días, prohibiría al acreedor todo acto de interrupción.

- Que la ley no impida la prescripción

Por regla general son susceptibles de prescripción todos los derechos y acciones de contenido patrimonial; sin embargo, hay ciertos derechos y acciones que por disposición legal o por su misma naturaleza, no pueden extinguirse por prescripción. Tales son, por ejemplo, la acción de paternidad o de maternidad; la acción para pedir la partición en caso de indivisión, o el derecho que tiene el dueño de un predio no demarcado para que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes.

- Renuncia de la prescripción

La prescripción extintiva protege y mira tanto a los intereses particulares como a los intereses generales de todos los asociados; por ésta razón el legislador adoptó una posición intermedia que concilia ambos intereses.

El Art. 2514 del C.C señala que la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

No puede renunciarse antes porque siendo una institución establecida por motivos de interés general y por tanto de orden público, muchos contratantes sujetarían

la celebración de los contratos a la inclusión de esta cláusula, inclusión que sin duda vulneraría el objetivo de la prescripción. Pero puede renunciarse después de cumplida porque una vez vencido el plazo y adquirido el derecho de oponerla, se convierte en un derecho privado del cual el titular es libre de renunciar a su arbitrio.

La renuncia de la prescripción es un acto jurídico unilateral, que solo requiere la voluntad del deudor. Puede ser expresa o tácita. La tácita ocurre cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del acreedor, como por ejemplo el que tiene prescrita a su cargo una obligación dineraria y para intereses o pide plazo. Si se ha reconocido una deuda, aunque se objete el monto de la suma que se cobra, esa objeción no impide el que se considere la prescripción como renunciada. La renuncia expresa tiene lugar cuando el deudor explícitamente desiste del derecho de alegar la prescripción extintiva.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto: La ley permite que se renuncie a la prescripción expresa o tácitamente, pero solo después de cumplida; o sea, cuando ya haya vencido el plazo establecido para que produzca sus efectos. La renuncia efectuada antes de ese vencimiento en realidad equivale a una interrupción: vale para el término trascurrido pero carece de valor para el que aún falta por correr. Consideramos muy apropiada a la finalidad de la prescripción ésta apreciación jurisprudencial puesto que al tener lugar la interrupción se borra retroactivamente todo el plazo trascurrido, y en ese momento debe comenzar a contarse el plazo nuevamente.

Para renunciar a la prescripción extintiva es necesario que el deudor tenga la capacidad de obligarse, es decir, que pueda enajenar, porque la renuncia lleva implícita la abdicación de un derecho.

La renuncia de la prescripción puede tener lugar aún después de haber sido alegada en juicio: no existe ninguna norma que lo impida, y por ser éste un derecho del deudor puede ejercerse en cualquier tiempo.

- Interrupción de la prescripción

La interrupción de la prescripción liberatoria puede ser civil o natural, según que provenga del acreedor o del deudor respectivamente:

a. Interrupción civil de la prescripción.

La prescripción liberatoria supone, además de la inercia del acreedor hacer efectivo el pago de sus derechos, el hecho de que esta inercia se prolongue por el tiempo que determina la ley. Cuando el acreedor exige el cumplimiento de la obligación, la prescripción deja de operar, es decir, se interrumpe, y como consecuencia de ello se borran los efectos del término antes trascurrido y debe reiniciarse el conteo

desde este momento. Sin embargo, para que esta interrupción se produzca no es suficiente que el acreedor abandone su actitud negativa; es necesario además que realice un acto concreto e insustituible señalado por la ley: la instauración de una demanda judicial, demanda que el acreedor puede proponer a través de cualquiera de las acciones que la ley le otorga para el caso de incumplimiento del deudor, ejecutiva, ordinaria o especial.

En ciertas ocasiones la demanda judicial pierde su virtualidad interruptora:

Cuando el demandante desiste de la demanda, actitud que consiste en un acto dispositivo del demandante por el cual resuelve no continuar con el proceso. Es como si la demanda nunca hubiera sido presentada, o sea, la prescripción se considera como no interrumpida.

Cuando se produce la perención del proceso, que es una sanción que impone la ley al demandante negligente o descuidado; ocurre cuando el trámite del proceso queda pendiente de un acto del demandante durante seis meses o más, contados a partir de la notificación del último auto o de la práctica de la última diligencia (Art. 346 C.P.C.). En estas circunstancias se entiende que el proceso ha finalizado. Habiéndose decretado la perención por primera vez, el actor puede iniciar nuevamente la acción transcurridos dos años desde la fecha de la perención; pero si se decreta la perención por segunda vez, el derecho pretendido se extingue.

Cuando la nulidad del proceso comprende la notificación del auto admisorio de la demanda.

b. Interrupción natural de la prescripción

Se interrumpe naturalmente la prescripción por el hecho de que el deudor reconozca expresa o tácitamente la obligación. La ley no ha establecido formalidades especiales para el reconocimiento expreso, es decir, puede hacerse de palabra o por escrito. El tácito se deduce de hechos que importan el reconocimiento del deudor, como sería por ejemplo el hecho de pagar intereses, hacer abonos, solicitar plazos, etc.

En las obligaciones conjuntas o mancomunadas, cada deudor está obligado solamente a pagar su cuota, y cada acreedor sólo puede demandar el pago de la suya; de este modo, la interrupción que obra a favor de uno de varios coacreedores no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores perjudica a los otros (Art. 2540 C.C.). En otras palabras, como el acreedor solo demanda de uno de los deudores la parte que a éste le corresponde, esa demanda no interrumpe la prescripción respecto de los otros codeudores que no han sido reclamados por su parte o cuota.

En las obligaciones solidarias ocurre lo contrario. Si hay varios acreedores solidarios y uno interrumpe la prescripción, la interrupción obra con respecto a todos; y si hay

varios codeudores, la demanda a uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos. Igual ocurre en las obligaciones indivisibles: la prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores lo es igualmente respecto de los otros. Es que, además, la prescripción es un fenómeno que obra sobre el objeto de la obligación pues consiste en no actuar el acreedor en la exigencia de la prestación debida, y todo lo que recaiga sobre el objeto se extiende a todos los sujetos del vínculo.

Cuando se trata de prescripciones de corto tiempo el Código Civil señala dos casos de interrupción: 1. Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor, 2. Desde que interviene requerimiento (Art. 2544 del C.C.). Esta norma modifica el régimen general así: En primer lugar, el reconocimiento de la deuda hecho por el deudor no puede nunca ser tácito, sino por el contrario, deberá constar en pagaré u obligación escrita. Por otro lado, la interrupción no solamente se produce con la admisión de la demanda; basta un requerimiento.

La interrupción en las prescripciones de corto tiempo produce no sólo la pérdida del tiempo transcurrido, sino que la nueva prescripción que empieza a correr después de la interrupción, es la de largo tiempo, o sea, la de diez y veinte años para las acciones ejecutiva y ordinaria respectivamente.

La suspensión de la prescripción extintiva

Los Arts. 2530 y 2541 del C.C autorizan que la prescripción pueda ser suspendida a favor de ciertas personas que por carecer de la suficiente capacidad, puede resultar afectadas con la prescripción extintiva.

Es la ley la que impide que corra el plazo en contra de ciertas personas que merecen protección especial mientras dura la causa que motiva la suspensión. Los hermanos Mazeud sostienen que la suspensión es un simple compás de espera en el transcurso del plazo.

Cuando desaparece la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso, teniendo en cuenta el plazo transcurrido antes de la suspensión.

El efecto de la suspensión consiste en descontar el plazo de la prescripción el tiempo que dura la incapacidad; es decir, se cuenta con tiempo útil para la prescripción el que corre antes de la suspensión y el que corre después que ella cesa. El tiempo intermedio, mientras dura la suspensión, no se toma en consideración para el cómputo del plazo.

La suspensión constituye una excepción a la regla general, según la cual los derechos y acciones se extinguen por prescripción en perjuicio de toda clase de personas, sean jurídicas o naturales. Por ello ninguna otra persona fuera de las que indica la ley puede alegar la suspensión de la prescripción, beneficio singular instituido solo en beneficio de ciertas y determinadas personas que requieren especial protección.

La suspensión supone que el plazo de la prescripción ya ha comenzado a correr y que se paraliza durante el tiempo que dura la incapacidad; sin embargo, puede ocurrir que la causa de la suspensión exista en el momento mismo en que la obligación se hace exigible. A pesar de que en éste caso ha empezado a correr, también debe reputarse suspendida la prescripción.

- Efectos de la prescripción liberatoria

Son los siguientes:

a. El acreedor pierde su derecho para exigir el cumplimiento de la obligación. Se le ha privado de su derecho a demandar con éxito. Sin embargo, como el deudor continúa obligado en conciencia, la obligación civil se convierte en natural. Esto justifica la validez del pago de una obligación prescrita, igual que el pago de toda obligación natural, y la imposibilidad de repetirlo.

b. Las acciones que proceden de una obligación accesoria se extinguen. Dicho de otro modo, la extinción civil de la obligación implica la de sus accesorios y privilegios. Así lo establece el Art. 2537 del C.C “La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden”.

c. Cuando se trata de obligaciones con sujetos plurales la prescripción puede no tener efectos iguales con respecto a cada uno de aquellos.

La prescripción que favorece a un deudor conjunto puede no favorecer a otro u otros codeudores de la misa calidad, pero en cambio la que favorece a un deudor solidario favorece a los demás”⁸³.

¿Qué es la imposibilidad de ejecución o pérdida de la cosa debida como modo de extinción de las obligaciones?

Este modo de extinción de las obligaciones se fundamenta en la llamada por la doctrina como “la teoría de los riesgos”, para saber cuándo es viable destruir el vínculo jurídico por imposibilidad de ejecutar el objeto contractual y qué sucede frente a las consecuencias de la pérdida de la cosa, si el riesgo lo asume el deudor o el acreedor o ambos, pues se trata de contratos sinalagmáticos en los cuales las prestaciones son mutuas.

Primero digamos que este modo de extinción de las obligaciones opera tanto para las de dar o entregar cosas (o pagar una suma de dinero?) como las de hacer y no hacer. Es bueno dejar en claro que debe tratarse la prestación cuyo objeto sean especies o cuerpos ciertos porque realmente los géneros no perecen, pero también es verdad que los cuerpos ciertos o especies tampoco perecen jurídicamente si es viable reemplazarlos por otros iguales, de una calidad aunque sea mediana.

83

Monografía enviada por silvaandrea2001 a la web atrás citada.

Obsérvese que todo dependerá de las circunstancias en las cuales se contrate el objeto, por ejemplo, un distribuidor de gasolina a quien en el camino le hurtan un carro tanque o se lo incendian los grupos rebeldes y se pierde todo su contenido. Será acaso que por ese hecho ¿Queda exonerado de responsabilidad para no pagar la obligación? En este y parecidos casos, no se podrá hablar que como la cosa objeto de la prestación se destruyó, entonces la obligación se extingue, porque claramente existen sustitutos para poder cumplir. Quizá podríamos hablar de una justificante o atenuante frente al hecho del incumplimiento por una fuerza mayor o caso fortuito, pero que no se podría hablar de extinción de la obligación porque en realidad la cosa desapareció pero ese proveedor fácilmente podrá reemplazar ese combustible para cumplir con la entrega y así extinguir la obligación por pago total de la misma.

El caso que ocupa el estudio tiene que referirse de un modo concreto a aquellas cosas que son insustituibles por ser de características especialísimas, por ejemplo, la venta de una pintura especial de un famoso pintor o de una escultura, o de un prototipo o de un determinado espécimen de animal o bienes muebles que son únicos, por lo menos en poder del deudor. El caso del embargo de bienes del deudor es otro claro ejemplo de cómo el bien se encontraba dentro del comercio pero por efectos de la medida cautelar dejó de estarlo, entonces ya no será objeto para cumplir con la prestación debida. Como solo existe una pieza de tales características es apenas obvio que si se pierde o destruye se le pueden aplicar las reglas que se explican a continuación con los efectos que se enuncian.

EL diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “perecer” como “*acabar, dejar de existir*” y nosotros decimos que es no ir más, desaparecer de la vista y del alcance de los órganos de los sentidos.

El art. 1729 del C.C instituye que cuando el cuerpo cierto perece, o sea la cosa comprometida, porque se destruye o porque deja de estar dentro del comercio o por desaparición o porque se ignora dónde existe, la obligación se extingue, pero bajo las siguientes condiciones y excepciones:

(i) Siempre que la cosa perezca en poder del deudor, se presume que se perdió por culpa de él, presunción que es legal al tenor de los arts. 63⁸⁴ y 66⁸⁵ del mismo

84 Art. 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio, como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

85 Art. 66. Presunciones. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente

C.C, es decir, admite prueba en contrario.⁸⁶

(ii) si el perecimiento ocurre durante la mora del deudor, la obligación no se extingue y entonces queda obligado a pagar el precio de la cosa más una indemnización a favor del acreedor. Recordemos que una de las características de la obligación civil o comercial es que es evaluable o valorable en dinero como medida de las cosas. La norma dice que la obligación cambia de objeto y lo entiende como cambiarla por dinero.

En este caso, bien podría con las facultades que otorga la misma norma del art. 1731 al permitir cambiar de objeto que perezca o se eche mano de la *dación en pago*, como modo de extinción de las obligaciones y creemos que ello es viable, claro está, si se cuenta con el consentimiento del *accipiens*.

El tratadista Guillermo Ospina Fernández en la obra citada, página 461, plantea que la obligación se extingue porque nunca se podrá cumplir cuando la cosa perece por cualquier motivo. Ese comentario es cierto, pero hay que entenderlo en el sentido que de todas maneras queda en cabeza del deudor la obligación de pagar con otro objeto, siempre que el acreedor así lo acepte, pues es mandato legal que el deudor no pueda obligar al acreedor a recibir otra cosa que no sea aquella pactada de indemnizar por los perjuicios⁸⁷.

(iii) Pese a que el deudor esté en mora, pero el perecimiento sucede por fuerza mayor o caso fortuito,⁸⁸ solo se debe una indemnización si se prueba que tal perecimiento también habría ocurrido en poder del acreedor. En este caso la obligación si se extingue⁸⁹.

(iv) Si el deudor estaba en mora y perece la cosa por fuerza mayor o caso fortuito, pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido cuando la cosa estuviese en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora, a semejanza del caso (ii). En este caso la obligación no se extingue.

(vi) Bien pudo suceder que el deudor en el contrato haya aceptado y pactado que su responsabilidad vaya hasta la ocurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor, tema en el cual se atenderá a lo pactado. Este tipo de pacto es bastante peligroso si no se aclara en el negocio jurídico cuáles hechos son los constitutivos de caso fortuito o de fuerza mayor ante los cuales respondería el deudor o si se trata de cualquier

esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

86 Ver arts. 1604, 298, 1317, 1386, 1561, 1563, 1616, 1729, 1757, 1827, 1932, 1983, 1997, 2155, 2176, 2178, 2203, 2247, 2254, 2306, 2377 del C.C.

87 Art. 1567 Y 1647 del C.C.

88 El art. 1 de la Ley 95 de 1890 plantea que "se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

89 El inciso tercero del art. 1604 del C.C ordena que quien quiera aprovecharse del caso fortuito o fuerza mayor debe probarlo fehacientemente de acuerdo con los medios que para el efecto consagra el C.G.P.

hecho. Lo normal es que las partes no respondan por la fuerza mayor, excepto en caso de mora en el cumplimiento de la prestación como lo establecen las normas antes citadas.

(vii) Si la cosa extraviada reaparece, habría que tener en cuenta dos situaciones, la primera es que ya el deudor pagó al *accipiens* como lo ordenan las normas del art. 1731, entonces en este caso el acreedor tendrá la facultad de reclamar la transmisión y entrega de la cosa pero devolviendo al deudor o al solvens lo recibido como pago por cumplimiento de la obligación. La segunda situación tiene que ver con que el deudor aun no hubiera empezado a cumplir con la alternativa que le concede la ley, entonces no habrá problema alguno en que el acreedor recoja la cosa y todo quede saneado para las partes.

(viii) Uno de los efectos de la pérdida de la cosa es el surgimiento de la figura de la acción subrogatoria y oblicua y es el caso que aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquéllos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa, conforme lo permite el art. 1736 del C.C.

En este caso se ha de tener en cuenta el mandato del art. 1960 del C.C en lo referente al aviso que el cesionario debe dar al deudor de la cesión que se hace del crédito, lo cual se hará a través del juez que conoce del asunto, para que tenga plena validez.

(ix) Puede suceder que el deudor destruya o haga perder la cosa objeto de la prestación pero sin que medie intención de hacerla para causar daño a su acreedor, es decir, desconociendo que ese bien es el comprometido en el contrato o en la convención. En ese caso no habrá lugar a indemnización de perjuicios pero si tendrá que pagar el precio de la cosa si es que ya lo recibió de manos del acreedor. Esta es una situación bastante curiosa que trae la norma en el art. 1737, pero claro está que en caso de acción por parte del acreedor, ese deudor tendrá que controvertir la culpa y que efectivamente está exento de ella en la producción del hecho que le trae perjuicios al acreedor.

(x) Si la cosa se pierde o destruye por acción de un tercero que es dependiente del deudor, responde éste conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual por el hecho del tercero contenidas en los arts. 2341 al 2349 del C.C Quiere decir lo anterior que el hecho del tercero dependiente no lo exime de responsabilidad al deudor, pues son personas que de una u otra manera obran en nombre o en representación del deudor. Es el típico caso de los trabajadores dependientes del acreedor, como obreros, conductores, mensajeros, etc.

(xi) Si el acreedor está en mora de recibir la cosa ya ofrecida por el deudor y la cosa perece, solo será responsable ese deudor de la culpa grave o del dolo en la pérdida de esa cosa. Es un castigo al acreedor moroso el permitir que su deudor cumpla con la obligación. De todos modos la obligación si se extingue.

(xii) La imposibilidad de ejecución de la prestación también puede suceder cuando se trata de aquellas obligaciones “de hacer no fungible” o personalísimas, es decir, que se han pactado *intuitu personae* o por la calidad de la persona y ésta perece, lo cierto es que en tal caso hay imposibilidad absoluta para exigir coercitivamente el cumplimiento de la obligación, cosa contraria cuando se trate de obligaciones de hacer fungible, cuando cualquier otro sujeto del mismo perfil podrá ejecutar el objeto contractual.

En el sitio web de la Universidad de los Andes, citado en el pie de página, encontramos un preciso resumen acerca de los requisitos y efectos de esta figura:⁹⁰

“1. La imposibilidad debe ser sobreviniente ya que de lo contrario se estaría hablando de un fenómeno de inexistencia o nulidad del acto.

2. La imposibilidad debe ser total y definitiva para que opere como causal de extinción de una obligación.

3. En las obligaciones de dar o entregar, si la obligación es de género no se configura esta causal porque el género no perece.

4. La desaparición del cuerpo cierto dará aplicación a la teoría de los riesgos y ésta variará según si se trata de un acto comercial o civil.

5. La pérdida por caso fortuito o fuerza mayor cuando el deudor esté en mora sólo acarreará la indemnización por los perjuicios moratorios.

6. La imposibilidad extingue la obligación con todos sus accesorios, liberando al deudor.

7. La imposibilidad de la obligación dará lugar a la aplicación de la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales, la cual varía en el régimen civil y comercial.

8. La pérdida por caso fortuito o fuerza mayor cuando el deudor esté en mora sólo acarreará la indemnización por los perjuicios moratorios”.

Los arts. 929 y 930 del C.Co, consagran esta figura así: *“En la venta de un “cuerpo cierto”, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa.*

Art. 930. Si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad”.

90 http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=imposibilidad_de_ejecucion

Nos parece más claro y preciso el mandato del código de comercio y de verdad no ofrece duda alguna para su aplicación.

En la misma página de la citada universidad se presenta, para el estudio de este tema, un listado de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el cual comparto con la venia de esa Institución:

“Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de diciembre de 1962, M.P. Enrique López de la Pava, “G.J.” t. C, p. 269

Corte Suprema de Justicia Fecha: 6 de mayo de 1968. Magistrado Ponente: Flavio Cabrera Dussán, “G.J.” t. CXXIV, pp. 98-100

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de julio de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 5475

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de octubre de 2009, M.P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3103-028-2004-00605-01.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de septiembre de 2013, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, exp. C-11001-3103-043-2006-00339-01”.

Transcribimos un aporte doctrinal tomado de la página web www.gerencie.com relacionado con la extinción de las obligaciones cuando ocurre la pérdida de la cosa comprometida en la prestación.

“Pérdida de la cosa que se debe.

La pérdida de la cosa que se debe, extingue la obligación en los siguientes casos contemplados en el art. 1729 del Código Civil:

- *Cuando perece el cuerpo cierto.*
- *Se destruye.*
- *Deja de estar en el comercio.*
- *Porque desapareció y se ignora si aún existe.*

En los contratos en los que la obligación es la entrega de un cuerpo cierto siempre que la cosa perece en manos del deudor se presume que ha sido por culpa suya.

Entonces la obligación existe cuando el cuerpo cierto perece por culpa del deudor o estando éste en mora, en este caso le corresponde al deudor pagar el precio de la cosa e indemnizar al acreedor por los perjuicios causados; la presunción de que siempre que la cosa perezca en manos del deudor, se presume que ha sido por culpa suya, es una presunción legal, es decir, que admite prueba en contrario.

Por otra parte, si el cuerpo cierto perece en manos del deudor estando en mora, pero este perece por caso fortuito, en el cual, igual hubiese perecido la cosa en manos del acreedor, el deudor solo deberá la indemnización de los perjuicios por mora causados al acreedor.

En lo que respecta a la carga de la prueba cuando se trata de caso fortuito le corresponde al deudor probarlo, en el caso de que alegue que el cuerpo cierto hubiese perecido de igual manera por el caso fortuito en manos del acreedor, también le corresponde probarlo.

Cuando la cosa ha perecido por el hecho o culpa de un tercero, se extingue la obligación, pero podrá el acreedor iniciar todas las acciones que tenga el deudor en contra de aquellos culpables del perecimiento de la cosa. Se entiende por cuerpo cierto la cosa que es inadmisiblemente confundirla con otra.

Por último, es preciso recordar que en las obligaciones de cuerpo cierto, le corresponde al deudor conservar la cosa hasta la entrega; si el deudor incumple con esta obligación le corresponde indemnizar los perjuicios que cause al acreedor, pero esto si el acreedor no ha incurrido en mora de recibir.

¿Qué sucede con la obligación cuando el deudor está en mora de entregar y el cuerpo cierto se destruye?

Se pensaría que cuando la obligación del deudor consiste en la entrega de un cuerpo cierto y éste se destruye la obligación del deudor se extingue, y en cierta forma el Código Civil así lo establece, pero si bien la obligación principal que es la de entregar no se puede satisfacer, existen otras formas a través de las cuales debe responder el deudor, cuando incurre en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- *Cuando la cosa se destruye por culpa del deudor.*
- *Cuando la cosa se destruye estando el deudor en mora de entregar.*

En ambas situaciones, cuando la cosa se destruye, la obligación no se extingue, ya que le corresponde al deudor pagar el precio de la cosa y debe indemnizar al acreedor por los perjuicios que su actuar le haya causado. Cuando la cosa se destruye por caso fortuito, estando el deudor en mora, es importante que éste pruebe que la cosa de igual forma se hubiera destruido en manos del acreedor, ya que si lo acredita solo es obligado a indemnizar los perjuicios por la mora, pero no está obligado a pagar el precio.

Si el deudor no acredita que la cosa por el caso fortuito hubiere perecido de igual forma en poder del acreedor, le corresponderá pagar el precio y la indemnización por los perjuicios, así se encuentra establecido en el inciso segundo del art. 1731 del Código Civil, el cual establece:

“Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

Sin embargo, si el deudor está en mora, y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo, en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora”.

La carga de la prueba de que el caso fortuito hubiere ocurrido a la cosa de igual manera en manos del acreedor, le corresponde al deudor, es decir, este debe probar tal situación.

Por último, hay que establecer que pese a la regla dicha anteriormente, cuando se ha constituido responsable del caso fortuito al deudor, se estará a lo establecido por las partes en el contrato, según lo establece el Código Civil.

¿En el contrato de prenda civil quién tiene la acción para recobrar la cosa cuando esta se pierde y que pasa cuando la cosa se destruye?

Debido a que el contrato de prenda civil se perfecciona con la entrega de la cosa mueble al acreedor como garantía de la obligación, esto significa que a diferencia de la prenda comercial el acreedor siempre va a tener la tenencia de la cosa mueble gravada con la prenda.

El contrato de prenda es un contrato real, se perfecciona con la entrega de la cosa empeñada que hace el deudor al acreedor, según lo establecido en el art. 2409 del Código Civil, el cual dice lo siguiente: “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”.

Entonces ¿Qué pasa cuando el acreedor pierde por alguna circunstancia la tenencia de la prenda? Cuando el acreedor pierde la tenencia de la cosa empeñada las normas civiles lo facultan para que inicie la acción correspondiente para recobrarla, la cual se ejerce en contra de cualquier persona que tenga en su poder la cosa.

La acción para recobrar la cosa empeñada que tiene el acreedor prendario se puede ejercer aun en contra del deudor prendario, quien fue el que constituyó el gravamen sobre el bien. Solo podrá el deudor retener la cosa empeñada cuando se cumpla en su totalidad la obligación o se pague la deuda por la que fue constituida la garantía o seguridad.

Si el deudor retiene la cosa empeñada pagando la totalidad de la deuda no puede el acreedor reclamarla con el argumento de que el deudor le debe otros créditos, esto según lo establecido en el inciso final del art. 2418 del Código Civil.

Por otro lado, ¿Qué pasa si la cosa dada en prenda se destruye? Primeramente hay que tener en cuenta que el acreedor prendario tiene la obligación de guardar y conservar la prenda y responde por los detrimentos que haya sufrido la cosa por su hecho o culpa.

Además, si la cosa empeñada se destruye esto también causa la extinción del contrato de prenda, entonces la prenda se extingue con la destrucción de la cosa y si ésta se destruye por un hecho o culpa del acreedor él deberá responder por esta situación.

¿Si la cosa objeto de la obligación se pierde se extingue la obligación?

El art. 1625 del Código Civil cataloga como una forma de extinguir las obligaciones la pérdida de la cosa que se debe, de acuerdo con esto se podría entender que una vez ha perecido la cosa objeto de la obligación se termina ésta, sin embargo, no es así de simple como parece.

Solo se extingue la obligación cuando la cosa objeto de esta perece o se pierde, cuando no se trata de un cuerpo cierto, es decir, que se puede afirmar que la cosa no era única y se puede reemplazar por otra; pues cuando se pierde una cosa objeto de una obligación y no es un cuerpo cierto fácilmente podría reemplazarse por otra de la misma calidad y género.

Pese a que cuando se trata de cuerpos ciertos la pérdida de la cosa extingue la obligación no queda del todo liberado el deudor, pues dependiendo de una serie de circunstancias éste sigue siendo responsable del cumplimiento de la obligación. Hay que establecer que el Código Civil habla de una presunción de culpabilidad que recae sobre el deudor cuando la cosa se pierde en poder de éste.

Bajo esta presunción le corresponde al deudor desvirtuar dicha culpa mediante las pruebas que pretenda hacer valer para demostrar que la cosa se perdió sin que haya mediado un hecho o culpa suya. Si el deudor se encontraba en mora de entregar la cosa y esta perece la obligación no se termina.

De igual forma sucede cuando ha mediado la culpa o un hecho del deudor en la pérdida de la cosa, subsiste la obligación, pero surge una duda ¿Cómo se cumple la obligación si la cosa objeto de ella se perdió o no existe?

La obligación sigue existiendo aunque que el cuerpo cierto haya perecido o se haya perdido, simplemente se cambia el objeto de la obligación, por ende el deudor debe el precio de la cosa y la indemnización por los perjuicios que la no entrega de la cosa le haya generado al acreedor.

Por otro lado, en caso de que ocurra un caso fortuito y por esto la cosa se pierda o perezca estando el deudor en mora, solo deberá el deudor la indemnización

siempre y cuando se establezca que la cosa hubiere perecido de igual forma en manos del acreedor, de lo contrario también deberá el deudor el precio de la cosa.

Si la cosa perece o se pierde por el hecho de una persona a cargo del deudor, se entiende que es como si fuera culpa del deudor, pues dicha situación se subsume en la responsabilidad de éste; entonces, por la pérdida de la cosa no se extingue la obligación, cuando ha mediado para que esto ocurra de manera directa o indirecta la culpa del deudor o éste se encontraba en mora de entregar.

¿Quién tiene el riesgo de la cosa en las obligaciones condicionales?

Hay obligación condicional cuando ésta depende de la ocurrencia de un hecho futuro que pueda que suceda o no, una vez cumplida o verificada la condición se entiende que hay obligación, por ende no puede reclamarse el cumplimiento de la obligación mientras no se haya verificado la condición, de conformidad con lo establecido en el art. 1542 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

“No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente.

Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

¿De quién es la responsabilidad cuando la cosa objeto de una obligación condicional perece?

Hay que destacar que respecto a la responsabilidad de la cosa cuando ésta perece hay que observar si esta perece antes de cumplirse la condición, si ese es el caso la responsabilidad depende de lo siguiente:

- Si el deudor no tiene la culpa la obligación se extingue, debido a que la cosa objeto de la obligación ya no existe.

- Si el deudor tiene la culpa, tiene la obligación de pagar el precio e indemnizar por los perjuicios.

Por otro lado, si la cosa existe al momento de cumplirse la condición, se debe ésta en el estado en que se encuentre al acreedor, es decir, que el acreedor puede aprovecharse del aumento o mejoras de la cosa, pero de igual forma sufre el deterioro a menos que este provenga por culpa del deudor.

Cuando la cosa existe al momento de cumplirse la condición pero ésta se encuentra deteriorada por culpa del deudor el acreedor puede:

- Pedir que se rescinda el contrato con derecho a indemnización de perjuicios o,

aceptar la cosa tal cual como se encuentra, de igual forma con derecho a indemnización de perjuicios.

La responsabilidad del deudor respecto a la cosa objeto de la obligación condicional, cuando ésta perece o se deteriora depende de si dicho deterioro o pérdida se generó por la culpa de éste, de conformidad con lo establecido en el art. 1543 del Código Civil⁹¹”

¿Qué es la acción subrogatoria y oblicua?

Acción subrogatoria y oblicua es aquella concedida por la ley al acreedor para que, en determinados casos, ejerza las acciones y derechos de su deudor que los omite en perjuicio de su patrimonio.

El art. 2489 del C.C autoriza al acreedor para subrogarse en caso de insolvencia de su deudor, en los derechos reales de usufructo, prenda y retención. Es decir, que cuando la propiedad nuda o plena del deudor, está en manos de un tercero que detenta la cosa, puede el acreedor subrogarse en el derecho de su deudor, cancelando el valor reclamado o discutido por el tercero, para que el bien regrese a patrimonio del deudor, por parecerle más ventajosa esta acción, que esperar a un posible éxito del deudor. En la subrogación de derechos personales, el art. 2023 C.C se refiere a la acción subrogatoria respecto del arrendador y el art. 2026 a la del arrendatario.

Pero el acreedor, para subrogarse en los derechos del arrendatario como es el derecho de tenencia de éste sobre la cosa arrendada, debe prestar caución o fianza a satisfacción del arrendador. Así, la ley ampara la situación más difícil para el arrendador, cuando un tercero pretende tomar la posición del arrendatario; este requisito no opera para subrogar al arrendador.

Otro caso es el contemplado en el art. 1736 del C.C que ya se explicó y en esta situación se llega así a la sustitución procesal.

Igualmente, es el caso mencionado en el art. 1295 del C.C el Título VII del Capítulo II relacionado con la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudio e inventario, según el cual los acreedores del que repudia la herencia que legalmente le corresponde en la sucesión en perjuicio de los derechos de ellos, *“podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso, la repudiación no se rescinde sino a favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos y en el sobrante subsiste”*⁹².

91 <https://www.gerencie.com/perdida-de-la-cosa-que-se-debe.html>

92 Art. 493 C.G.P: Aceptación por los acreedores del asignatario. Con el fin de iniciar el proceso de sucesión o para intervenir en él, mientras no se haya proferido sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes, cualquier acreedor de un heredero o legatario que hubiere repudiado la asignación podrá solicitar al juez que lo autorice para aceptarla hasta concurrencia de su crédito, para lo cual deberá afirmar, bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación del escrito, que la repudiación le causa perjuicio.

El juez concederá la autorización si se acompaña título que pruebe el crédito, aunque esté sujeto a plazo o condición pendiente. El auto que niegue la solicitud durante el curso del proceso es apelable en el efecto diferido; el que la concede en el devolutivo.

También es el caso del art. 1451 del C.C en cuanto a los actos que no constituyen donación y es que “no dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.”

Dada tal situación, los acreedores pueden pedir al juez de la herencia que los autorice para sustituirse a un deudor que repudia en contra de los derechos de ellos, pero hasta concurrencia de sus créditos.

¿Qué sucede si la cosa se pierde durante la mora del acreedor?

Hay que partir de la premisa que el deudor ya le hizo la oferta de pago al acreedor en las condiciones y especiales exigencias de éste para la entrega de la cosa y es el acreedor quien no cumple recibéndola oportunamente y el bien desaparece o se pierde o se destruye sin culpa grave o dolo del deudor, en este caso, la obligación se extingue⁹³ y no hay lugar a las indemnizaciones de perjuicios, pues sería lo más injusto condenar al deudor a unos pagos cuando él estuvo presto a cumplir con lo pactado. Al acreedor le corresponderá probar la culpa grave o el dolo del deudor en la destrucción o pérdida de la cosa.⁹⁴

El art. 1543 del C.C prescribe que: “Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, **se extingue la obligación**; y si por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.” (negrilla ajena al texto original).

¿Cuáles otras circunstancias constituyen pérdida de la cosa?

Dice el art. 1729 del C.C que también cuando las cosas dejan de estar dentro del comercio se entiende que también perecen, y será el caso cuando por motivos de orden público o de seguridad nacional o por salubridad se dicta una norma que saca del comercio los bienes que antes tenían libre tráfico. Queda claro que existe imposibilidad de cumplir el pacto contractual y no habrá lugar a responsabilidad alguna ni a indemnizar al acreedor por esta causa. Un ejemplo parecido es el caso de los precursores químicos con los cuales se producen drogas alucinógenas, psicodépendientes o narcóticos. El Gobierno colombiano viene expidiendo toda una serie de normas tendientes a combatir la producción de narcóticos y por ello cada día retira del libre comercio varias sustancias químicas que sirven como materia prima para esos avatares, llamándoles precursores químicos.

El principal efecto en estas circunstancias es que la obligación se extingue por un acto del gobierno que era imprevisible para las partes al momento del contrato.

93 Ver arts. 1604, 1733, 1883 del C.C.

94 Ver arts. 1729 a 1739 del C.C.

¿Desde cuándo se debe la indemnización por la mora del deudor?

Es apenas obvio que la indemnización por la mora se deba desde cuando sucede ésta, y no antes y no después, ya que es una ecuación que reiteramos se cumple inexorablemente; ante el incumplimiento puntual de la obligación, ocurre automáticamente la mora y luego nace, de inmediato, la obligación de indemnizar todo perjuicio ocasionado.

Pero aquellos casos cuando las partes no fijaron un término o plazo para el cumplimiento de la obligación, conforme al art. 423 del C.G.P, con la notificación del auto de mandamiento ejecutivo de pago, queda en mora o se constituye en mora el deudor.

¿Cómo se extingue la obligación de pagar el legado?

Veamos algunas circunstancias en las cuales se produce la extinción de la obligación de pagar el legado y que son hechos que ocurren en vida del testador:

(i) Si en vida del testador se destruye la cosa o especie legada se extingue también la obligación de pagar tal legado.

(ii) Igualmente, si la especie legada es un bien mueble y el testador en vida la utiliza para hacer otra cosa, es decir, si la toma y la transforma sustancialmente en otra utilidad, quiere decir que el legado ha sido revocado y por consiguiente la obligación queda extinguida.

(iii) La misma enajenación que se haga de los bienes objeto del legado es una muestra clara de la revocación del legado y, por lo tanto, la obligación de pagarlo al fallecer el testador queda extinguida⁹⁵.

¿Qué sucede si el testador gravó con prenda o hipoteca el bien objeto del legado?

Los gravámenes que se constituyan sobre la cosa dejada en legado, no extinguen la obligación de pagarlo a la muerte del *de cuius*, pero lo cierto es que en caso de muerte del testador ese gravamen pasa al legatario quien tendrá que cancelarlo si quiere acceder al bien asignado por aquel⁹⁶.

¿Qué sucede si se pierden las cosas debidas alternativamente?

En este caso hay que dilucidar si la pérdida o destrucción de la cosa se debió a culpa del deudor, situación en la cual se aplican las reglas generales y particulares que hemos planteado en este trabajo, con la aclaración que si la escogencia era del deudor, él, de entre las varias alternativas, escogerá el precio a pagar o escogiendo el acreedor, el precio de la cosa que escoja éste (art. 1561).

95 Ver arts. 1162 al 1193

96 Ver arts. 1173, 1186, 1193 inc. 3 y 1566 del C.C.

Ahora, si lo anterior sucede sin culpa o dolo del deudor, la obligación se extingue por carencia de objeto de la obligación.

¿Qué sucede si se pierden las cosas debidas facultativamente?

Ya sabemos que en esta clase de obligaciones el acreedor solo está legitimado para pedir el cumplimiento de la obligación principal pactada en el contrato (art. 1563 del C.C), pero si esa cosa perece sin culpa del deudor y no estando éste en mora, no puede pedir otra cosa.

Esta es una excepción al postulado de que se pacta la obligación facultativa, precisamente para que el deudor tenga la posibilidad de cumplir con la prestación con el objeto sustituto, previamente designado por las partes en el contrato.

¿Qué sucede con los aumentos naturales en los bienes de la sociedad conyugal?

Lo normal es que todo incremento al valor de los bienes comunes y propios de la sociedad conyugal sea de ésta, pero si la misma se disolvió y se liquida, los aumentos que le ocurran a tales bienes serán de cada propietario y nada debe al otro. Este es un modo de extinguir la obligación entre cónyuges, de reconocer y compartir los incrementos de valor de los bienes sociales⁹⁷.

Extinción de la obligación por el evento de la condición resolutoria expresa o extintiva⁹⁸.

Un tipo de obligación es aquella sometida para su cumplimiento a modalidades como lo es la condición, ésta consiste en un hecho futuro e incierto del cual pende tanto su nacimiento (suspensiva) como su extinción (resolutoria)⁹⁹

La obligación, en estos casos, se extingue plenamente cuando llegó o se cumplió el hecho futuro e incierto tenido como fundamento del contrato, como es el caso del art. 1939 del C.C o compraventa con pacto de retroventa. Si el vendedor-acreedor no decidió readquirir su propio bien que antes enajenó a su deudor-comprador dentro del término fijado para tal efecto, necesariamente la obligación de ese deudor se extingue y la titularidad del bien se consolida en cabeza de ese deudor-comprador por mandato de la ley, porque en estos casos lo que hay en un contrato de compraventa sometido a una condición resolutoria o extintiva, potestativa que depende del acreedor como lo estima el art. 1534 del C.C.

Son ejemplos de este tipo o clase de obligaciones los contratos que se celebran para el ejercicio del derecho de uso o habitación sometidos a una contingencia futura,

97 Ver arts. 1820 a 1836 del C.C.

98 Normas de derecho aplicables: 1531 a 1550 y 1935 a 1938 del C.C.

99 Art. 1536. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

como cuando el padre le confiere al hijo esos derechos reales “hasta cuando se gradúe como profesional” fijando un término, no plazo, para que ello suceda. Lo destacable es que cumplida la condición resolutoria, ese acreedor deberá restituir lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere (art. 1544 del C.C).

Otro caso curioso es el contemplado en art. 1944 del C.C y tiene que ver con la mejor oferta del precio por un tercero y dentro del año siguiente a la celebración del contrato bajo la modalidad de condición resolutoria. Si en ese lapso no aparece ese mejor postor u oferente, se extingue la obligación del comprador original de resolver el contrato. En la práctica este tipo de estipulaciones no tienen mucha acogida, sobre todo si se tiene en cuenta que puede prestarse para actos de mala fe, colusiones indebidas con el acreedor e inseguridad en los negocios jurídicos. En esos bienes sujetos al vaivén de la oferta y la demanda, como es el caso de los inmuebles en varias regiones del país, es común ver como los precios suben desmedidamente de un mes a otro, por tal motivo es mejor que en el pacto de la prestación se dejen claras las demás condiciones y reglas que regirán para la ejecución del contrato.

Volviendo al estudio de la doctrina nacional, encontramos lo siguiente en el tema de la condición resolutoria expresa y ordinaria¹⁰⁰:

“Definición: Es un pacto entre las partes de un contrato bilateral en virtud del cual la parte cumplida puede pedir la resolución del mismo si la otra incumple sus obligaciones. Cuando se pacta en el contrato de compraventa, la condición resolutoria expresa toma el calificativo de pacto comisorio, el cual puede ser simple o calificado.

Requisitos y efectos:

1. Es una modalidad que requiere pacto expreso, es decir, debe constar que la obligación se extinguirá por ocurrir un hecho futuro e incierto consistente en el incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.

2. Su efecto principal es que, una vez cumplida, el vínculo se extingue y procede la devolución al estado original por medio de las restituciones mutuas.

3. Una vez cumplida, no se deberán los frutos de la cosa objeto de la condición que se hayan causado en el tiempo intermedio, a menos que haya pacto expreso.

4. Se diferencia de la condición resolutoria ordinaria en que ésta es una modalidad de las obligaciones que consiste en un hecho futuro e incierto, que cuando se cumple extingue un derecho. En la condición resolutoria expresa el hecho futuro e incierto es el incumplimiento de alguna de las partes del contrato bilateral, mientras que en el caso de la ordinaria es cualquier otra condición diferente a ésta.

100 <http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co>

5. Cuando se pacta en el contrato de compraventa, la condición resolutoria expresa toma el calificativo de pacto comisorio, el cual puede ser simple o calificado.

6. La condición resolutoria expresa **es un modo indirecto de extinguir obligaciones** porque acaecida la condición (incumplimiento), y con el cumplimiento de los requisitos legales, se disuelve el vínculo contractual entre las partes y se extinguen en consecuencia las obligaciones y los derechos correlativos”. (Negritas para destacar la extinción de la obligación”

Para finiquitar este tema, es importante decir que esta clase de condición es totalmente diferente a la condición resolutoria tácita consagrada en el art. 1546 del C.C a la cual ya hicimos referencia atrás al estudiar la figura.

La no comparecencia del acreedor a recibir el pago, mora del acreedor y muerte del mismo.

Lo normal es hablar de la mora del deudor en las relaciones contractuales, pero hay casos en los cuales quien está en mora de cumplir con lo pactado es el acreedor o *accipiens*, tal es el caso cuando en la ejecución de un contrato bilateral válidamente celebrado por las partes quien tiene que iniciar a dar cumplimiento a las obligaciones contraídas es el acreedor, ejemplo, el almacén que vende electrodomésticos, los concesionarios de autos con ventas a crédito. Éstos deben entregar previamente las mercancías vendidas al futuro deudor para que las disfrute y empiecen a correr los términos o plazos para el pago de sus obligaciones mensuales o cuotas pactadas, pero éste no es el caso precisamente que estudiamos como extintivo de las prestaciones.

La mora del acreedor o *accipiens* que estudiaremos sucede cuando el deudor de la prestación está dispuesto a pagarla en los términos y condiciones pactadas en el acuerdo contractual, pero que por motivos o causas imputables solo al acreedor, ese pago no se puede realizar, entonces hablamos de la mora del acreedor en recibir o en permitir a su deudor extinguir la obligación.

El art. 432 del C.G.P trae parte de la solución jurídica para este tipo de moras que conllevan a la extinción de las obligaciones por parte del deudor. Veamos:

“Obligación de dar. Si la obligación es de dar especie mueble o bienes de género distintos de dinero, se procederá así:

1. En el mandamiento ejecutivo el juez ordenará al demandado que entregue al demandante los bienes debidos en el lugar que se indique en el título, si ello fuere posible, o en caso contrario en la sede del juzgado, para lo cual señalará un plazo prudencial. Además ordenará el pago de los perjuicios moratorios si en la demanda se hubieren pedido en debida forma.

2. Presentados los bienes, si el demandante no comparece o se niega a recibirlos sin formular objeción, el juez nombrará un secuestre a quien se le entregarán por cuenta de aquel y **declarará cumplida la obligación**; igual declaración hará cuando el demandante reciba los bienes. (Negrillas para resaltar)

La ejecución proseguirá por los perjuicios moratorios, si fuere el caso.

3. Si el demandante comparece y en la diligencia objeta la calidad o naturaleza de los bienes, el juez decidirá inmediatamente, salvo que considere necesario un dictamen pericial, en cuyo caso se entregarán a un secuestre que allí mismo designará.

Dentro de los veinte (20) días siguientes a la diligencia el ejecutante deberá aportar dictamen pericial para demostrar la objeción. Presentado el dictamen, se correrá traslado al ejecutado por el término de tres (3) días, dentro del cual podrá solicitar que se convoque a audiencia para interrogar al perito.

Vencido el término para aportar el dictamen, o el de su traslado al ejecutado, o surtida su contradicción en audiencia, según el caso, el juez resolverá la objeción. **Si considera que los bienes son de la naturaleza y calidad debidas, ordenará su entrega al acreedor**; la ejecución continuará por los perjuicios moratorios, si se hubiere ordenado su pago. Cuando prospere la objeción y se hubiere dispuesto subsidiariamente el pago de los perjuicios, continuará el proceso por éstos; en caso contrario se declarará terminado por auto que no tiene apelación. (Negrillas para resaltar que en este caso también el juez declarará extinguida la obligación por cumplimiento total de ella.)

En el supuesto de que los bienes no se presenten en la cantidad ordenada el juez autorizará su entrega, siempre que el demandante lo solicite en la diligencia, por auto que no tendrá recurso alguno, y seguirá el proceso por los perjuicios compensatorios correspondientes a la parte insoluta de la obligación, si se hubiere pedido subsidiariamente en la demanda y ordenado su pago”

Obsérvese que en este caso hay una extinción parcial de la obligación, pero extinción de todos modos.

Ahora, si la obligación del deudor es de hacer fungible¹⁰¹, el art. 433 del C.G.P trae esta solución:

“Art. 433. Obligación de hacer. Si la obligación es de hacer se procederá así:

1. En el mandamiento ejecutivo el juez ordenará al deudor que se ejecute el hecho dentro del plazo prudencial que le señale y libraré ejecución por los perjuicios moratorios cuando se hubieren pedido en la demanda.

101 Son aquellas que no se pactan in tuitu personae de modo tal que cualquier persona del mismo perfil del deudor la pueda realizar.

2. Ejecutado el hecho se citará a las partes para su reconocimiento. Si el demandante lo acepta, no concurre a la diligencia, o no formula objeciones dentro de ella, se declarará cumplida la obligación; si las propone, se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo anterior. (Negritas ajenas al texto para resaltar que es un modo de extinción de las obligaciones pactadas)

3. (...)”

¿Qué es el pago por consignación como modo de extinguir las obligaciones?

La figura del pago por consignación es un modo de extinguir las obligaciones contraídas por el deudor o *solvens*.

Según el Código Civil, la consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.

El art. 381 del C.G.P contiene el procedimiento para que tal pago sea válido y así la obligación se extinga. La norma en mención dice textualmente:

“Art. 381. Pago por consignación.

En el proceso de pago por consignación se observarán las siguientes reglas:

1. La demanda de oferta de pago deberá cumplir tanto los requisitos exigidos por este código como los establecidos en el Código Civil.

2. Si el demandado no se opone, el demandante deberá depositar a órdenes del juzgado lo ofrecido, si fuere dinero, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término del traslado. En los demás casos, se decretará el secuestro del bien ofrecido. Hecha la consignación o secuestrado el bien, se dictará sentencia que declare válido el pago.

Si vencido el plazo no se efectúa la consignación o en la diligencia de secuestro no se presentan los bienes, el juez negará las pretensiones de la demanda mediante sentencia que no admite apelación”.

En este caso no habrá extinción de la obligación y el deudor se sigue constituyendo en mora con las consecuencias propias de esta clase de incumplimientos, como lo es el pago de toda clase de perjuicios como lo ordena el art. 1614 y s.s. del C.C.

“3. Si al contestar la demanda el demandado se opone a recibir el pago, el juez ordenará, por auto que no admite recurso, que el demandante haga la consignación en el término de cinco (5) días o decretará el secuestro del bien. Practicado éste o efectuada aquella, el proceso seguirá su curso.

Si el demandante no hace la consignación, se procederá como dispone el inciso 2° del numeral anterior.

4. En la sentencia que declare válido el pago se ordenará: La cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la obligación, la restitución de los bienes dados en garantía, la entrega del depósito judicial al demandado y la entrega de los bienes a éste por el secuestre.

Parágrafo. *El demandante podrá hacer uso de las facultades previstas en el art. 1664 del Código Civil¹⁰²”.*

El Código Civil colombiano, en su Capítulo VII del Título XIV, también trae para la solución de la mora del acreedor esta figura del pago por consignación, como un complemento del art. 546 de la misma codificación y del art. 1609, pues en ambas normas se insinúa cómo es que si el deudor pretende reclamar el incumplimiento de su acreedor, tiene que demostrar que sí cumplió oportunamente, de modo debido o que se allanó a cumplir, en otra circunstancia es difícil que sus pretensiones sean prósperas. Veamos las normas a las cuales hemos hecho referencia:

Para que el pago por consignación sea válido no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor, ya que ese pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación.

Art. 1658¹⁰³. La consignación debe ser precedida de oferta y para que ésta sea válida reunirá las circunstancias que requiere:

1ª Que sea hecha por una persona capaz de pagar.

2ª Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante.

3ª Que si la obligación es a plazo, o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición.

4ª Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido.

5ª Que el deudor dirija al juez competente un memorial manifestando la oferta que ha hecho al acreedor, y expresando, además, lo que el mismo deudor debe, con inclusión de los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos; y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida.

6ª Que del memorial de oferta se confiera traslado al acreedor o a su representante.

102 Código Civil art. 1664. Mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación; y retirada se mirará como de ningún valor ni efecto respecto del consignante, de sus codeudores y fiadores.

103 Subrogado por el art. 13 de la Ley 95 de 1890.

Art. 1659. El juez, a petición de parte, autorizará la consignación y designará la persona en cuyo poder deba hacerse.

Art. 1660. La consignación se hará con citación del acreedor o su legítimo representante, y se extenderá acta o diligencia de ella por ante el mismo juez que hubiere autorizado la consignación. Si el acreedor o su representante no hubieren concurrido a este acto, se les notificará el depósito con intimación de recibir la cosa consignada.

Art. 1661. Si el acreedor se hallare ausente del lugar en que deba hacerse el pago, y no tuviere allí legítimo representante, tendrán lugar las disposiciones de los números 1o, 3o, 4o y 5o. del art. 1658.

La oferta se hará ante el juez el cual, recibida información de la ausencia del acreedor, y de la falta de persona que lo represente, autorizará la consignación, y designará la persona a la cual debe hacerse. En este caso se extenderá también acta de la consignación y se notificará el depósito al defensor que debe nombrársele al ausente.

Art. 1662. Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor.

Art. 1663. **El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación.** (Negrillas para resaltar este modo de extinguir las obligaciones a cargo del deudor.)

Art. 1665. Cuando la obligación ha sido, irrevocablemente extinguida, podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello. Pero en este caso la obligación se mirará como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella, y el acreedor no conservará los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo, y su fecha será la del día de la nueva inscripción”.

Para efectos de esta norma, entendemos que lo contemplado es que la obligación la extinguió por cualquier modo avistado en la ley, por ejemplo, la novación o una compensación total o parcial o por una remisión, figuras que trataremos más adelante en este trabajo.

De la Enciclopedia Jurídica extractamos las siguientes definiciones y explicaciones de la figura en el derecho español:

“Mora del acreedor.”¹⁰⁴

Conocida también por sus expresiones latinas *mora accipiendi* (retraso en recibir) o *mora credendi*, se produce cuando el acreedor no coopera para recibir o admitir

104

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/mora-del-acreedor/mora-del-acreedor.htm>

la prestación del deudor impidiendo que éste se libere de su obligación. La mora del acreedor excluye la mora del deudor. Para poner en mora al acreedor, el deudor deberá hacerle el ofrecimiento de pago y, en su caso, procederá a consignar el objeto de la prestación.

Ofrecimiento de pago

Es el acto jurídico por el que el deudor manifiesta al acreedor que va a cumplir la obligación y le requiere para que coopere en la medida indispensable para que la prestación pueda realizarse en favor del acreedor. Este ofrecimiento puede consistir en la exhibición de la cantidad o del objeto que se debe; pero también puede consistir en la simple puesta a disposición del acreedor de la cosa debida. Si es aceptada por el acreedor, se produce el pago por cumplimiento aceptado y la obligación queda extinguida. Si el acreedor no acepta la oferta del deudor, éste ya no podrá ser tenido como moroso. El acreedor no podrá alegar incumplimiento del deudor. En todo caso, se entiende que el ofrecimiento de pago se hace de buena fe; es decir, ofreciendo la entrega o la realización de lo debido en la forma y circunstancias previstas en la obligación. Declaración de voluntad del deudor, dirigida a su acreedor, de estar dispuesto al cumplimiento de lo debido y exigible. Una de las formas que facilitan y anuncian la extinción de las obligaciones y por la forma más natural: La ejecución de lo debido o pendiente de cumplimiento, por iniciativa del obligado.

Exprésase que consiste en la declaración de voluntad del deudor, dirigida a su acreedor, de estar dispuesto al cumplimiento de lo debido y exigible. Tal ofrecimiento es previo a la consignación (v.), pero no inseparable. Si el acreedor acepta lo ofrecido y ello satisface la obligación, ésta se extingue. Si se rechaza lo ofrecido y el deudor desiste de consignar, esa actitud no libera. Por último, no siempre cabe cumplir por consignación, factible en las obligaciones de dar, pero imposible en las de hacer, a veces, si el acreedor se opone, como realizar un trabajo en una propiedad suya cuyo acceso impide.

El ofrecimiento, que para el deudor tiene la desventaja de un reconocimiento más de su obligación, le brinda el revelarlo de mora y los perjuicios consiguientes, como el devengo de intereses”.

El plazo extintivo como modo contractual para extinguir las obligaciones civiles y comerciales.

El plazo, dice el Código Civil en su art. 1551 es “*la época que se fija para el cumplimiento de la obligación...*” También varios tratadistas, entre ellos Guillermo Ospina Fernández, afirman que el plazo es un hecho futuro y cierto, y nosotros le agregamos que de ese hecho depende, o la exigibilidad y ejecución de la obligación o su plena extinción.

Para nuestro estudio nos interesa el plazo extintivo, como la muerte de una persona, una fecha futura, cierta y precisa, un acontecimiento que tenga necesariamente suceder como las elecciones de congreso o presidente etc.

En los arts. 2287 a 2301 del C.C encontramos un típico ejemplo de un contrato sometido a plazo extintivo y es el denominado “*contrato de renta vitalicia*” el cual es aleatorio, es decir, que la extinción de la obligación depende de un alea como es la muerte más temprano o más tarde del acreedor, es oneroso porque este acreedor tuvo que dar una suma de dinero o bienes al deudor quien se obliga a pagar una renta o una pensión por el resto de vida o del acreedor o de un tercero hasta el día cuando muera el beneficiario. También se puede pactar por la vida del deudor y es válido. El art. 2290 en su inciso final establece que la pensión solo puede ser en dinero, lo cual hoy por hoy, con los avances de las relaciones contractuales no es aplicable, pues, existen centros de atención a adultos mayores o abuelos donde por el pago de una renta de modo anticipado o por cuotas mensuales, la institución deudora o prestataria del servicio se compromete a suministrar durante la vida o hasta determinada fecha, alimentación, vestido, habitación, medicinas, servicio médico y otros a esa persona.

En este caso, cuando muera la persona a quien se designó en el contrato como beneficiaria de la renta, hasta allí cesan las obligaciones del deudor, es decir ese plazo convenido, extinguió para siempre la obligación pensional.

Otro ejemplo que proponemos es el caso cuando el deudor concede el uso, el goce o habitación de sus bienes hasta cierta fecha o hasta cuando sobrevenga la muerte suya o la de un tercero o la del acreedor. Cumplida o llegada la fecha (hecho futuro y cierto) de plano se extingue la obligación del deudor y las cosas tienen que volver a su anterior estado.

También podríamos dar como ejemplo de este tipo de actos jurídicos cuyas obligaciones generadas se extinguen por la muerte del beneficiario para los casos de los pensionados por los fondos de pensiones estatales o particulares. Muerto el titular de ese derecho (acreedor - jubilado) cesa para el acreedor (fondo de pensiones) la obligación de pagar esa renta, excepto cuando hay derecho a la sustitución de esa pensión, aunque de todos modos con la muerte del sustituto también se extingue la obligación.

Hay otro tipo de rentas vitalicias y son aquellas que ofrecen las administradoras de pensiones de creación legal, como Colpensiones, Colfondos, Porvenir, Horizonte, etc. Y tienen que ver con la seguridad social de los trabajadores que poco a poco y por el término establecido en la ley van haciendo unos aportes para lograr adquirir una pensión de vejez. En tales modalidades encontramos un folleto de Porvenir, empresa que ofrece estas modalidades:

“Renta Vitalicia Inmediata

Con esta modalidad, tu pensión será pagada por una Compañía de Seguros que previamente efectúa una cotización de tu mesada, de acuerdo a las características de tu grupo familiar y del monto del capital que tengas en tu cuenta de ahorro individual.

Para ello, el Fondo de Pensiones traslada los recursos de tu cuenta de ahorro individual a la Compañía de Seguros para que ésta se encargue del pago de tu pensión.

El valor de la mesada pensional es uniforme en el tiempo y tiene un incremento anual de acuerdo a la inflación.

La Compañía de Seguros determina el monto de tu mesada pensional a partir del cálculo que realiza para financiar la pensión, sobre el saldo disponible en tu cuenta de ahorro individual y la fecha de nacimiento de los beneficiarios.

En caso de fallecimiento del pensionado, la pensión pasará a sus beneficiarios (Cónyuge, compañero (a) permanente, hijos con derecho y padres con derecho).

Retiro Programado

Con esta modalidad, tu pensión será pagada por el Fondo de Pensiones, en este caso Porvenir, de acuerdo a los recursos acumulados en tu cuenta de ahorro individual.

La AFP determina el monto de tu mesada pensional a partir del cálculo que realiza para financiar la pensión, sobre el saldo disponible en tu cuenta de ahorro individual, la fecha de nacimiento de los beneficiarios y la tasa de rendimiento esperada a futuro del Fondo Especial de Retiro Programado.

El valor del incremento de la mesada pensional dependerá de los rendimientos generados en el Fondo de Pensiones.

En caso de fallecimiento del pensionado, la pensión pasará a sus beneficiarios (Cónyuge, compañero (a) permanente, hijos con derecho y padres con derecho). Si no llegaran a existir beneficiarios de la pensión, el saldo de la cuenta de ahorro individual y el Bono Pensional harán parte de los bienes de la herencia.

Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida

Es una combinación entre las modalidades de pensión de Renta Vitalicia Inmediata y Retiro Programado. Consiste en que el pensionado contrata una Renta Vitalicia que debe ser pagada en un tiempo futuro y durante el momento en que se contrata esta renta, el Fondo de Pensiones paga las mesadas pensionales bajo el esquema de retiro programado.

La AFP determina el monto de la mesada pensional en el período de retiro programado; la aseguradora, en cambio, establece el monto de la pensión para la renta vitalicia. El pensionado decide el tiempo por el cual desea recibir la pensión por retiro programado. Se contrata la renta vitalicia desde el momento en que se adquiere el estatus de pensionado.

La Compañía de Seguros inicia el pago de la pensión de forma diferida, es decir, una vez termine el tiempo del retiro programado. En la cuenta individual queda el capital necesario para financiar el retiro programado por el tiempo acordado.

El valor de la mesada pensional debe ser uniforme en el tiempo de disfrute tanto en el retiro programado como en la renta vitalicia.

El re cálculo de la pensión se hace cada año según la modalidad que esté disfrutando: Retiro Programado de acuerdo a los rendimientos, Renta Vitalicia de acuerdo al IPC¹⁰⁵”.

En el portal www.gerencia.com encontramos otro concepto doctrinario de los contratos civiles de renta vitalicia así:

“En qué consiste el contrato de renta vitalicia?¹⁰⁶

Existen contratos en derecho civil que tienen el carácter de aleatorios, es decir, que dependen solo del azar, entre los cuales está la renta vitalicia la cual se encuentra consagrada en el art. 2287 del Código Civil el cual expresa lo siguiente:

“La constitución de la renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos o de un tercero”

Este tipo de contrato además de ser aleatorio es oneroso, ya que para obtener dicha renta hay que pagar un precio; otra de las características de este contrato es que es solemne ya debe ser constituido por escritura pública. Ésta puede ser constituida a favor de dos o más personas, la condición es que existan al momento de constitución del contrato.

En cuanto al costo se da para poder percibir la renta vitalicia, éste puede ser en dinero o en bienes muebles o inmuebles, pero cuando ya se trate de pagar la renta vitalicia ésta si se debe hacer en dinero; entonces otra de las características de este contrato es su carácter de real; ya que se perfecciona con la entrega del precio.

Puede darse el caso en el que se constituya una renta vitalicia de carácter gratuito, en este caso deja de ser un contrato aleatorio y se regirá por las normas de las donaciones en cuanto lo que se refiere a la renta vitalicia no le sea aplicable.

105 www.porvenir.com.co/Personas/

106 www.gerencia.com

Volviendo a la renta vitalicia como contrato aleatorio, éste puede ser nulo cuando antes de entregarse el precio muere la persona de cuya existencia dependía la duración de la renta, es decir, muere el beneficiario de la pensión.

Otra de las características de este tipo de contrato la ha definido la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de Junio 16 de 1953 de la siguiente manera:

Es unilateral, ya que de su definición resulta que es un contrato en que una persona se obliga a pagar a otra una renta o pensión y por cuanto que como solo se perfecciona con la entrega, el contrato no existe antes de que ella se cumpla, y una vez perfeccionado apenas surge la obligación de debi-rentista de pagar la pensión acordada”

En conclusión, con la muerte del acreedor o del beneficiario del contrato de renta vitalicia, se extingue la obligación del deudor de suministrar pensión u otro medio de subsistencia así como lo había pactado.

Muerte del deudor o del acreedor como modos de extinción de las obligaciones.

Normalmente la muerte del deudor o del acreedor no extingue la obligación si recordamos que el patrimonio del de *cujus* pasa o se transmite por causa de muerte a sus herederos o asignatarios y en esto no hay dificultad alguna para entender el tema y se resuelve de conformidad con las normas propias del derecho herencial¹⁰⁷.

Habrán casos en los cuales ese hecho de la muerte del *accipiens* o del *solvens* sí tiene incidencia en el crédito y consecuencias jurídicas para el mismo y para las partes.

Observemos estas situaciones:

i) Contratos celebrados en atención a la calidad de las personas obligadas, especialmente del deudor (*Intuitu personae*).

ii) Cuando se trate de acreedores de derechos personalísimos como los contemplados en los arts. 411 a 427 del C.C relacionados con las obligaciones a suministrar alimentos a determinadas personas, ya sea por el hecho del parentesco o por otros motivos contemplados en la ley o en la voluntad del acreedor, como el caso vislumbrado en el art. 427 del C.C.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 266 del 28 de abril de 2017:

“Estimó que la obligación alimentaria no puede entenderse extinta solo por el fallecimiento del alimentante. Esto quiere decir que si se evidencia que la necesidad persiste esta obligación se transfiere, al menos, en principio, como un pasivo que

¹⁰⁷ Ver arts. 1008 a 1442 del C.C, normas que contienen todo lo relacionado con la herencia y legados.

hace parte de la masa sucesoral. Sin embargo, aclaró la Sala, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de eventos en los que dicha obligación estaba garantizada en la mesada pensional del alimentante y en los que, tras su fallecimiento, resulta posible que ésta permee el proceso de sustitución pensional y termine implicando a un tercero que en comienzo no estaría obligado por el principio de solidaridad para asumir la obligación alimentaria. Al respecto recordó que en la Sentencia T-203 del 2013 se desarrollaron cinco requisitos que deben materializarse para que la situación mencionada pueda tener lugar, éstos son:

- *Se trate de un sujeto de especial protección constitucional.*
- *Exista una sentencia judicial en la cual se reconozca una acreencia alimentaria a favor del accionante y se asegure su pago con un porcentaje de una pensión de vejez o de invalidez.*
- *Se encuentre probada la necesidad de alimentado.*
- *Exista una sustitución pensional de la prestación con la que se aseguraba la cuota alimentaria.*
- *En el evento de autorizarse el descuento de la cuota alimentaria, no se vean afectados los derechos fundamentales del beneficiario de la prestación sustituida.*

Ahora bien, y respecto al segundo de los requisitos, el alto tribunal concluyó que no debe ser entendido estrictamente como la obligación del juez de verificar la existencia de una decisión judicial que haya declarado la existencia de la obligación y haya fijado su pago en un porcentaje de la pensión que recibía el alimentante, sino que, por el contrario, lo que debe acreditarse es un título a partir del cual:

- *Se tenga certeza respecto de la existencia de la obligación alimentaria y*
- *Que su pago estará a cargo de la pensión del alimentante”¹⁰⁸.*

iii) En el caso de las obligaciones de hacer no fungible, es decir, obligaciones personalísimas en las cuales solo ese deudor es quien tiene el compromiso para cumplir y no otra persona como lo indica el art. 1630 del C.C. Esta norma prescribe que: “pago por terceros. Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o el talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”.

Tiene especial importancia este tema por cuanto mientras el solvens exista, la obligación también existe y hay una posibilidad o expectativa de cumplimiento pero si aquel fallece, no habrá lugar para exigir el cumplimiento de la prestación

108 Corte Constitucional en Sentencia T- 266 del 28 de abril de 2017

por exclusión de materia. Sería el caso de un famoso pintor o escultor o cantante o artista de las tablas o un prestigioso cirujano o especialista en determinada rama de la ciencia de la medicina, o un reconocido conferencista o inventor, es decir, cualquier persona que cumpla con la condición *in tuitu personae*. Cuando se presente este escenario es claro que la obligación queda extinguida y corresponderá a los herederos o asignatarios cuadrar cuentas con los acreedores del de *cujus*.

El art. 2198 consagra la posibilidad que cuando se trate de mandatarios conjuntos, si son dos o más los mandatarios y por la celebración contractual del mandato están obligados a obrar conjuntamente, la falta de uno de ellos, por cualquiera de las faltas consagradas en el art. 2189 del C.C pondrá fin al mandato.

“El mandato termina:

1... 2...3...4...5. Por la muerte del mandante o del mandatario”. Esto quiere decir que las obligaciones nacidas del contrato de mandato se extinguen con la muerte del mandante o del mandatario, si no se pactó otra cosa para el caso de la muerte del mandante.

iv) Cuando existe acuerdo previo entre las partes para que por la muerte de alguna de ellas, se extingan las obligaciones contraídas en un contrato y es el caso, por ejemplo, de los derechos reales de uso, usufructo, habitación y otros créditos etc. En estas circunstancias es claro que se debe respetar la voluntad de las partes y entonces las obligaciones quedan extinguidas.

v) En el caso de los contratos denominados de renta vitalicia, con la muerte del acreedor se extingue la obligación. En este tipo de contratos, la obligación está sometida a un plazo extintivo y el acaecimiento del hecho o contingencia futuros e inciertos es la muerte del acreedor o del deudor, dependiendo el cómo se pacte en el contrato. El art. 2287 establece que:

“La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero”.

Igualmente se podrá pactar por la vida de otras personas que existan al momento del contrato, lo pagado por el acreedor podrá ser una suma de dinero o la dación de bienes muebles e inmuebles, se tramita con escritura pública, se perfecciona con la entrega del precio y el respectivo registro si hay de por medio inmuebles y este tipo de contratos cuando son onerosos son también aleatorios, correspondiendo el alea a la muerte del deudor o del acreedor, según como se haya pactado.

El art. 2299 del C.C instituye que muerta la persona de cuya existencia pende la duración de la renta vitalicia, se deberá la de todo el año corriente, si en el contrato se ha estipulado que se pagase con anticipación, y a falta de esta estipulación se deberá solamente la parte que corresponda al número de días corridos.

Como conclusión, la muerte del acreedor o del deudor en este tipo de contratos es un modo indirecto de extinguir las obligaciones.

El desistimiento tácito

Este modo de extinguir las obligaciones civiles o comerciales no está contemplado en la legislación colombiana, pero trataremos de hacer una corta, precisa y clara explicación de cómo opera.

Desistir significa renunciar a algo, abandonar algo, como una cosa, una pretensión, un derecho etc., dimitir de una intención. Pues en el caso de las obligaciones puede suceder que el acreedor por cualquier motivo o causa no cobre a su deudor el crédito legalmente constituido ya sea en un contrato, o por un hecho jurídico o por la misma ley como fuente de las obligaciones y así pueden suceder varias cosas, o bien ese deudor al cabo del tiempo puede prescribir a su favor tal derecho por la inercia o incuria del acreedor, o bien de modo definitivo se manifiesta la conducta pasiva de éste y las cosas quedan así. Obsérvese que en todos los casos ese abandono de su derecho de accionar conllevaría a la extinción de la obligación indirectamente y por prescripción o por remisión de modo directo.

Hemos observado que los acreedores de algunas condenas patrimoniales dentro de procesos penales a su favor para el resarcimiento del perjuicio como fuente en el delito, abandonan la posibilidad de cobrar al delincuente los valores adeudados porque éstos siempre alegan carencia de bienes para pagar esas indemnizaciones¹⁰⁹. Igual ocurre en algunos accidentes de tránsito cuando quien causa el daño no paga voluntariamente la indemnización por los daños causados y el acreedor se cansa de cobrar, entonces abandona su derecho por imposibilidad de obtener ese resarcimiento.

Desistimiento unilateral. Este modo de extinción de las obligaciones se manifiesta en el contrato de mandato, en el de depósito, arrendamiento por plazo indeterminado y en el de la sociedad por término ilimitado.

La dación en pago como modo de extinción de las obligaciones

La dación en pago *-datio in solutum-* es un modo de extinguir las obligaciones que tiene especial tratamiento legal porque se sustrae de las reglas comunes de pago al tenor del art. 1627 del C.C en cuanto al acreedor hay que pagarle la obligación en los términos y requisitos del contrato o de la convención y tampoco se le podrá exigir que reciba como pago otra cosa diferente de la comprometida aun alegando que la ofrecida es de mejor calidad, cantidad o precio. La conducta del deudor en estas circunstancias constituye un incumplimiento de la obligación con todas las consecuencias propias del mismo como lo prescribe el art. 1546 del C.C.

¹⁰⁹ En muchas ocasiones el miedo o temor para cobrar al delincuente esos valores, hacen que el acreedor abandone su derecho patrimonial para evitar enfrentarse al sujeto y empeorar más su situación.

La Superfinanciera de Colombia emitió el siguiente concepto que por claro e importante lo transcribimos:

“Dación en Pago Concepto No. 2001032588-1. Septiembre 3 de 2001 de la Superintendencia Financiera de Colombia

Síntesis: Naturaleza y requisitos de la dación en pago. «(...) relata algunos hechos relacionados con un proceso de dación en pago adelantado para cubrir obligaciones contraídas con un establecimiento bancario que hasta la fecha no ha sido posible perfeccionar, puesto que en su condición de deudor no acepta la inclusión de una cláusula en el documento correspondiente donde se prevé que las partes renuncien a su «derecho de reclamar en un futuro los perjuicios causados». Por esa razón formula los interrogantes que se absolverán según el orden planteado, previos los comentarios generales que consideramos del caso efectuar sobre el trámite en particular, así: Como sostuvo este organismo en oficio OJ-205 de noviembre 5 de 1976, la dación en pago «se explica universalmente como un medio jurídico para extinguir las obligaciones, figura ésta bastante frecuente en la práctica que no ha sido regulada expresamente por la ley civil, ni en sus efectos, ni en su naturaleza. Así, no hay ley exacta aplicable al caso, sino que ello ha quedado a cargo del principio de la autonomía de la voluntad».

Más adelante en el mismo documento se citan las palabras de Planiol y Ripert al definir que existe dación en pago cuando el deudor entrega a su acreedor para satisfacer la prestación a su cargo «una cosa distinta que la que debía en virtud de la obligación. Lo cual sólo es posible con el consentimiento del acreedor, quien tendrá en todo caso el derecho de exigir lo que estrictamente se le debe, de acuerdo con el art. 1627 del Código Civil, inciso 2º. que dice: «El acreedor no podrá ser apertes pertinentes que un significativo grupo de los seguidores de la escuela exegética consideraron tiempo atrás que el susodicho mecanismo «implicaba una novación por cambio de objeto - tesis que también abrigó la Corte en el pasado - entendiendo encontrar soporte para su postura en el art. 2038 de la codificación francesa, cuyo equivalente en Colombia es el art. 2407, el que literalmente establece que «Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza (...)».

Pero a juicio de esa autoridad, no es prudente apreciar la disposición de una determinada codificación al margen de normas que, en la legislación civil nacional, «consagran implícitamente la dación en pago como institución autónoma, es decir, con autogobierno propio, como se advierte en los arts. 1562 (sobre obligaciones facultativas), 1627 inciso 2º (que reconoce el derecho del acreedor a no ser obligado a recibir otra cosa distinta de la que se le deba), y 1971 ordinal 2º (que excluye la hipótesis de la dación del beneficio de retracto)». Se agrega a lo expuesto que no obstante para la novación como regla general las garantías de la deuda

original no se trasladan a la nueva, de acuerdo con los postulados de los arts. 1701 y 1706 de nuestro Código Civil, que armonizan con lo previsto en el art. 2407 de la misma obra¹, ello no se erige en pauta para concluir que las partes, por gracia de la dación en pago, hayan novado la obligación, puesto que esa consecuencia no puede presumirse, por cuanto se ve supeditada a la elemental y “certera exigencia de que exista en ambas partes el ánimo de novar (ib., art. 1693).

Tales argumentos son reforzados a renglón seguido al resaltar la mentada jurisprudencia que “bien analizada la datio in solutum, resulta innegable -en el plano realístico- que el propósito que mueve a las partes a convenirla, es el de extinguir una obligación, no a crear una nueva para que inmediatamente fenezca, alambicado procedimiento que no está en consonancia con lo que, en la praxis, acaece cuando se acuña una dación en pago. Tanto es así, que lo que interesa realmente a las partes, es finiquitar el vínculo obligacional y no generar un nuevo lazo entre ellas, para seguidamente erradicarlo. Es por ello por lo que “la dación en pago no se perfecciona sino por la ejecución de la prestación sustitutiva, desde luego acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes”, de suerte que, como bien ha sido realizado, “mal puede pensarse que esa ejecución, que constituye la esencia de la institución, le dé nacimiento a una obligación nueva (se resalta).

De las acotaciones precedentes se podría con acierto inferir que la dación consiste más que todo en un instrumento independiente de los enunciados por el ordenamiento civil colombiano para extinguir las obligaciones. Justamente, si el deudor no satisface la prestación a su cargo entregando la cosa primitivamente acordada, no puede hablarse de pago en estricto sentido (art. 1626 C.C); “pero siendo la genuina intención de las partes cancelar la obligación preexistente, es decir, extinguirla, la dación debe, entonces, calificarse como una manera -o modo- más de cumplir, supeditada, por supuesto, a que el acreedor la acepte y a que los bienes objeto de ella ingresen efectivamente al patrimonio de aquél. No en vano, su origen y su sustrato es negocial y más específicamente volitivo. Por tanto, con acrisolada razón, afirma un sector de la doctrina que “La dación en pago es una convención en sí misma, intrínsecamente diversa del pago³ (...)”.

Retomando las observaciones efectuadas en los párrafos preliminares al presente literal y con ánimo de complementarlas desde una perspectiva más elemental, aspecto en que al parecer se centra el presente cuestionamiento, es pertinente señalar con las palabras de la Superintendencia de Sociedades (Oficio 220-30780 de junio 2 de 1998), que “Los requisitos reconocidos por los doctrinantes para la dación en pago son:

- a) La ejecución de una prestación con ánimo de pagar.*
- b) Una diferencia existente entre la prestación debida y la pagada.*

- c) El consentimiento de las partes.
- d) La capacidad de las partes, y
- e) La observancia de las solemnidades legales.

La característica que nos interesa para nuestro caso de estudio, es el consentimiento de las partes, y sobre ella diremos, que “la dación en pago propiamente dicha solo se da cuando el acreedor y el deudor (o quien paga por éste) conviene, aquel en recibir lo que no está obligado a recibir; y este en cumplir una prestación que no debe, o sea, cuando ellos unánimemente convienen en derogar el principio legal de que “el pago se hará bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación” (art. 1627).

Con los anteriores parámetros es fácil concluir que a un acreedor no se le puede obligar a recibir en dación en pago una prestación distinta a la pactada inicialmente en el contrato principal”. Fuerza colegir de lo enseñado que los supuestos a que se hace alusión en la presente consulta en estricto sentido no alcanzan a catalogarse como indispensables para la conformación de la figura en discusión, pero sí podrían contener un factor determinante para que el acreedor acepte recibir el bien ofrecido por el deudor para satisfacer la obligación impagada.

“B. En este orden de ideas, puede una entidad financiera o una sociedad fiduciaria obligar a uno de sus deudores que para recibir un bien en dación en pago, se incluya en el mismo una cláusula de transacción por cualquier controversia entre las partes?”. Al efecto, se hace necesario enfatizar en que todo convenio o contrato, como sucede con la dación en pago, necesita para su nacimiento del acuerdo de voluntades de las partes interesadas en perfeccionarlo. Precisamente, esa facultad de los contratantes para determinar a su entero arbitrio y sin más restricción el alcance y efectos del negocio que celebran constituye la autonomía de la voluntad privada, principio según el cual los particulares tienen la más amplia libertad para pactar las reglas que más convengan a sus intereses y regir así los vínculos que entre ellos se creen, pues no en vano... no puede dejar sin efecto la convención que ha contribuido a formar, porque su sola voluntad es insuficiente para ello”

5 . En síntesis, haciéndose indudablemente necesario para la conformación de un negocio jurídico el consentimiento recíproco de sus actores, elemento sin el que no llega a generarse la transacción pretendida, menos aún puede satisfacer una de las partes la obligación a su cargo con una prestación distinta sin el pleno asentimiento de la otra. “

C. En caso de que la respuesta al anterior punto sea negativa, podría adelantarse una queja o un proceso por abuso de posición dominante contra una entidad financiera o una sociedad fiduciaria, cuando éstas pretenden obligar a uno de sus deudores que para recibir un bien en dación en pago, se incluya en el mismo una cláusula de transacción por cualquier controversia entre las partes.”

Si a su juicio las instituciones financieras en comento pudieron haber incurrido en alguna irregularidad en razón de la debida prestación del servicio y durante el desarrollo de sus relaciones contractuales con el usuario, se encuentra en libertad de formular la queja respectiva ante la Subdirección de Regulación de Conflictos, Quejas y Atención al Usuario de esta Entidad (...).

Citas o referencias del concepto: “1- El documento original señala el art. 2401 del Código, tratándose probablemente de un error tipográfico, pues parece ajustarse más al contexto de las afirmaciones allí contenidas lo dispuesto en el art. 2407 *ibídem*, antes transcrito.

2- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Temis. Pág. 422. Cfme: Giorgio Giordi. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Reus. 1930. Vol. VII. Pág. 351; Luis Díez Picazo. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos. 1979. Pág. 653 y Henri, León y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. EJEA. Parte II. Vol. III. Págs. 179 y 180 (nota del texto original).

3- Siro, Solazzi. *Dellarevocabilità del pagamanti, delledazioni in pagamento e dello costituzioni di garanzie*. Milán. Pág. 41. (o.p.). 4 A. Alessandri y M. Somarriva. *Derecho Civil, Contratos*. Tomo I. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1988, pág. 27”.

La figura es tan antigua como que viene desde el derecho romano, con nombres como la *datio in solutum* o sea pagar una obligación transfiriendo una cosa diferente a la inicialmente comprometida en el contrato celebrado entre las partes. Para su realización se requiere inexorablemente de la decidida voluntad del acreedor quien será en última instancia quien decidirá si acepta o no la oferta del *solvens*, porque es claro que si aquel se niega a recibir lo ofrecido por el deudor para extinguir la obligación, nada se podrá hacer por parte de éste para no cumplir la prestación en los términos del contrato.

En nuestro caso, cuando existía la famosa UPAC¹¹⁰ fueron muchos los deudores que se vieron obligados a dar en pago el inmueble que habían adquirido años antes a través de créditos por ese sistema, los cuales se tornaron impagables por el desmesurado incremento de los intereses a tal punto que la deuda era físicamente imposible de pagar. Es un bello recuerdo que nos dejó Misael Pastrana Borrero, ya que los ahorros de muchas personas de estrato medio se perdieron y las deudas permanecieron vigentes hasta cuando la justicia resolvió sobre el asunto. Claro que más adelante, su hijo, Andrés Pastrana nos dejó como triste herencia con el famoso dos por mil (2.0%) para transacciones bancarias, favoreciendo indudablemente a los dueños de los bancos.

Son varias las polémicas alrededor de esta figura pues es cierto que tratadistas la consideran como una novación de la obligación (arts. 1687 y s.s. del C.C), otros

110 Es la Unidad de Poder Adquisitivo Constante creada en el Gobierno de Misael Pastrana Borrero.

como una manera de “permuta o de compraventa seguida de una compensación entre las dos prestaciones”.¹¹¹ Lo cierto es que la dación en pago es un modo indirecto de extinguir las obligaciones y debe dársele un tratamiento autónomo y especial, buscando que sea la voluntad de las partes la cual se imponga para la solución de las controversias y litigios contractuales.

En el portal web www.actualicese.com encontramos un resumen acerca de esta figura para aclarar por qué no se debe considerar ni como compraventa, ni como permuta, ni como novación o compensación¹¹²:

“Dación en pago como opción para extinguir las obligaciones en los contratos comerciales: La dación en pago es diferente al contrato de compraventa, toda vez que en la primera el acreedor no tiene la voluntad de comprar y el deudor no tiene la intención de vender. Es importante tampoco confundirla con el pago mismo o con la novación.

Algunos comerciantes cuando están en una situación de iliquidez para pagar sus obligaciones, acuerdan con sus acreedores entregar una cosa distinta de la debida o ejecutar a cambio un hecho o abstenerse de hacerlo con el fin de finiquitar el vínculo obligacional; dicho acuerdo se denomina dación en pago.

Definición de la dación en pago

En el derecho colombiano no se encuentra una regulación legal específica y sistemática sobre la dación en pago; sin embargo, el Código Civil consagra implícitamente dicho modo de extinción de las obligaciones en varios artículos, como el 1562 que trata sobre las obligaciones facultativas y el inciso 2 del art. 1627 que reconoce el derecho del acreedor a no ser obligado a recibir otra cosa distinta de la que se le deba, entre otros.

“La dación en pago es una institución autónoma e independiente orientada a la extinción de las obligaciones”

Con base en lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 2 de febrero del 2001) ha señalado que las citadas disposiciones indican que la dación en pago es una institución autónoma e independiente orientada a la extinción de las obligaciones.

En este sentido, señaló que la dación en pago se estructura cuando el acreedor acepta recibir de su deudor, en orden a extinguir la obligación primigenia, una cosa distinta de la debida o ejecutar a cambio un hecho o abstenerse de hacerlo, y de tal suerte extinguir la relación obligacional. Además, es indispensable que los bienes objeto de dación en pago ingresen de manera efectiva al patrimonio del acreedor.

111 Guillermo Ospina F., Régimen General de las Obligaciones. 8va edición. Bogotá: Editorial Nomos – Temis, p. 394.

112 <http://actualicese.com/actualidad/2016/05/16/dacion-en-pago>

Ejemplo de lo anterior es el caso del comerciante que solicita a título de mutuo el préstamo de una suma de dinero a otro empresario, obligándose a restituir el dinero en un período de tiempo. Durante la ejecución del contrato el comerciante mutuario acuerda con el empresario mutuante que la obligación se extinguirá con la entrega de un bien diferente a dinero, quedando a paz y salvo con su acreedor.

Adicionalmente, la misma corporación señaló que la dación en pago se perfecciona con la ejecución de la prestación sustitutiva, acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes.

La dación en pago es diferente al pago

Cuando el deudor extingue la obligación a través de la dación en pago, no está satisfaciendo la obligación con la prestación primitivamente debida; por tal razón, no puede hablarse de pago, pues este exige que se cumpla con la prestación originaria según el art. 1626 del Código Civil.

La dación en pago no es compraventa

De otro lado, en Sentencia del 6 de julio del 2007 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que la dación en pago es diferente al contrato de compraventa, toda vez que en la primera el acreedor no tiene la voluntad de comprar y el deudor no tiene la intención de vender. El primero solo busca que le paguen, y el segundo, sucesivamente, desea efectuar el pago con una prestación diferente a la inicial.

Adicionalmente, la dación en pago es un negocio jurídico unilateral, toda vez que el acreedor que consiente en aquella no asume la obligación de pagar precio alguno, y solo acuerda en que se dé una cosa distinta por la debida, o que en lugar de esta se haga o se deje de hacer, entre múltiples opciones.

Por su parte, el deudor sí contrae una obligación frente a su acreedor correspondiente a dar, hacer o no hacer, con el fin de extinguir el deber de prestación inicial.

Diferencia con la novación

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 2 de febrero del 2001, precisó que en la dación en pago existe el acuerdo del acreedor con su deudor de renunciar a exigir la prestación debida original a cambio de un objeto distinto.

En cambio, en la novación tanto el acreedor como el deudor deben tener la intención inequívoca de crear un nuevo vínculo obligacional para extinguir el anterior; es decir, su propósito no es que se realice la extinción definitiva de la obligación, sino crear una nueva para extinguir la obligación antigua”¹¹³.

113 Artículo publicado por el abogado José Vicente Hurtado P. Universidad Santo Tomás, Seccional Bucara-

El siguiente es el documento de la Notaría 18 de Bogotá relacionado con los requisitos exigidos por ella para el trámite y legalización de la dación en pago.

“Notaría 18 de Bogotá - Requisitos para Dación en Pago

Categoría: Requisitos de Escrituración. Publicado el Miércoles, 17 Julio 2013 12:29 Escrito por Web Master.

Una regla fundamental en el pago es la que el deudor no puede pagar con nada distinto a la prestación que debe, ni el acreedor puede a su vez tampoco exigir nada distinto que la prestación a la cual tiene derecho. Sin embargo, los dos pueden de común acuerdo cambiar la prestación debida, el objeto de su relación jurídica. Si esto se produce tendrán una nueva obligación y la inicial se extingue por cuanto queda sustituida, habría Novación.

La Novación como lo sabemos implica una nueva relación jurídica entre los mismos sujetos o entre nuevos sujetos activo y pasivo de la obligación; pero deudor y acreedor pueden ser más directos y zanjar del todo la obligación sin que exista lo normal que es el pago. Es esto lo que la doctrina ha llamado “prestación en lugar de cumplimiento” siendo la fórmula más usada la denominada Dación en Pago.

La Dación en Pago, debe entenderse como un negocio jurídico traslativo de un derecho que extingue una obligación, ella exige un acuerdo entre deudor y acreedor, sin tener en cuenta de quien fue la incitativa, consiste en entregar un objeto que reemplaza lo que se debe: una cosa por dinero, dinero por una cosa o una cosa por otra cosa.

La Dación en Pago es el convenio en virtud del cual el acreedor permite a su deudor que le pague con una prestación diferente de aquella con que estaba obligado a pagar. Esta se caracteriza por ser una figura compleja que guarda analogía con el pago, la novación y la venta; con esta última cuando la deuda primitiva era una suma de dinero y se conviene en reemplazarla con una cosa.

Requisitos de la Dación en Pago:

Básicamente es un acto dispositivo que debe seguir las reglas propias de la naturaleza de los bienes que son objeto de la transmisión (solemnidad, escritura pública etc.). Requiere además de la capacidad dispositiva del tradente, amén de que como es posible que la transferencia del objeto la haga un tercero distinto al deudor o a un tercero diferente del acreedor es necesario que esté legitimado para hacerla o recibirla.

- La ejecución de una prestación con ánimo de pagar.

- Una diferencia existente entre la prestación debida y la pagada.
- El consentimiento de las partes.
- La capacidad de las partes.
- La observancia de las solemnidades legales.
- Declaración pagada del Impuesto Predial del año en curso o paz y salvo de tesorería de la ciudad o municipio de ubicación del inmueble.
- Paz y salvo de valorización o tesorería de la ciudad o municipio de ubicación del inmueble.
- Paz y salvo de administración, cuando esté sujeto el inmueble a propiedad horizontal.
- Cédulas de ciudadanía de todos los otorgantes o comparecientes.

De otro lado, la jurisprudencia ha señalado que “uno de los elementos esenciales de la dación en pago es la determinación de la prestación sustitutiva y de los términos en que habrá de ser intercambiada con la inicialmente debida, en vista de la función liberatoria que la figura por definición está llamada a cumplir. Es necesario así, para que la dación en pago se perfeccione, determinar el valor -o precio- del objeto de la nueva prestación, dado que de su fijación exacta depende la aquiescencia del acreedor a recibir algo distinto del dinero adeudado con la finalidad específica de liberar al deudor”

Con posterioridad al Decreto 2331/98, cuya aplicación exige el actor, el Gobierno expidió el Decreto 908 de 1999 del 25 de mayo de 1999, que en su art. 3°, estableció: “La oferta de dación en pago que, en los términos del art. 1° del presente decreto, realice el deudor de un crédito hipotecario para vivienda es obligatorio para el establecimiento de crédito, el cual no podrá rechazarla, ni exigir al deudor pago adicional por ningún otro concepto”.

Igualmente, la Notaría 19 de Bogotá ha compartido es siguiente documento que también sirve para ilustrar y ampliar la figura de la dación en pago.

“Que es la Dación en Pago”¹¹⁴

Al escuchar y leer la palabra dación en pago, inmediatamente, la asimilamos con la palabra dar y, para relacionarla con la pregunta que figura como título del presente artículo, es factible decir que se trata de dar algo en forma de pago.

Internándose en el tema del pago de obligaciones se encuentra que las personas en general, en la búsqueda por satisfacer sus necesidades y las de las personas a

114 TRIBÍN, Sofía., 13 febrero 2017 publicado en blog, dación en pago

su cargo, según su capacidad de endeudamiento, van adquiriendo diferentes tipos de deudas; unas en efectivo (préstamos con bancos o con particulares) y otras con tarjetas de crédito, quedando sometidas al pago de intereses que, en muchos casos, exceden lo presupuestado inicialmente hasta que llega el desafortunado momento en que se van atrasando con los abonos, no pueden seguir cancelando la obligación y la deuda se va incrementando inexorablemente.

¿Qué puedo hacer si no tengo dinero para pagar mi obligación?

En esta etapa es donde aparece la Dación en Pago como alternativa para cumplir con la obligación, siempre que las condiciones del contrato o negocio lo permitan.

La Dación en Pago es una figura jurídica que no se encuentra tipificada como tal en la normatividad legal colombiana; sin embargo, es una forma de extinguir las obligaciones que se ha venido constituyendo en una forma de pago extraordinaria en el caso de créditos hipotecarios para vivienda, tal como lo ha establecido el art. 14 del decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998 y el art. 3 del Decreto 908 del 25 de mayo de 1999, cuando disponen que, en el peor de los casos, el deudor puede solicitar que el inmueble le sea recibido en calidad de pago para saldar la deuda pendiente y aceptar la dación en pago es obligatorio para el banco o entidad financiera.

Por ser una figura atípica, tienden a confundirla, frecuentemente, con la Novación, la cual es un modo de extinguir las obligaciones que se encuentra regulada del art. 1687 al 1710 del Código Civil colombiano y consiste en cambiar una obligación por otra nueva que extingue la primera; mientras que la dación en pago consiste en el reemplazo del objeto de la obligación, con el fin de obtener la extinción de todo o de una parte de la obligación. La novación extingue la obligación primaria que es cambiada por una nueva, según lo señalan las tres formas de novar consagradas por el C.C en su Art. 1690, los cuales son: Sustituir la deuda con el mismo acreedor, cuando el deudor adquiere una nueva deuda con un tercero, o cuando el acreedor tiene un nuevo deudor.

Son dos modos de extinguir las obligaciones que se parecen en que en ambas se requiere la voluntad expresa del acreedor y la capacidad de disposición.

¿Para hacer la Dación en Pago se necesita cumplir con algunos requisitos?

Sí, además de que requiere seguir las reglas que le son propias a los bienes que se van a transferir, como por ejemplo si es un inmueble, y registrarse en la Oficina de Registro respectiva.

Resumiendo, la Dación en Pago es un “negocio jurídico” acordado entre deudor y acreedor y consiste en la entrega de un objeto mueble o inmueble en reemplazo de lo que se adeuda”.

Aplicaciones de la figura de la Dación en Pago en nuestro Código Civil.

- 1- El art. 1627 del C.C permite que se dé en pago una cosa diferente a la comprometida o se haga una cosa diferente si el *accipiens* permite tal negociación, porque obvio es que por ley su deudor tiene que cumplirle con lo pactado.
- 2- El art. 1562 del C.C que trata de las obligaciones facultativas en el sentido de que es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con otra que se designa.
- 3- El art. 1971 del C.C sobre la cesión de los créditos que se dé en pago de una suma de dinero.
- 4- El art. 2407 del C.C para la fianza en el sentido que si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en pago de la deuda un objeto diferente a aquel que ese deudor estaba obligado a darle en pago, se extingue irrevocablemente la fianza.
- 5- El art. 2458 el C.C sobre el contrato de anticresis para que el acreedor se pague los intereses con los frutos que produce el inmueble dado en tal condición.
- 6- El Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998 sobre bienes recibidos en dación en pago por los bancos.
- 7- El art. 3 del Decreto 908 de 1999 del 25 de mayo de 1999.

Modos directos de extinción de las obligaciones.

Estudiados, como quedaron los modos indirectos de extinción de las obligaciones, pasamos a analizar los modos directos, o sea aquellos que atacan precisamente la obligación como es, entre otros, el pago.

El art. 1625 del C.C contempla que “*toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en **darla por nula***”. Ya dijimos que esta afirmación de la norma no es cierta ni legal por cuanto solo el juez del negocio está facultado legalmente para declarar la nulidad de los actos jurídicos como los contratos y no las partes (Ver arts. 1740 y s.s. del C.C).¹¹⁵

Ahora, lo cierto es que toda obligación, incluyendo las naturales, se extingue normal e idealmente por el pago que de ella haga el *solvens* (art. 1527 C.C).

Igual norma menciona que las “obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

115 Art. 1740. Concepto y clases de nulidad. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

- “1o.) Por la solución o pago efectivo.
- 2o.) Por la novación.
- 3o.) Por la transacción (*).
- 4o.) Por la remisión.
- 5o.) Por la compensación.
- 6o.) Por la confusión.
- 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe (*).
- 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión (*).
- 9o.) Por el evento de la condición resolutoria (*).
- 10.) Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título de las obligaciones condicionales”.¹¹⁶

1) Por la solución o pago efectivo

He notado que varios tratadistas, entre ellos Ospina Fernández han disgregado este modo de extinción en varios interrogantes, lo cual considero muy pedagógico como metodología para la comprensión del tema. Así mismo, el Código Civil comentado de la Editorial Leyer con autoría del compilador Álvaro Tafur González, al titular o rotular cada artículo del Código Civil que tiene incidencia con el pago, lo hace proponiendo preguntas. En este trabajo trataremos de presentar ese mismo modo de extinción de la mejor manera, considerando que va dirigido a estudiantes de pregrado necesitados de unas exposiciones simples, elementales pero claras del tema y de fácil entendimiento.

¿Qué es el pago puro y simple?

El pago, al tenor del art. 1626, es la prestación de la obligación, de lo que se debe.

Además, es un acto jurídico, sin modalidades como el plazo o la condición, es la solución al compromiso adquirido en el contrato o como resultado del hecho del deudor. Esta calidad se nota en aquellos contratos de ejecución instantánea como los de compraventa con inmediato cumplimiento de las prestaciones sinalagmáticas, yo le compro y usted me vende, usted me da la cosa y yo le pago el precio ya.

116 (*) Son modos indirectos de extinción de las obligaciones.

La causalidad del pago ¿Qué es?

Empecemos por ratificar que todo pago debe obedecer a unas causas originadas en el compromiso de cumplir una obligación pactada previamente, ya sea que se trate de aquellas denominadas puras y simples o sujetas a modalidades como el plazo, la condición o simplemente modales.

Las causas para que ese pago sea válido son la eficiente, o sea aquella que le sirve de fuente, como es el caso de los contratos, o los hechos o la misma ley y una causa final que tiene que ver con la necesidad que le acompaña al deudor de extinguir la obligación, porque para eso se comprometió, para cumplir.

Se afirma que la ausencia de causa en el contrato deslegitima el pago que se haga y por lo tanto se genera para quien pagó la *actio in rem verso* o acción de repetición para recuperar lo indebidamente pagado evitando así un enriquecimiento sin causa para quien recibió dicho pago (art. 2313 y s.s. C.C).

La causa eficiente, según definición de <http://universojus.com/definicion/causa-eficiente>, es el “*primer principio productor del efecto. Lo que una cosa da por resultado. Autor de algo o de un hecho. Responsable*”.

“Puesto que conocer algo científicamente es conocer sus causas, la física debe preocuparse por establecer las causas de los seres naturales. La causa o principio radical de cada cosa es su propia naturaleza y por ello hay que atenerse”¹⁷.

Aristóteles distinguía cuatro causas, entre ellas la causa eficiente y la final, definiéndolas así:

La causa material (Ejemplo: el bronce de la estatua)

La causa formal (Ejemplo: la forma de la estatua)

La causa motriz o eficiente (Ejemplo: el escultor)

La causa final (Ejemplo: adornar un templo)

Aristóteles piensa, en definitiva, la mayoría de las veces, como biólogo y por eso afirma que el fin y el motor se reducen a la forma: es ella quien mueve al ser vivo desde adentro, como naturaleza y su perfeccionamiento, como enteléchia, es la finalidad de la vida. Aparece así la prioridad formal que caracteriza la metafísica aristotélica.

Causa eficiente: Es el principio del cambio o del movimiento. Es aquel agente que produce un movimiento o cambio.

117 Tomado de la web en el portal - www.filosofia.idoneos.com/327060/

Causa final: Es la realidad o fin hacia el cual un ser se dirige. Es el acto perfecto, la meta de un ser”.

Pues bien, todo pago que se haga de una obligación debe tener, en principio estas dos causas, la eficiente o sea la fuente que le da origen, movimiento, razón de existir y la final, o sea esa voluntad de zanjar el compromiso, de destruir el vínculo jurídico creado, de extinguir la obligación cumpliendo con la prestación de dar, hacer o no hacer al tenor del art. 1495 del C.C.

Si el pago realizado carece de causa, cualquiera que ella sea, se invalida dicho pago. Sería el caso de inexistencia de la obligación, o la repetición del mismo pago, o el pago a un sicario por la comisión de un delito.

Ahora, una vez pagada la obligación de modo oportuno y debido, el *accipiens* queda deslegitimado para exigir el cumplimiento de ella por carencia de objeto y de interés. El aforismo narra que sin interés no hay acción.

Cuando hablamos del pago puro y simple, decimos que es aquel modo de extinguir las obligaciones sin que medie algo diferente a la voluntad de saldar esa obligación en los términos de los arts. 1627, 1618 a 1624 del C.C, es decir, el solvens tiene la intención de pagar lo prometido en la prestación y el accipiens la de recibir ese pago.

¿Quién puede pagar por el deudor?

La ley permite que cualquier persona pueda realizar el pago por el deudor, aun sin su consentimiento y sin su conocimiento, en aplicación de un aforismo de vieja data que manifiesta que a nadie hace daño quien mejora la situación de ese deudor, ya sea que estaba en mora de solventar la obligación o por simple desprendimiento económico del tercero. Esta es la regla general y sobre todo tratándose de obligaciones de dar y de hacer fungibles, o sea aquellas que otra persona con el mismo o parecido perfil pueda ejecutar. No es el caso para aquellas obligaciones de hacer no fungible o *in tuitu personae*, en las cuales solo el sujeto pasivo comprometido con la prestación es quien puede realizarla o ejecutarla a satisfacción del acreedor o cuando se trate de bienes sujetos especialmente a registro como los inmuebles, los autos, naves, aeronaves, acciones, etc.¹¹⁸

El dilema que se presenta aquí es que como ese pago se puede ejecutar aun sin el conocimiento o consentimiento del deudor ¿Qué pasa si éste estaba pretendiendo prescribir ese crédito, extinguir el derecho del acreedor en su contra por el fenómeno de la prescripción?¹¹⁹

118 Art. 1630 del C.C. Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor.

119 Arts. 2512 a 2545 del C.C.

¿Igual sucede cuando ese deudor tiene la facultad legal que le confiere el art. 1714 y siguientes del C.C para compensar con su acreedor la obligación nacida de su contrato frente a otra a su favor y a cargo de su mismo acreedor?

Ni modo que este deudor pueda alegar ante el juez la nulidad de dicho pago y tendrá que darlo por hecho con las consecuencias que más adelante trataremos.

Los efectos de ese pago por el deudor principal o por terceras personas entonces serán:

- La obligación se extingue totalmente para el acreedor mas no para el deudor, si ese pago fue de esta naturaleza, porque si el pago fue parcial, la obligación continúa latente y el acreedor podrá ejecutar por el saldo insoluto.
- El *accipiens* pierde legitimación en la causa por activa para ejecutar a su deudor o exigir coactivamente el pago de la prestación. “Sin interés no hay acción”.

Hay que tener en cuenta que en muchos casos de contratos civiles de mutuo y cuyos acreedores son los agiotistas, se puede presentar doble cobro de la prestación, sobre aquellas que se refieren a pagar una suma de dinero, porque ellos no devuelven al deudor los títulos valores que firmaron para respaldo o garantía de esa obligación. Difícil situación tanto para el juez como para ese deudor por aprieto para probar el pago.

- Si la obligación es conjunta (art. 1568 del C.C), el deudor que pagó queda liberado y se extingue para él la obligación, pero el *accipiens* queda o continúa legitimado en la causa por activa para cobrar las cuotas de los otros sujetos pasivos de la prestación.
- Si los bienes de los deudores son escasos o no cubren la totalidad de crédito, la legitimación para perseguir tales bienes no se agota y continúa en cabeza del acreedor. En estos casos la obligación no se extingue.
- Si hubo liquidación obligatoria conforme a las reglas de la Ley 222 de 1995 y los bienes acervados no alcanzan para el pago total de las obligaciones, ese *accipiens* queda facultado para perseguir otros bienes de su deudor hasta cuando la obligación se satisfaga plenamente.

¿Qué sucede si el pago lo realizó una persona interesada en la solución de ese brete o crédito?

Estas personas pueden ser:

- i) El codeudor solidario¹²⁰.

¹²⁰ Valga la redundancia porque si es codeudor en el sentido estricto de la palabra, tiene que ser solidaria su responsabilidad, pero el código en muchas normas toma este codeudor en sentido genérico o abstracto para indicar varios deudores.

- ii) El fiador.
- iii) El asegurador.
- iv) El codeudor de obligación indivisible.
- v) El titular del derecho de dominio del bien hipotecado o prendado para avalar el crédito.
- vi) El acreedor de grado inferior cuando existen varias hipotecas o prendas sobre el mismo bien.

Sucede, no en pocas ocasiones, que la persona menos interesada en sanear sus créditos es el mismo deudor y por ello habrá terceros a quienes si les interesa esa solución, como es el caso de los codeudores solidarios (art. 1568 y s.s. del C.C), los fiadores (art. 2361 y s.s. del C.C), los aseguradores (art. 1036 y s.s. del C.Co)¹²¹, el deudor de obligación indivisible (art. 1581 y s.s. del C.C), el titular del derecho de dominio del bien comprometido o gravado con hipoteca para el respaldo del crédito (art. 2432 y s.s. del C.C), el titular del derecho de dominio sobre el bien mueble gravado con prenda para garantizar ese crédito (art. 2409 y s.s. del C.C), o el acreedor hipotecario o prendario de grado inferior.

Observemos los efectos en cada caso:

- Si pagó el codeudor solidario y no tiene interés en ese crédito, obra como un garante o avalista, se subroga en todos los derechos del *accipiens* satisfecho, al tenor del art. 1579 del C.C, con todos sus privilegios y seguridades del crédito original.
- Si son varios los codeudores, se limita a cada uno y al mismo deudor a la parte o cuota que tenga quien pagó en el crédito. La insolvencia de uno o varios de los codeudores se reparte entre los otros a prorrata de las suyas, incluidos aquellos a quienes el acreedor les remitió la deuda.
- Las garantías a las cuales se refiere la norma tienen que ver con hipotecas, prendas, accesorias como títulos valores, otros títulos ejecutivos, acciones, etc.

Si pagó el codeudor solidario y tiene interés en ese crédito

- Reclama la cuota de los demás insolventes codeudores.
- Si ese codeudor es el único y carece de interés en el crédito, le cobra todo al deudor incumplido.

¹²¹ Art. 1036 del C.Co, modificado Ley 389 de 1997, art. 1º. El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

- El acreedor satisfecho con ese pago pierde la legitimación en la causa por activa para exigir ejecutivamente el pago de la obligación.
- La obligación se extingue para el sujeto activo del contrato por pago total de ella pero no para el sujeto pasivo o deudor porque él queda todavía comprometido para con su nuevo acreedor quien es el deudor solidario que pagó.
- La solidaridad se extingue frente a todos los codeudores del sujeto pasivo.
- El *solvens* o codeudor pagador queda legitimado por activa para cobrar o repetir contra ese deudor incumplido y en contra de los demás codeudores por la cuota que les correspondería a cada uno como si fueran obligaciones conjuntas.
- El *solvens* ocupa jurídicamente el puesto del acreedor tanto para cobros prejurídicos como para los judiciales.
- Se extingue la solidaridad de modo total y para toda la obligación.

Pago hecho por codeudor de obligación indivisible

La obligación indivisible es aquella que por causa de la naturaleza del objeto de la prestación no es posible de ser cumplida por partes, como quienes se comprometen a dar una res, o una casa o un auto o un establecimiento de comercio, bienes que integran una unidad material y jurídica.

Este codeudor no recibe igual tratamiento que el de obligación solidaria ya que la ley solo le confiere la posibilidad de recibir una indemnización por ese pago o el saneamiento del crédito (Ver arts. 1581 a 1591, 1893 a 1913 del C.C).

El primer efecto que se produce por ese pago es que la obligación sí se extingue totalmente y *erga omnes*. En estos casos ese *solvens* tiene derecho a que el deudor le indemnice por el pago pero lo grave es que él no adquiere los privilegios ni garantías del crédito como en el caso de las obligaciones solidarias.

Personalmente creo que todo incremento sin una justa causa en el activo o disminución del pasivo patrimonial, tanto del deudor como de los codeudores o fiadores en ese tipo de obligaciones indivisibles, constituye un enriquecimiento sin causa que da lugar para intentar una acción de repetición (art. 2313 del C.C) en contra de los enriquecidos a costa del *solvens*. Esa sería la mejor solución porque en última instancia ese *solvens* no tiene por qué soportar una carga que beneficia al original deudor o a otros codeudores.

De la lectura del art. 1668 a 1670 del C.C, conceptuamos que sí es posible la subrogación legal para que ese *solvens* recupere lo pagado por una obligación a la cual directamente no estaba obligado sino que se prestó para avalar al deudor. Si analizamos cada uno de los casos que contempla el art. 1668 del C.C encontramos

que el ordinal 3º permite la figura a quien paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; igual acontece con el ordinal 5º porque paga una obligación ajena con el consentimiento tácito o expreso del deudor.

Ahora, si la subrogación es convencional al texto del art. 1669 *ibidem*, es válida para ese tipo de prestaciones indivisibles o divisibles y además es más favorable para la parte débil de ese contrato porque, es quien resulta perjudicada por la conducta del deudor principal y se empobrece sin justa causa. El derecho es equilibrio y por lo tanto no sería ni equilibrado ni justo permitir la ocurrencia de perjuicios económicos a quien obró de buena fe.

Hay tratadistas que niegan la posibilidad de la subrogación legal o convencional para obligaciones indivisibles porque expresan que, por ejemplo, si la obligación es la de dar un caballo, no se podría cobrar ese mismo equino ni al deudor ni a los demás codeudores, pero olvidan que una de las grandes y especiales características de las prestaciones es que sean avaluables en dinero, entonces si el dinero es la medida económica de todas las cosas materiales, no vemos motivo alguno para no poder hacer la conversión del valor del caballo a una suma de dinero y cobrar esa suma por vía ordinaria o ejecutiva.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, desde 1935, ha establecido en su jurisprudencia algunas pautas acerca de la figura de la subrogación en los siguientes términos¹²²:

“Art. 1666 del C.C Del Pago con Subrogación: La subrogación en la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que paga

“Efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida con respecto del acreedor, que por haber recibido la cosa nada puede ya reclamar.

Cuando es un tercero quien paga, no siempre se extingue la obligación con respecto al deudor, el cual puede quedar ligado en favor de la persona que vino a ocupar el lugar del acreedor. Esto ocurre en virtud del pago con subrogación, pago de naturaleza especial, que no libera al deudor porque no es hecho por él. La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste en favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Por eso Delvincourt definió la subrogación como ‘el cambio del acreedor, sin novación de la deuda, y por eso también nuestro Código Civil, en el inciso 2 de su art. 1691, dice que tampoco hay novación cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor. No hay sino dos clases de subrogación: Legal, aun contra la voluntad del acreedor, en los casos señala dos

122 Corte Suprema de Justicia, sentencia de noviembre 25 de 1935, G.I., t. XLVII, pág. 392 – Citada por Álvaro Tafur G. en su Código Civil. Comentado de Ed. Leyer, pág. 558 y 559. Año 2012.

por la ley; convencional, en virtud de una convención del acreedor. Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero. Si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su encargo, no cabe subrogación sino extinción. Legal o convencional, la subrogación se opera juntamente con el pago. No antes ni después.

El ministerio de la ley obra en el acto mismo de la prestación. En esa oportunidad obra también la convención del acreedor. Si en el momento de pagar no se cumple la subrogación legal, inconcebible antes del pago, es porque no se cumplirá más tarde. Ocurre lo propio en la convencional. Efectuado el pago no podría el acreedor transferir ningún derecho resultante de una deuda satisfecha ya con respecto a él, puesto que nadie puede ser subrogado en lo que dejó de existir. En la subrogación convencional concurren simultáneamente el pago de lo debido y la transmisión al tercero de los derechos y acciones que corresponden al acreedor. La carta de pago es una solemnidad y también el medio único de prueba. Como la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, para que produzca todos sus efectos debe el acreedor hacer al subrogado entrega del título y debe practicarse la notificación al deudor. La subrogación, legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”.

Pago por el fiador

La figura de la fianza está consagrada en los arts. 2361 a 2408 del C.C.

“Art. 2361. Concepto de fianza: La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”.

El art. 2379 funda que el fiador podrá hacer el pago de la deuda aún antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal. Esto quiere decir que si ese fiador tiene interés en la solución del crédito, si la obligación está sometida a plazo, puede pagar con las siguientes consecuencias:

- El fiador, obrando como *solvens*, puede oponer al acreedor las excepciones reales inherentes a la obligación personal de dolo, violencia o cosa juzgada pero no las personales del deudor, las cuales por ser de esa naturaleza, solo le pertenecen a aquel.

- El art. 2395 del C.C confiere al fiador que solventa la deuda, acción en contra del deudor por él avalado para el reembolso de lo pagado, más los intereses y gastos del

proceso. Le confiere también las indemnizaciones a favor del fiador por perjuicios ocasionados por el deudor incumplido, pero le sustrae de los perjuicios sufridos antes de notificar a ese deudor, el auto admisorio de la demanda en contra de este fiador. Pero la norma no aclara la causa de ese no reconocimiento. Al respecto pensamos que este avalador podrá intentar cualquier acción resarcitoria contra el deudor, avalado por otros medios legales para evitar el enriquecimiento sin causa de éste.

- Si la fianza se realizó a través de mandante, el fiador que pagó puede repetir en contra de éste y en contra del deudor incumplido y favorecido con su pago

- Si fueron varios los deudores solidarios avalados por este fiador que pagó, podrá demandar ese reembolso de cada uno de los codeudores como si fuera una obligación conjunta.

- Si este fiador pagó de modo anticipado la obligación, solo podrá exigir la devolución de tal pago cuando haya expirado el plazo concedido al deudor para el cumplimiento de la prestación. El pago anticipado es perfectamente válido porque existe una obligación, tiene una causa eficiente que es la misma fuente, tiene una causa final que es la extinción de la obligación y si cumple con las demás exigencias de la validez del pago, no hay nada que reprochar del mismo.

Es preciso recordar que la Ley 1555 de 2012 permitió el pago anticipado de las obligaciones dinerarias sin que el acreedor imponga multas al deudor por incumplimiento del contrato¹²³. Este derecho del deudor no se aplica a créditos cuyo saldo supere los ochocientos ochenta (880) smmlv. Para los créditos superiores a este monto, las condiciones del pago anticipado serán las establecidas en las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

- Si el acreedor le condonó la deuda a ese fiador, prácticamente se extingue la obligación para éste pero no para el deudor a diferencia del efecto para el codeudor, caso en el cual sí se extingue para éste y para los demás codeudores y deudor principal. En ese caso, el fiador no podrá repetir contra el deudor incumplido si no es que el *accipiens* le haya cedido tal derecho.

- Si la obligación que paga ese fiador es natural (art. 1527 del C.C) no hay lugar a la subrogación ni a ninguna de sus prerrogativas, porque estas obligaciones carecen de acción para exigir su cumplimiento tanto para el deudor principal como para codeudores y demás avalistas como el fiador.

- Si el deudor principal pagó el crédito y no dio aviso oportuno al fiador y éste, por cualquier motivo pagó esa obligación, tendrá acción de repetición contra el

123 Art. 1. Adiciónese al art. 5° de la Ley 1328 de 2009 el siguiente literal:"g) Efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago.

accipiens por pago indebido de la obligación al tenor de lo consagrado en los arts. 2313 y siguientes del C.C. Lo anterior quiere decir que una de las cargas del deudor avalado es dar aviso oportuno a sus avalistas cuando pague el crédito y extinga las obligaciones.

- Ahora lo contrario, si es el fiador quien canceló el crédito avalado pero sin notificar al deudor o sin su consentimiento, ese deudor tiene a su favor y frente al avalador todas las excepciones que hubiere podido oponerle al *accipiens* al momento del pago. Caben muchas deudas acerca de esas facultades, por ejemplo, cómo operaría la excepción de compensación del art. 1715 del C.C.

- La ley contiene una especie de castigo para el fiador que pagó sin dar aviso oportuno al deudor y es que cuando este último también paga la prestación debida, le quita acción a ese fiador en contra del deudor afianzado. Entonces le queda a aquel la posibilidad de repetir contra el acreedor por pago indebido de la prestación conforme a las reglas de los art. 2313 y siguientes del C.C.

- Los fiadores tienen para ellos dos beneficios que pueden hacer valer al momento judicial de la ejecución para el pago de la deuda como son el de excusión y el de división de la deuda. Veamos: El art. 2383 del C.C instituye que “*el fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes de deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda*”.

Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

-Que no se haya renunciado expresamente.

-Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario.

-Que la obligación principal produzca acción.

-Que la fianza no haya sido ordenada por el juez.

-Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador, salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera.

-Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

No se tomarán en cuenta para la excusión los bienes existentes fuera del territorio o del domicilio del deudor, los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro, los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria y los bienes hipotecados a favor de deudas preferentes en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas.

El beneficio de división del crédito ante la presencia de varios subfiadores opera como una presunción *iuris tan tun*, pues se entenderá dividida la deuda entre ellos,

por partes iguales y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa. Si un fiador es insolvente, grava a los demás, pero no se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está.

El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota. La división advertida tendrá lugar entre los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, aunque se hayan rendido separadamente las fianzas.

El pago hecho por el asegurador

El art. 1036 del Código de Comercio (C.Co) define el contrato de seguro como un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva que se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza. Son partes del contrato de seguro: El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y el tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

Igualmente, el art. 1045 íbidem trae los elementos esenciales del contrato de seguro, como el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador. Si falta de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

Según el art. 1096 del C.Co, el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

Existe la prohibición para el asegurado para renunciar a sus derechos contra terceros responsables del siniestro. La inobservancia de esta norma produce la pérdida del derecho a la indemnización. A petición del asegurador, el asegurado deberá hacer todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación. Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento. La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho.

El mismo código contempla una excepción para la acción de repetición por subrogación cuando se trate de personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del

siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado, pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

El pago lo hizo el titular del derecho de dominio del bien hipotecado o prendado (empeñado) para avalar el crédito.

Llegamos al caso de otros avalistas que para nada tuvieron interés en el crédito pero que, de una u otra manera, comprometieron su responsabilidad pero ya no personal sino real al permitir que sus bienes muebles e inmuebles sean propicios para garantizar al acreedor el pago de la obligación de modo efectivo y seguro como lo son los gravámenes de prenda e hipoteca.

La prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor (2413 del C.C).

Cuando estos avalistas pagan por el deudor incumplido, esa conducta se tendrá como la del fiador y entonces le aplicamos todo lo dicho para ese garante en líneas anteriores, como es el caso del nacimiento de la acción de repetición a su favor, siempre y cuando carezca de otra acción para reclamar el reintegro de lo pagado conforme al art. 2313 del C.C. La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.

Lo cierto es que el acreedor hipotecario tiene en contra del deudor no solo las acciones nacidas del contrato de hipoteca o prenda sino también las personales.

El art. 2454 del C.C ratifica que quien hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente sino se hubiere estipulado. Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador¹²⁴.

Igual situación sucede frente al avalista que celebró un contrato de prenda para garantizar el pago de la obligación de determinado deudor y éste incumple con su

124 Art. 1667. Fuentes de la subrogación. Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor.

Art. 1668. Subrogación legal. Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:

1o.) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca.

2o.) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

3o.) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

4o.) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

5o.) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.

6o.) Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.

compromiso. Si este tercero pagó esa prestación, se subroga en los derechos del *accipiens* frente al deudor como *solvens* que es cuando paga.

En los dos casos anteriores, la obligación se extingue a favor del acreedor pero no en cabeza del deudor porque hasta tanto éste no pague la prestación, la obligación queda viva y es exigible y ejecutable.

El pago realizado por el acreedor de grado inferior cuando existen varias hipotecas o prendas sobre el mismo bien.

Dentro de los negocios jurídicos la ley permite que sobre un mismo bien se puedan imponer varios gravámenes de prenda e hipoteca y entonces cada uno de ellos tendrá un orden de prelación para efectos del respectivo pago.

Así las cosas, para un acreedor de grado inferior en estos contratos es importante y estratégico mejorar su posición en esos créditos para asegurarse los privilegios nacidos de estas garantías y obtener unos mejores resultados al momento de la ejecución judicial por deudas insolutas de ese deudor.

Considerando que pagó el crédito que no estaba a su cargo, jurídicamente se subroga en los derechos del acreedor de mejor posición en la cadena de garantías conforme a las reglas generales de la subrogación (art. 1668, numeral 1 y s.s. del C.C)

El art. 2493 del C.C estatuye que las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca y que son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otro modo, de tal manera que lo buscado por quien paga un crédito gravado con prenda o hipoteca es lograr ubicarse mejor en esa escala de prelación, ojalá en primer lugar para que al momento del pago de las obligaciones, sea él el privilegiado.

¿Qué sucede con quien pagó sin conocimiento del deudor?

El art. 1631 del C.C le reconoce a este *solvens* solamente la acción de reembolso de lo pagado pero no la subrogación, la cual conlleva, como ya lo explicamos, el heredar todos los privilegios y casusas de preferencia de la prelación de créditos.

En este caso, lo que se constituye es una agencia oficiosa al tenor del art. 2304 del C.C, pues se trata de una gestión de un tercero para beneficio de un deudor que está en mora o no de pagar esa obligación y así, nace para ese *solvens* la acción de reembolso pero no hay subrogación, por lo tanto pierde la posibilidad de acceder a los privilegios y demás accesorios que en vida del contrato tenía ese acreedor¹²⁵.

¹²⁵ Art. 2304. La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un contrato (SIC) por el cual el que administra sin mandato los bienes de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

¿Qué sucede con quien pagó en contra de la voluntad del deudor?

Ahora, quien pagó en contra de la voluntad del deudor carece de la acción de reembolso conforme al mandato expreso del art. 1632 del C.C, excepto en dos casos: a) Si el acreedor le cedió expresamente todos sus derechos y b) En el caso del art. 2309 del C.C, el cual establece en la agencia oficiosa que quien *administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado*. Creemos que para evitar el enriquecimiento sin causa para ese deudor y dado como se benefició del pago de ese *solvens* extinguiendo su obligación, habrá lugar a la acción de reembolso de todo lo pagado de buena fe (Subrayado solo para destacar la extinción).

En estos casos la obligación no se extingue sino para el *accipiens* satisfecho con el pago pero para el deudor moroso solamente cuando le reembolse al *solvens* lo pagado por su crédito¹²⁶.

Pago con conocimiento del deudor pero sin contrato de mandato

En este caso cabe la figura del mandato tácito, porque para que se perfeccione este contrato solo requiere que el mandatario realice gestiones encaminadas a la defensa de los intereses del mandante y si éste no se opone expresamente a la realización de trámites a su favor, quiere decir que está aceptando la susodicha gestión.

El efecto principal que genera ese pago y en tales circunstancias es que ese *solvens* se subroga en los derechos del *accipiens* con todos los accesorios, garantías reales o no y privilegios del crédito.

Otro efecto es que la obligación no se extingue para el deudor primario pero si el acreedor inicial pierde todo interés legítimo para exigir el cumplimiento de la obligación por pago total de ella por un tercero legitimado por la ley civil.

Pero veamos cuáles otras personas estarían legitimadas pasivamente para pagar por ese deudor.

Pago realizado por los herederos del deudor

Sabido es que fallecida una persona, su patrimonio (activo y pasivo) pasa a formar la masa herencial para repartir entre el cónyuge supérstite, los legitimarios y los legatarios (ver 1035 del C.C)¹²⁷.

¹²⁶ En estos casos es viable aplicar las reglas de interpretación consagradas en art. 5, regla dos de la Ley 57 de 1887 para aplicar la norma posterior.

¹²⁷ Art. 1035. Excepciones de incapacidad e indignidad. Los deudores hereditarios o testamentarios no podrán oponer al demandante la excepción de incapacidad o indignidad.

El art. 1016 del C.C establece las deducciones propias del derecho herencial en estos términos:

“En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1o.) Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión.

2o.) Las deudas hereditarias.

3o.) Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria.

4o.) Las asignaciones alimenticias forzosas...”

Igualmente, el art. 1580 del C.C establece una obligación a cargo de los herederos del *de cuius* o deudor que falleció sin cancelar o solucionar el crédito.

La norma prescribe que *“los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria”*.

Los acreedores del *de cuius* tienen, entre otras, tres posibilidades de hacer valer sus créditos:

i) Cuando reclaman directamente o con cobro prejurídico a los herederos del deudor y éstos reconocen y pagan tales créditos de obligación de dar cosas, sumas de dinero o de hacer fungibles a cargo de éstos. En este caso no hay problema y la obligación se extingue por pago total o parcial de ella por terceros como lo son los herederos o los legatarios con obligación modal de pagar esos créditos.

ii) Cuando se hacen parte en el proceso sucesoral una vez éste se hay abierto. Esta situación acontece teniendo en cuenta que los acreedores del *de cuius* tienen la facultad, o de hacerse parte en esa sucesión como sujetos activos o acreedores o cuando son ellos mismos quienes demandan la apertura de la sucesión para el cobro de sus créditos.

iii) También podrán los acreedores demandar ejecutivamente a los herederos y legatarios del causante para el pago coercitivo de sus créditos.

No hablamos de delación del derecho real de herencia porque ésta sucede con la muerte del causante (art. 1013 del C.C).

Pago realizado por los representantes legales y convencionales del deudor.

Los representantes legales y convencionales del deudor tienen que pagar por él de modo oportuno y debidamente para evitar que la obligación incurra en mora con todas las consecuencias de tipo económico, comercial y social.

Habrá necesidad de escudriñar en los estatutos de cada persona jurídica acerca de quién, dentro del organigrama de ella tiene la facultad, competencia o deber de pagar los compromisos adquiridos a través de la contratación para no hablar de los encargos de carácter laboral, por tratarse de obligaciones civiles y comerciales a las cuales hemos venido haciendo referencia, sin descartar las laborales porque ellas también se tienen que extinguir para no vulnerar derechos fundamentales de los asalariados, como lo fundamenta y organiza el art. 53 de la Constitución Política.

Sabido es que las actuaciones de los mandatarios o representantes legales del deudor lo obligan o comprometen conforme a las reglas del mandato y de la representación por un lado y también obligan a esos representantes frente a su mandante como lo puede ser una empresa estatal o de derecho privado. Así mismo, tenemos que hablar de los representantes legales de las personas naturales, como es el caso de los padres en el caso de los hijos menores de edad con patrimonio por ejecutar y de los curadores y tutores para los demás casos.

Pues bien, cuando estos representantes realizan los pagos a nombre del deudor, es como si los hiciera éste mismo, pues una de las obligaciones propias de ellos es que atiendan, oportuna y debidamente los compromisos de sus representados y de sus pupilos. La negligencia en el obrar de estos representantes del deudor le acarrea para éste toda clase de perjuicios que se manejan desde la responsabilidad contractual o legal, afectación que no en pocas ocasiones dejan de ser un dolor de cabeza para las empresas, por ejemplo la mora o carencia de pago a proveedores, al Estado en el aspecto tributario, a los trabajadores y a cualquier otro tercero con relaciones civiles, comerciales, legales o laborales.

El efecto práctico cuando se realizan los pagos, por mandatarios o representantes del deudor, es que la obligación se extingue y cesa para los acreedores la legitimación en la causa para exigir el pago por la vía directa o por vía ejecutiva.

Recordemos quienes son los representantes legales para la ley colombiana:

I- El art. 62 del C.C avista que la representación legal de los menores es: Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 18 años, en caso de faltar uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro.

Informa también que no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio. Igualmente, podrá el juez con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de éste. La guarda pondrá fin a la patria potestad en los casos que el art. 315 del C.C sobre la emancipación del menor, ya que en los demás casos la suspenderá.

2. Por el tutor o curador que ejerciere la guarda sobre menores de 18 años no sometidos a patria potestad y sobre los dementes disipadores y sordomudos que no pudieren darse a entender por cualquier medio.

3. El art. 639 del C.C trae la representación legal de las personas jurídicas y ellas lo son las personas autorizadas por las leyes o las ordenanzas respectivas, y a falta de una y otras, por un acuerdo de la corporación que confiera este carácter. Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante.

Ensayadas las situaciones relacionadas con la causalidad del pago y los efectos de quienes pueden pagar por el deudor o sujeto pasivo de la obligación, pasaremos a estudiar otra posibilidad inherente a la solución del crédito y es:

¿A quién debe hacerse el pago?

Parece muy elemental la respuesta a este interrogante, porque cualquiera diría todo pago se le debe hacer o se le hace al acreedor o *accipiens*, pero no siempre será así. Digamos primero que efectivamente el pago tiene que realizarse a la persona del *accipiens* porque es el único que está legitimado, en primera instancia para recibir ese pago y solucionar el crédito. Si las cosas así suceden, la obligación se extingue para cada uno de los sujetos de ella y no hay, jurídicamente nada más que tratar.

El art. 1634 del C.C determina como para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él o a la persona diputada por aquel para dicho cobro. En la primera opción no hay dificultad para entenderla porque es el sujeto activo de la obligación quien está legitimado para recibir ese pago, ya sea directamente o como producto de un proceso judicial de cobro ejecutivo. En el segundo caso, la ley es el mecanismo que legitima a determinadas personas para recibir esos pagos, por ejemplo, en caso de interdicción del acreedor, ya sea por disipación o por cualquier otra causa que le limite esa capacidad como cuando cae en demencia u otra patología que le impida ser autónomo frente a su capacidad de ejercicio de sus derechos crediticios. Otros casos, por ejemplo, pueden ser el de los alimentos en los cuales el acreedor es el menor de edad u otra persona discapacitada y como ellos carecen de facultad para

administrar esos bienes o dineros, la ley autoriza a sus representantes legales, como padres, tutores o curadores para recibir por tal *accipiens*.

Igualmente, están facultados de modo legal para recibir por el acreedor, todos quienes le hayan sucedido en el crédito aun a título singular por mandato legal.

Otros legitimados por la ley para recibir por ese acreedor son quienes se subrogaron en sus derechos como consecuencia de pagos realizados por ellos o por cesión del crédito, los herederos como ya lo advertimos y los legatarios por testamento o a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía.

Este último caso es la aplicación del principio de “*error communis facitius*” o buena fe cualificada ante una apariencia acerca del verdadero acreedor, porque tiene en posesión el título de recaudo que garantiza la existencia de un crédito para cualquier acreedor, entonces el pago que se realice a ese poseedor es un pago válido y tiene la vocación de extinguir la obligación.

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, los requisitos para que tal pago sea perfectamente válido son:

“1- Debe existir una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta, es decir, que no es fácil advertirla, la cual sea necesariamente ajena a su etiología y desarrollo a que eventualmente resultare perjudicado con la apariencia de la juridicidad. Es obvio que si quien pretende ser favorecido con la aplicación de la doctrina tuvo alguna parte en los procesos que determinaron la creación de la apariencia del derecho, mal puede invocar a su favor la apariencia de legalidad, que en tales condiciones dejaría de serlo para ella.

2- Que esa apariencia de legalidad esté respaldada en hechos, situaciones o documentos cuyo vicio no sea posible advertir con diligencia y cuidados propios de un padre de familia.

3- Que la conducta de quien resultó perjudicado con la situación aparente de legalidad esté respaldada por una buena fe del particular no simplemente presunta, sino probada, permanente y no transitoria, paradigmática, sin sombra de mácula. Es esa buena fe la que permite que se cree el derecho donde normalmente no existía y, correlativamente, se extinga en quien verdaderamente era su titular.

4- Que la situación no esté regulada por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina.¹²⁸”

Cuando tratamos el tema de los representantes legales de las personas jurídicas, incluimos a quienes la ejercen en nombre del Estado Colombiano o de

128 Sala Civil, Sentencia de 3 de agosto de 1983, MP. Jorge Salcedo. Mas reciente la misma corporación se refirió al tema en la sentencia de 16 de agosto de 2007, ex. 258753184001 19940020001 MP. Pedro Octavio Munar.

sus entidades descentralizadas, como establecimientos públicos, departamentos administrativos, superintendencias etc., o entes territoriales representados por sus alcaldes, gobernadores etc., o quienes por ley tienen estas funciones como lo son los tesoreros de las entidades públicas o las empresas que se hayan contratado para recibir por la entidad y los pagos son válidos.

Hoy por hoy, las empresas de servicios públicos domiciliarios, las empresas de telefonía móvil, los conjuntos habitacionales y otra serie de acreedores autorizan a bancos, puntos de pago, empresas recaudadoras de pagos para recibir por ellos y se entienden válidos y medios extintivos de las obligaciones. Puede ocurrir que las personas diputadas para recibir el pago incurran en causales de inhabilidad o de incapacidad para desempeñar ese encargo o para realizar negocios y actos jurídicos en ejercicio del mandato. Esto tiene incidencia efectiva sobre el mandato hasta llegar a su extinción y los pagos que éstas reciban a nombre del acreedor sean calificados como nulos.

La ley autoriza a los curadores del ausente, de la herencia yacente, al secuestre de bienes embargados, al liquidador en esos procesos de liquidación obligatoria de la Ley 222 de 1995, a los promotores conforme a los mandatos de la Ley 550 de 1999 para realizar los pagos.

En este punto tenemos que hablar necesariamente de las personas diputadas por el mismo acreedor para recibir y ello puede acaecer cuando éste confiere poder general (por escritura pública) o especial (por memorial) a un tercero para recibir por él.

Esto es el ejercicio legal del contrato de mandato, general o particular, entonces todo pago del crédito que se haga en tales circunstancias es perfectamente válido y extingue la obligación por pago total de ella conforme al art. 1625 del C.C.

La ley civil prohíbe que la facultad para recibir por el acreedor se transmita a los herederos o representantes de la persona diputada por él para este efecto, excepto cuando en el acto delegatorio lo ha permitido expresamente el *accipiens*. Este podrá revocar el mandato o la facultad de recibir pero si las dos partes del contrato fueron quienes celebraron ese mandato, no podrá unilateralmente el acreedor revocar, aunque si puede acudir al juez para tal efecto.

El pago realizado a persona distinta de a quien se le debe, carece de validez por falta de legitimación como sujeto activo o *accipiens* para recibir y la obligación no se extingue. Ese pago valdrá solo si el acreedor, en pleno ejercicio de su derecho crediticio, lo ratifica de un modo expreso o tácito, o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor como legatario.

De lo anterior se puede colegir que el pago hecho al acreedor es nulo cuando éste no tiene la administración de sus bienes, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor y en cuanto este provecho

se justifique con arreglo al art. 1747 del C.C cuando el juez le embargó la deuda o mandado retener el pago o cuando se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso¹²⁹.

¿Cuál es el lugar donde debe hacerse el pago de la obligación?

El art. 1645 del C.C estatuye el lugar donde debe realizarse el pago o cumplimiento de la obligación es aquel que las partes hayan pactado en el contrato o luego de éste y ya en su ejecución, el acordado en la convención si tenemos en cuenta que ésta se utiliza para modificar, extinguir o aclarar las obligaciones. La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte.

Puede suceder que por cualquier motivo, confianza, olvido, duda acerca del lugar de cumplimiento etc., no se haya pactado expresamente ese aspecto importante del convenio, entonces se aplicarán las reglas siguientes: Si se trata de cuerpo cierto, se debe pagar en el sitio donde se encontraba al momento cuando se constituyó la obligación, como es el caso de los bienes inmuebles que por obvias razones no se puede mover de allí, pero tratándose de otros bienes como los muebles o dinero, se hará en el domicilio del deudor.

Habrán situaciones en las cuales necesariamente el pago de la obligación deba hacerse en el lugar donde se realiza la obra, por ejemplo, en obligaciones de hacer una obra material, pintar una casa, construir una cerca, pavimentar una calle, hacer un edificio, etc.

Los arts. 76 a 89 del C.C nos refrescan la noción de domicilio para indicar que éste consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, el civil es relativo a una parte determinada de un lugar de la República de Colombia, que es también el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio

Se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, farmacia, fábrica, taller, hospedaje, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona, por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo y por otras circunstancias análogas. Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene, pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo.

¹²⁹ Ver sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia SC-003 de 14 de enero de 2015, exp 11001 3103 030 2009 00475-01 MP. Jesús Vall de Ruten, citada por José Armando Bonivento Jiménez en su obra "Obligaciones" del Editorial Legis, primera edición de enero de 2017.

Por último, la misma ley permite a las partes fijar o establecer el domicilio para el cumplimiento de la prestación, pero no para efectos de pactar el domicilio judicial porque son normas de orden público que no son objeto de negociación¹³⁰.

Es posible que ese deudor o acreedor se hubieren mudado de domicilio antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición para realizar el pago; si esto sucede y las partes no acordaron otra cosa, el pago se sigue cumpliendo o debiendo donde inicialmente se pactó y es válido por ministerio de la ley.

Hay que tener en cuenta que en nuestros tiempos el domicilio escogido, ya sea por costumbre o por acuerdo de las partes es el del acreedor, considerando que es éste como sujeto activo de la obligación quien es la parte dominante de esa relación contractual, así las cosas, por ejemplo, los bancos, las financieras, los establecimientos de comercio y cualquier otro acreedor le exige a sus deudores que acudan a sus dependencias u oficinas a realizar los pagos o a las instituciones con quienes han contratado el servicio de recaudo de dineros cuando de pagar sumas de dinero se trate. Esto es una parte de lo que se llama la bancarización de las relaciones personales y mercantiles, es decir, todo se mueve a través de la banca privada, como es el caso del pago de salarios y prestaciones, pensiones, servicios, indemnizaciones, cuotas de administración, servicios públicos, créditos etc¹³¹.

¿Cómo debe hacerse el pago de la obligación por el deudor?

El art. 1648 y s.s. del C.C traen las siguientes reglas:

i) Si la prestación es de cuerpo cierto, debe el acreedor recibirla en el estado en que se encuentre al momento de vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición.

ii) Si la cosa se deterioró por el hecho o culpa del deudor o de las personas por quienes él es responsable, el acreedor no está obligado a recibir tal pago y entonces la obligación no se extingue, incurre en mora, la obligación se hace exigible judicialmente y surge para ese acreedor la facultad de reclamar perjuicios por el incumplimiento y la rescisión del contrato, conforme al art. 1546 del C.C o condición resolutoria tácita.

iii) Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño.

130 Ver: Corte Constitucional sentencia C-379 de 1998.

131 Ver art. 876 del C.Co. Salvo estipulación en contrario, la obligación que tenga por objeto una suma de dinero deberá cumplirse en el lugar de domicilio que tenga el acreedor al tiempo del vencimiento. Si dicho lugar es distinto al domicilio que tenía el acreedor al contraerse la obligación y, por ello resulta más gravoso su cumplimiento, el deudor podrá hacer el pago en el lugar de su propio domicilio, previo aviso al acreedor.

En este caso, creemos que existe un acto de injusticia para el acreedor porque si no está en mora de recibir la cosa o el pago, nadie podrá obligarlo a recibir algo que no le satisface su interés, así sea que ese deudor no resulte culpable del deterioro o alguien a su cargo. En esta situación fáctica podríamos dar aplicación a los postulados del art. 1627 del C.C.

iv) El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

v) El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.

vi) Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.

vii) Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo.

viii) Cuando concurren entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente y por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon, podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros.

Un asunto importante en este capítulo es el relacionado con la imputación del pago que hace el *solvens* al *accipiens* de dar sumas de dinero, pues si se debe capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses se presumen éstos pagados.

Si hay varias deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija, pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda que no paga intereses a aquella que no lo hace. Si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después. Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere.

En estos casos cuando existe un contrato de mutuo civil con pago de intereses o comercial, debe quedar previamente estipulado el modo como se imputan los pagos cuando el crédito está en mora porque cuando está al día, solo se paga el capital adeudado.

¿Cómo se hace la imputación del pago realizado por el deudor?

Para imputar unilateralmente por parte del deudor es necesario que él escoja la más antigua en exigibilidad, cuando las deudas son exigibles en la misma fecha, es decir, no hay distingo entre las diferentes obligaciones acerca de su exigibilidad. Si el deudor no imputó ni el acreedor al momento de otorgar la carta de pago imputó de todas maneras es necesario que si el deudor posteriormente imputa a una de las varias obligaciones, el acreedor acepte la imputación porque sino se entenderá que el pago se hará proporcionalmente a cada una de las diferentes obligaciones, me refiero a obligaciones respecto de las cuales no haya distingo de exigibilidad, sean obligaciones que deban cumplirse en la misma fecha, si el deudor no imputó y el acreedor al otorgar el recibo tampoco imputó a cuál de las varias deudas se les aplica el correspondiente abono, se entenderá que el abono tiene por finalidad aplicársele proporcionalmente a cada una de las diferentes obligaciones.

El art. 1655 del C.C establece que:

“Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere.

En materia mercantil opera una regla diferente porque el Código del Comercio establece que en esto de la imputación de los pagos hay que tener en cuenta que si bien es cierto que el derecho a imputar es del deudor, él nunca puede imputar el pago a una deuda sin garantía de preferencia, a una deuda con garantía. Si existen varias deudas y hay unas garantizadas y otras no garantizadas, el nunca puede imputar el pago a una deuda que tenga garantía, que tenga una prenda, fianza hipoteca, sobre una deuda no garantizada y si hace la imputación en ese sentido, no valdrá porque su obligación es recoger primero las deudas que no tienen garantía de ninguna clase, en el caso de que todas las deudas tengan garantía, deberá imputarse a la que menos garantía ofrezca; la intención del legislador mercantil es que se recogerán de preferencia las obligaciones no garantizadas o las obligaciones que tuviesen menos garantías, esto es el efecto diferente de la imputación de los pagos en materia mercantil, en el que hay que tener en cuenta las garantías para el cumplimiento de la obligación. En el derecho comercial, como es una codificación moderna aparecen mejor ordenadas las reglas de la imputación de los pagos cuando entre las mismas partes existen varias deudas.

El art. 881 establece que: Salvo estipulación en contrario, la imputación del pago se hará conforme a las siguientes reglas: Si hay diferentes deudas exigibles, sin garantía, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero si una de las deudas exigibles tuviere garantía real o personal, no podrá el deudor imputar el pago a ésta sin el consentimiento del acreedor.

El acreedor que tenga varios créditos exigibles y garantizados específicamente, podrá imputar el pago al que le ofrezca menos seguridades”¹³².

¿Cuándo debe pagarse la obligación?

En este interrogante estamos hablando que el pago de la obligación con tendencia o intención decidida de extinguirla se tiene que hacer en los términos del contrato, de la convención, de la ley o de la sentencia u orden judicial que se profiera para tal fin. Entonces, en primera medida será el mismo contrato el cual nos señalará la ruta de cuándo se realizará ese pago, que es normalmente de inmediato cuando se trae de obligaciones puras y simples, cuando se venza el plazo o cuando se cumpla la condición suspensiva, porque en el caso de los plazos extintivos y condiciones resolutorias, las obligaciones nacen como puras y simples, o sea que las prestaciones se cumplen de inmediato.

Si se trata de obligaciones nacidas o con origen en un fallo judicial, esa misma providencia dirá cuándo se tiene que cumplir la obligación o como en el caso de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), permite que las sentencias que impongan el pago de sumas de dinero se haga dentro de los diez meses siguientes a la ejecutoria del fallo. Si es la ley el instrumento que fija la oportunidad para el pago de una obligación, éste tiene que cumplirse inexorablemente como lo ordena, por ejemplo, el pago de impuestos como el IVA, el de patrimonio, renta y complementarios.

¿A cargo de quién están las expensas del pago?

El art. 1629 del C.C ordena que los gastos ocasionados por el pago sean a cargo del deudor generalmente, excepto si hubo pacto en contrario o si el juez ordenare algo diferente acerca de las costas judiciales. Lo anterior obedece a que quien se beneficia del crédito es el deudor y si éste cayó en mora, con mayor razón porque se presume que ha incumplido por su culpa.

Cosa diferente sucede si quien está en mora es el *accipiens* y el *solvens* ya agotó todos los mecanismos directos y judiciales para realizar ese pago; los gastos ocasionados para la satisfacción de la obligación correrán a cargo y cuenta de ese acreedor. Así se fijará en la respectiva providencia.

Exige especial atención el contenido del art. 1628 del C.C, el cual contiene una presunción legal que admite prueba en contrario, para el caso de los pagos periódicos o de obligaciones por cuotas o a plazos como generalmente se les llama y es que la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los

132 Universidad del Atlántico: //investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/download/1176/812- Dr. Manuel González Pernet, Director, Consultorio. Jurídico y Centro de Conciliación, Universidad del Atlántico.

mismos acreedor y deudor. De todos modos, ese acreedor tiene todos los recursos de ley para probar lo contrario en el proceso o en diligencia de conciliación. Igual presunción establece el art. 879 del C.Co.

¿Qué es el pago con cesión de bienes?

La definición de esta figura jurídica la trae el art. 1672 del C.C en estos términos:

“La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas”.

Son varias las condiciones que la ley exige para que este derecho del deudor se pueda perfeccionar y también son varios los efectos de la cesión, veamos:

1. La existencia de uno o varios créditos sin satisfacer por parte de un deudor.
2. La voluntad del deudor libre de cualquier vicio del consentimiento de ceder todos sus bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables, a los acreedores para solventar su crédito (art. 594 del C.G.P).
3. Que tal deudor se encuentre en una situación tan crítica, económicamente hablando, que le es casi que imposible cumplir de modo regular con tales compromisos, entonces es como si el deudor dijera: *“Aquí están todos mis bienes, repártanlos y páguese los créditos”.*
4. Que no se trate de bienes inembargables como los estimados en el art. 1677 del C.C, la Ley 11 de 1984 y 594 del C.G.P. Observemos cuáles son los bienes inembargables en la actualidad:

“Art. 1677. (...)

1o.) Modificado por el art. 3º, Ley 11 de 1984. El nuevo texto es el siguiente: No es embargable el salario mínimo legal o convencional.

2o.) El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.

3o.) Sentencia de la Corte Constitucional C-318 de 2007. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor.

4o.) Derogado tácitamente numeral 11 art. 684 del Código de Procedimiento Civil, según Sentencia de la Corte Constitucional C-318 de 2007. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección.

- 5o.) *Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.*
- 6o.) *Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.*
- 7o.) *Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.*
- 8o.) *La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.*
- 9o.) *Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”.*

Código General del Proceso, art. 594. Bienes inembargables.

Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. *Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.*
2. *Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.*
3. *Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de éstas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.*

Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.
4. *Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.*
5. *Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.*

6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.

7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.

8. Los uniformes y equipos de los militares.

9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.

10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.

11. El televisor, la radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.

12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.

13. Los derechos personalísimos e intransferibles.

14. Los derechos de uso y habitación.

15. Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.

16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales”.

5. Que la oferta de cesión de los bienes del deudor sea presentada ante el juez y éste la admita con conocimiento de causa y el deudor pueda implorarla aunque exista estipulación en contrario.

6. Ese cesionario, si algún acreedor lo exige, tiene que probar que en su conducta y negocios civiles o comerciales no hubo culpa suya en las resultas de su situación económica crítica.

7. Los acreedores están en la obligación de aceptar la cesión ofrecida, excepto en las circunstancias del art. 1675 del C.C, como por ejemplo:

- Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado como propios los bienes ajenos a sabiendas.

- Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta¹³³.
- Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores.
- Si ha dilapidado sus bienes. Se presume haber habido dilapidación cuando el deudor hubiere aventurado en el juego una cantidad mayor que la que un prudente padre de familia arriesga por vía de entretenimiento en dicho juego.
- Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores.
- Podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores.
- Los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios, no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría si se hubieren abstenido de votar por tal cesión.
- La cesión de bienes no aprovecha a los codeudores de obligaciones solidarias o subsidiarias, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario.

Como efectos legales de la cesión tenemos:

- Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos.
- Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago con estos.
- La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino solo la facultad de disponer de ellos o de sus frutos hasta pagarse de sus créditos. Esa disposición no encierra la facultad de transmitir el dominio de las cosas cedidas.

En esta norma hay una incongruencia porque advierte que los acreedores no adquieren la titularidad de los bienes dados en cesión sino la facultad para explotarlos hasta poder pagarse con sus rendimientos la totalidad de los créditos, pero también habla de facultad de disponer de ellos. Habrá que entender que de lo que se trata es disponer de tales rendimientos.

Entonces, se podría concluir que estaríamos frente a dos figuras jurídicas, siguiendo a Jorge Cubides Camacho, que los acreedores reciban estos bienes en dación en pago, entonces sí hay traslado del dominio o que los acreedores, facultados por el deudor y el juez, puedan enajenar esos bienes para la solución de sus créditos.

¹³³ La quiebra desapareció con la expedición de la Ley 222 de 1995 y se reemplazó por la liquidación obligatoria.

De lo contrario, le corresponde a los acreedores que tales bienes explotados económicamente, produzcan los rendimientos necesarios para la solución de las deudas. El efecto principal es que las obligaciones, por el solo hecho de la cesión de bienes, no las extingue, sino cuando todos esos créditos queden perfectamente saldados.

Continuación de los modos directos de extinguir las obligaciones

Después de este recorrido elemental y clásico por los modos indirectos de extinguir las obligaciones y del estudio de diversas figuras jurídicas que tienen que ver, de uno u otro modo con el pago como modo de extinción de las prestaciones adquiridas por los deudores, incursionaremos ya en los otros modos directos de extinción, tratando de explicar o de exponer de la manera más sencilla y clara la naturaleza jurídica de la figura, apegados siempre al Código Civil nuestro, sus elementos esenciales o requisitos y sus efectos para dar por roto definitivamente el vínculo jurídico que ata y obliga al deudor frente a su acreedor.

Empezaremos por la novación, figura contenida en los arts. 1687 a 1710 del C.C.

¿Qué es la novación como modo directo para extinguir las obligaciones?

La norma, art. 1687 del C.C, define a la novación como *“la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”*.

Para nuestro estudio lo importante es que la obligación se extingue por este modo consagrado en el art. 1625 del C.C y también se pueden extinguir tanto la solidaridad como las garantías y privilegios que arropaban a la antigua obligación.

Entonces habrá novación cuando:

1. Se sustituye por una nueva obligación a otra antigua entre los mismos acreedor o deudor originales.

2. Se sustituye al primer acreedor, contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.

3. Se sustituye al primer deudor con un nuevo deudor, en consecuencia aquel queda libre del vínculo jurídico. Ésta puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

- La novación no opera para obligaciones condicionales, porque en la práctica la obligación suspensiva no existe, por lo tanto no es exigible ni ejecutable.

- La novación será válida si tanto el contrato que contiene la obligación primitiva como el contrato de novación, sean legítimos, a lo menos naturalmente (arts. 1501 a 1506, 1851 y 1527 del C.C).
- Los mandatarios, cualquiera que ellos sean, solo podrán novar si tienen poder especial o general para ello y si tienen la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda.
- La simple diputación a una persona diferente del deudor o acreedor para recibir o para pagar no constituye novación.
- No hay novación cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor.
- La intención de las partes tiene que manifestarse por escrito, de modo expreso y claro porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua y para efectos de prueba. La omisión o carencia de tal intención (aspecto subjetivo) conlleva a considerar las obligaciones como coexistentes, perdurando en esa parte los privilegios y cauciones de la primera (art. 2493 del C.C)¹³⁴.
- La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. En estos casos de sustitución del deudor juega papel importante la voluntad del acreedor porque su crédito e intereses económicos pueden estar en juego si el nuevo deudor no reúne las exigencias que él estima conducentes para garantía de la obligación. A esta figura también se le llama subrogación pasiva o por el deudor la cual tendrá efecto positivo si con el nuevo deudor se mejora la situación o garantía para el acreedor, ya sea con mejores o nuevas cauciones o con respaldo general patrimonial del nuevo conforme al art. 2488 del C.C.
- Si el acreedor dio libertad al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo caiga en insolvencia, excepto si en el contrato de novación se haya reservado expresamente la facultad de perseguirlo en caso de incumplimiento, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo.
- De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario.
- Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación.

134 Art. 2493. Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca.

- Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva.
- La reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no valen, cuando las cosas empeñadas e hipotecadas pertenecen a terceros que no acceden expresamente a la segunda obligación.
- Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses.
- El nuevo deudor no puede hacer reserva sobre sus bienes para respaldar ese crédito conforme al art. 2488 del C.C porque todos sus bienes son la garantía del crédito.
- Si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios (art. 1568 del C.C), la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen a pesar de toda estipulación contraria, salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación.
- Si hay novación por cambio de deudores solidarios, la solidaridad se termina y también las garantías que éstos habían prestado, excepto si los nuevos deudores aceptan la solidaridad y comprometen garantías reales para respaldo del crédito nuevo.
- Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello que en ambas obligaciones convienen
- Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena.
- Si en caso de incumplimiento es exigible solamente la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena.
- Se extinguen los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva.
- La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistente los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen.

- La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación.
- La mera reducción del plazo no constituye novación, pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado.
- Si el acreedor ha consentido novar la obligación bajo condición de que accediesen a ella los codeudores solidarios o subsidiarios y si ellos no accedieren, no hay novación.

Como conclusión, podemos afirmar que esta figura es de poco uso en nuestra actual historia por sus complicaciones e implicaciones, por ejemplo, en el caso de obligaciones solidarias porque se finiquitan con la novación esa solidaridad o porque las garantías y privilegios desaparecen. Como hoy existen los MARC ´S o mecanismos alternativos de resolución de conflictos, creemos que es más expedito ese camino para novar las obligaciones.

¿Qué es la transacción como modo de extinguir las obligaciones?

El art. 2469 del C.C define la transacción como un contrato en el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. A esa definición le agregamos que también es un mecanismo para terminar anticipadamente un proceso judicial.

Veamos algunas características de este modo de extinción de las obligaciones:

- La simple renuncia de un derecho que no se disputa no constituye transacción.
- Solo puede celebrar el contrato de transacción aquella persona que es plenamente capaz con poder de disposición sobre los objetos incluidos en ese contrato, al tenor de los arts. 1501 y siguientes del C.C.
- Si el titular del derecho en disputa, incierto y renunciable no obra personalmente, tiene que conferir poder general o especial al mandatario para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir.
- La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace del delito, porque la fuente de la obligación es el hecho ilícito, es decir, se transige sobre los efectos patrimoniales del delito.
- La transacción no puede recaer sobre derechos personalísimos como el de ser alimentado o sobre el estado civil. La transacción sobre alimentos futuros de las

personas a quienes se deba por ley, solo valdrá con la aprobación judicial si no se vulneran los arts. 424 y 425 del C.C¹³⁵.

- Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia.
- Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.
- Es nula así mismo la transacción, si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir.
- Hay nulidad en la transacción cuando se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige pero en realidad se trata de otra. En estos casos procede la rescisión de ese contrato. Si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho.
- El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción.
- El error de cálculo en las prestaciones o en las cuentas, errores aritméticos como se les conoce en el procedimiento civil, no anula la transacción, solo da derecho a que se rectifique el cálculo.
- El contrato de transacción puede ser objeto de rescisión conforme a las exigencias del art. 2482 del C.C que a la letra describe que:

“Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido, y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas.

En este caso el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria.

Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto”.

¹³⁵ Art. 424. El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. Art. 425. El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él.

- La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, el contrato es el título de recaudo para ejecutar.
- El contrato de transacción solo surte efecto entre los contratantes, pero en caso de fallecimiento de alguna de las partes, se transmite a herederos y legatarios lo convenido en el acuerdo de voluntades.
- Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros, salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad.
- Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre los cuales se transige.
- Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes (art. 1592 del C.C.)¹³⁶.
- Si una de las partes ha renunciado el derecho que le correspondía por un título y después lo adquiere a otro título, la transacción no la priva del derecho posteriormente adquirido.

En en portal web www.gerencie.com encontramos las características del contrato de transacción, documento que por considerarlo pertinente para este tema, hemos transcrito:

“La transacción es denominada por muchos autores como un modo de terminación anormal del proceso, pues por medio de ésta las partes pueden dar por terminado un litigio. La transacción es muy importante ya que produce el efecto de cosa juzgada, pero debido a su naturaleza contractual esta puede ser objeto de nulidad o rescisión en los casos establecidos en el Código Civil.

Al ser la transacción un contrato, reviste unas características, las cuales son las siguientes:

- *Es consensual, se perfecciona con el solo consentimiento de las partes de llegar a un acuerdo y ceder en sus pretensiones.*
- *Como todo contrato debe reunir los requisitos establecidos en las normas civiles para que esté revestido de validez.*

¹³⁶ Art. 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

- Es bilateral, ya que las obligaciones son para ambas partes, es decir, cumplir lo establecido en el contrato de transacción.

- Es *intuitu personae*, pues, ésta se acepta en consideración a la persona con la que se celebra, tan importante es esta característica, que si se cree transigir con una persona y se transige con otra, por esta causal se puede rescindir el contrato, según lo establecido en el inciso segundo del art. 2479 del Código Civil.

- Es un contrato nominado, ya que se encuentra regulado en el Código Civil a partir, del art. 2469 al 2487.

Respecto a la transacción la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en sentencia de 22 de marzo de 1949, se refirió a que el contrato de transacción tiene condiciones para su formación, las cuales son las siguientes:

Este contrato supone entonces como condiciones de su formación:

a) El consentimiento de las partes.

b) La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas.

c) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento”

Siguiendo con el mismo orden de modos de extinción de las obligaciones contenido en el art. 1625 del C.C, estudiamos ahora “la remisión”, la cual obra en los arts. 1711 a 1713 del C.C.

Al igual que en el texto del Código Civil, la utilización de esta figura en la práctica es muy limitada porque el acreedor normalmente no regala nada a nadie y mucho menos cuando se trata de su activo patrimonial. Como la norma establece esa posibilidad como modo de extinguir las obligaciones, la trataremos conforme a las normas citadas.

¿Qué es la remisión como modo de extinguir las obligaciones?

Remitir una deuda, condonarla es sinónimo de perdonarla, de una renuncia a cobrar su derecho crediticio por parte del acreedor¹³⁷.

137 La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita. Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla. La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda. Art. 1711 C.C. La remisión o condonación de una deuda no tiene valor sino en cuanto al acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella.

- Para que la remisión sea válida, como todo acto de disposición de un derecho patrimonial, se requiere que ese acreedor tenga plena capacidad de acuerdo con la ley civil.
- La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita, o sea que lo condonado tenga un valor superior a los 50 smlmv.
- Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda.
- El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.
- La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda.

En el portal de www.gerencie.com encontramos citadas las características de la condonación o remisión de una deuda en estos términos:

“La condonación de una deuda se caracteriza principalmente por ser un modo de extinguir las obligaciones de conformidad con lo establecido por el Código Civil, mediante la remisión o la condonación, como también lo denomina la ley civil se perdona o se exonera a una persona del cumplimiento de una obligación, es decir, que el deudor queda liberado de la deuda en virtud de la remisión.

¿Quién puede condonar una deuda?

Puede decirse que se encuentra facultado para condonar una deuda el acreedor de la obligación, sin embargo no se trata de cualquier acreedor; el acreedor debe ser hábil para disponer de la cosa que es objeto de la condonación, porque de lo contrario la condonación o perdón de la deuda no será válida.

Además se caracteriza la remisión porque se debe efectuar la insinuación que se hace en la donación entre vivos, es decir, que aunque la condonación sea una manifestación libre del acreedor requiere autorización de notario en los casos en que la donación entre vivos la requiere, de conformidad con lo establecido por el art. 1712 del Código Civil.

Entonces cuando la condonación de una deuda exceda de cincuenta salarios mínimos, requiere autorización del notario mediante escritura pública, pues en estos casos la donación entre vivos requiere dicha insinuación. La insinuación la trata el art. 1458 del Código Civil, el cual fue modificado por el Decreto 1712 de 1989 art. 1°, el cual señala:

“Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación”.

Cuando se trate de la condonación de una deuda que recaiga sobre un bien inmueble requiere para su validez además de que el acreedor sea hábil para disponer de la cosa, que la condonación sea otorgada por escritura pública e inscrita en el registro de instrumentos públicos.

Por último, hay que establecer que también puede haber remisión tácita, ésta se da cuando el acreedor de manera facultativa entrega al deudor el título en el que consta la obligación, lo destruye o lo cancela con intención clara de extinguir la deuda”.

¿Qué es la compensación como modo de extinguir las obligaciones?

La compensación como figura jurídica tanto del derecho civil como del mercantil es un simple cruce de cuentas entre acreedores y deudores que opera por ministerio de la ley, es decir, no se requiere del consentimiento expreso y unilateral de aquellos porque dejaría de ser útil el mandato legal del art. 1714 del C.C, el cual consideramos se ha establecido legalmente a favor del último como parte débil o dominada en la relación contractual generalmente¹³⁸.

Veamos algunas características y efectos de esta figura que aplica, por mandato del art. 822 del C.Co, tanto para el derecho civil como para el comercial y creemos que también para el derecho administrativo¹³⁹.

Las normas que regentan esta figura son los arts. 1714 a 1723 del C.C.

138 Art. 1714. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

Art. 1715. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

139 Art. 822 del C.Co. Aplicación del derecho civil. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirlos, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

- Se necesita que en por lo menos dos contratos, dos personas sean deudoras y acreedoras, a la vez, unas de otras, para que se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, total o parcial conforme a las reglas que a continuación se exponen:
- La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:
 - i) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
 - ii) Que ambas deudas sean líquidas; y
 - iii) Que ambas sean actualmente exigibles, por esto es que las obligaciones naturales no se pueden compensar como tampoco las condicionales suspensivas.
- La norma adolece de una imprecisión porque el conocimiento tiene que venir del acreedor quien puede ser el sujeto que se oponga a ese cruce de cuentas. Igualmente, creemos que la palabra correcta no es “conocimiento” sino consentimiento del acreedor. Recordemos que quien paga es el deudor y entonces es a éste a quien le interesa sanear ese crédito recurriendo a todo aquello que tenga a su favor y que disminuya los valores a pagar.
- Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación, pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.
- Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras y acreedoras a la vez.
- El deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador, a menos que éste le haya cedido su interés en el crédito.
- Requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, éste no puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.
- Requerido uno de varios deudores solidarios, éstos no pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido.
- El deudor que acepta sin reserva alguna cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.
- Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación.

Nos parece relevante hacer una pequeña reflexión acerca de lo que es la cesión de los créditos o de los contratos que contienen créditos para nuestro derecho. Pues bien, la Superfinanciera ha publicado en su portal web un concepto relacionado con el tema de la extinta Superbancaria, el cual transcribimos parcialmente¹⁴⁰:

“Cesión de contrato

(...) los contratos celebrados por las entidades financieras se rigen por las disposiciones de la ley comercial debemos hacer referencia a la cesión de contratos mercantiles.

El artículo que establece la norma sobre el particular es el 887 del Código de Comercio, él mismo estipula que en “los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes, podrá hacerse sustituir, por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido. Si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”. “La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles, (...) celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.

Sobre el particular, el Dr. José Ignacio Narváez G. comenta que “los arts. 887 a 896 del Código de Comercio regulan el fenómeno consistente en traspasar a un tercero los derechos y las obligaciones generadas en un contrato vigente, sin extinguir el vínculo contractual para crear otro nuevo, es decir, sin producir novación. Existe así la posibilidad para cada una de las partes del contrato de ejecución periódica o sucesiva de hacerse sustituir por otra persona, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas de aquél, sin necesidad del consentimiento expreso del contratante cedido, salvo que por la ley o por estipulación convencional se haya prohibido o limitado la sustitución. También se permite la cesión de los contratos mercantiles de ejecución instantánea que no se hayan ejecutado o cumplido total o parcialmente, así como los celebrados intuitu personae, pero en estos eventos es indispensable la aceptación del otro contratante (art. 887)”.

De lo anterior se desprende, que en materia comercial se pueden ceder tanto derechos como obligaciones. Es así como se puede hablar, tanto de cesión de créditos como de cesión de deudas.

En la primera, el acreedor por medio de la realización de un contrato, traspasa su derecho crediticio a otra persona que entra a ocupar su lugar en el vínculo jurídico, mediando en todo caso la notificación por parte del cesionario al deudor o su aceptación (art. 1690 del C.C) para que dicha cesión pueda ser oponible a terceros.

140 La hoy Superintendencia Financiera es la unión de la Superbancaria y la Supervalores.

En la cesión de deudas, de ser admitida por el acreedor en los eventos donde sea indispensable su beneplácito, el deudor mediante una convención puede liberarse de la deuda transfiriéndola a un tercero que entra a ocupar su lugar. Así las cosas, en los contratos intuitu personae, como el crédito con garantía hipotecaria, es necesaria la aceptación del acreedor hipotecario, para el caso la corporación de ahorro y vivienda. De manera que, por las razones explicadas en precedencia, para que el vendedor del inmueble garantizado con hipoteca pueda realizar la cesión de la parte pasiva de la obligación que adquirió con la entidad financiera, requiere la aquiescencia o aprobación de la misma.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el mutuo es un contrato celebrado intuitu personal, mientras no exista un acuerdo entre las partes, no puede llegar a producirse la cesión del crédito hipotecario concedido por la entidad al ahora vendedor del inmueble hipotecado, así como tampoco puede esta Superintendencia obligar a la corporación para que contrate en contra de su voluntad porque de esa manera estaría obrando en contravía de uno de los principios fundamentales del derecho, el de la autonomía de la voluntad privada, vulnerando el derecho que tienen las partes para crear, modificar o extinguir autónomamente sus relaciones jurídicas, máxime si se tiene en cuenta que existiendo un contrato pactado voluntariamente y legalmente celebrado, es decir que reúna todos los requisitos para su existencia y validez entre una corporación de ahorro y vivienda y su cliente, no puede ser invalidado sino por causas legales o por el mutuo consentimiento de los intervinientes, tal y como lo establece el art. 1602 del Código Civil “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Por tanto, no existiendo causa legal alguna que obligue a las entidades a pactar en un sentido diferente al de su voluntad, esta Superintendencia no puede imponerles dicho mandato”¹⁴¹. La Súper en su concepto cita a Narváez José Ignacio, “Obligaciones y Contratos Mercantiles”, Editorial Temis 1990, pág. 122.- 96044376 - Superfinanciera”

- Si el negocio jurídico para la compensación se realiza a través de mandatario, éste podrá oponer al acreedor del mandante, no sólo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación. Pero no puede compensar con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante, sino con voluntad del mismo mandante.
- Si se efectuó la compensación por ministerio de la ley y el deudor no la alega, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad.

141 <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/doctrinas1994>.

- Se prohíbe la compensación cuando va en perjuicio de los derechos de terceros, por ejemplo, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo, esto obedece a que los bienes embargados quedan por fuera del comercio y todo negocio o acto jurídico que se realice con ellos es nulo absolutamente por objeto ilícito, excepto cuando el mismo juez del proceso autoriza su venta para efectos de pagar el crédito, pero esos dineros no ingresan directamente al activo patrimonial del deudor sino a un depósito judicial manejado por la Rama Judicial y el propio juez.
- No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito o de un comodato, aun cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero. Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización, por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables (art. 411 del C.C).
- Cuando existen jurídicamente varias deudas con la posibilidad de compensar se siguen para ese efecto las mismas reglas que para la imputación del pago del art. 1653 del C.C.
- Si las deudas son pagaderas en diferente lugar según el contrato, opera la compensación solo si se trata de pagar sumas de dinero, pero quien la opone tiene que correr con los gastos de tal pago. Recordemos que los costos del pago, si no se pactó otra cosa, están a cargo del deudor, si el acreedor no está en mora de recibir.

La doctrina del portal www.actualicese.com, a la cual ya hemos hecho referencia, presenta unos comentarios al respecto de la compensación que transcribimos literalmente¹⁴²:

“La compensación legal, conocida como el cruce de cuentas, no sería viable cuando ambas obligaciones –o una de estas– no son exigibles en razón a que se encuentra pendiente el vencimiento del plazo o que se presente la condición suspensiva.

Una de las formas que emplean los empresarios para extinguir las obligaciones que asumen con otros o con sus clientes es la compensación legal, la cual también se puede emplear como mecanismo de defensa ante demandas que les inician sus acreedores, siempre que se cumplan los requisitos legales para su uso.

¿Qué es la compensación legal?

La compensación se ha denominado de manera coloquial como cruce de cuentas; sin embargo, el art. 1714 del Código Civil contempla una definición más exacta al

¹⁴² <http://actualicese.com>

señalar que “cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas...”.

Con base en la definición legal descrita en el párrafo precedente, se concluye que ante la existencia de deudas recíprocas entre dos personas, se estructura la figura de la compensación, ocasionando que tales deudas se extingan, quedando las partes a paz y salvo por lo compensado.

Requisitos de procedencia para la compensación legal

La compensación, como modo a través del cual se extinguen las obligaciones, se encuentra regulada en el Título XVII del Código Civil, aplicable en materia mercantil con base en la remisión expresa del art. 822 del Código de Comercio.

Los requisitos para que opere la compensación legal son los siguientes:

a. En virtud de la definición señalada en el art. 1714 del Código Civil, es indispensable que las partes contractuales sean deudoras una de otra, es decir, que existan deudas recíprocas.

En ese orden de ideas, la compensación no podría ser alegada por el deudor principal ante su acreedor que le reclama el cumplimiento de la obligación, con base en el derecho de crédito que el fiador tiene a su favor y que debe satisfacer el acreedor del deudor principal.

Tampoco podría invocar la compensación aquel deudor solidario que se funda en los créditos que otro de los codeudores solidarios pudiera tener a su favor, frente al acreedor que le está exigiendo el cumplimiento de la obligación.

b. Cumplir con los parámetros señalados en el art. 1715 del Código Civil, los cuales son:

Que exista una fungibilidad de los créditos. Es decir, que las deudas mutuas entre las partes contractuales sean de aquellas que se catalogan como de género y que además sean del mismo género. Un ejemplo de ello sería cuando ambas partes se adeudan entre sí sumas de dinero.

En virtud de lo precedente, se afirma que la compensación no sería viable cuando alguna de las obligaciones es de hacer o de no hacer, es el caso en que A debe el pago de una suma de dinero a B y, a su vez, B le debe a A la ejecución de una tarea específica o abstenerse de realizar algo, por ejemplo realizar el acompañamiento jurídico en una asamblea de socios o no opinar en la asamblea, sin previa autorización de A.

Que las deudas recíprocas sean líquidas. Lo anterior indica que las deudas deben ser ciertas y determinadas en su cuantía, circunstancia esta que se aprecia cuando

por una simple operación aritmética se determina la existencia de las deudas recíprocas y su valor exacto.

Que las deudas sean actualmente exigibles. En otros términos, que cualquiera de los dos interesados en la compensación, pueda hacer efectivo ante su otro extremo negocial el cumplimiento de la obligación. En ese orden de ideas, la compensación no sería viable cuando ambas obligaciones –o una de éstas– no son exigibles en razón a que se encuentra pendiente el vencimiento del plazo o que se presente la condición suspensiva.

Es importante aclarar que si bien es cierto que el art. 1715 del Código Civil determina que si se cumplen los requisitos antes descritos, la compensación legal opera de manera automática y, por lo tanto, no requeriría del pronunciamiento de un juez, con base en lo dispuesto por el art. 282 del Código General del Proceso, la compensación debe ser alegada por el interesado en el proceso judicial respectivo para que produzca sus efectos, toda vez que el juez no la puede declarar de manera oficiosa”¹⁴³.

Igualmente, otro portal auxiliar que muestra resúmenes acerca de estos temas jurídicos y contables es www.gerencie.com. Transcribimos el artículo porque lo consideramos como apoyo a nuestro trabajo.

“Cuando se da la figura de la compensación

Son modos de extinguir las obligaciones: El pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, por la declaración de nulidad o por la rescisión, por el evento de la condición resolutoria y por la prescripción.

En este caso trataremos específicamente en qué consiste la compensación como modo de extinguir las obligaciones. La compensación se da cuando dos personas son deudoras la una de otra y por este hecho se extinguen ambas deudas, pero para que la compensación opere por el solo ministerio de la ley, y ambas deudas se extingan deben reunir los siguientes requisitos:

- *Que sean ambas de dinero o del mismo género y calidad (cosas fungibles).*
- *Que sean líquidas.*
- *Que sean actualmente exigibles.*
- *Las dos partes deben ser recíprocamente deudoras.*

¹⁴³ Ab. José Vicente Hurtado P. Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga. Especialista y Mg. en Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia.

En caso de que ocurra una cesión de créditos en la cual el deudor aceptó sin reproche alguno, no podrá el deudor oponer compensación al cesionario del crédito, los créditos que antes de la aceptación de la cesión hubiese podido oponer al cedente.

Pero por otro lado, si la cesión no ha sido aceptada por el deudor puede este oponer contra el cesionario todos los créditos que antes de notificarse la cesión haya adquirido contra el cedente. Aunque su exigibilidad llegue después de dicha notificación.

Por último, hay casos en que no opera la compensación y éstos se encuentran contemplados en el art. 1721 que dice así:

“No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un deposito, o de un comodato, aun cuando perdida la cosa, solo subsista la obligación de pagarla en dinero. Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización, por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables”

El sentido de la compensación como modo de extinguir las obligaciones es simple, con ella se busca no desgastar al aparato judicial con situaciones jurídicas que pueden ser resueltas de una manera simple cuando cumplen las condiciones establecidas por la ley para que opere una figura jurídica como compensación”.

Y continúa el mismo artículo con otro interrogante importante:

“Puede el deudor oponer la compensación en contra del de cesionario?”

La compensación es una figura del derecho civil mediante la cual se extinguen las obligaciones; se puede definir la compensación como la extinción de deudas que pertenecen a personas que mutuamente se deben y por tanto una deuda compensa a la otra. Uno de los requisitos indispensables para que haya compensación es que las partes sean recíprocamente deudoras.

Este requisito se encuentra establecido en el art. 1716 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él. Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido”.

Cuando hubo cesión del crédito ¿Puede el deudor oponer la compensación al tercero a quien el acreedor le ha cedido sus derechos?

Hay que observar dos situaciones, si el deudor ha aceptado la cesión, una vez efectuada ésta por el acreedor a un tercero y en dicha aceptación no efectuó reserva alguna, no podrá oponer en compensación al cesionario lo que hubiera podido oponer al cedente y no lo hizo.

Por otro lado, si la aceptación no ha sido dada por el deudor, éste podrá oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificada la cesión hubiera podido oponer en compensación al cedente, dichos créditos podrán oponerse en compensación por el deudor aunque éstos sean exigibles después de la notificación de la cesión.

De conformidad con lo establecido por el art. 1718 del Código Civil podrán oponerse en compensación al cesionario los créditos del cedente cuando se haya hecho la reserva en la aceptación de la cesión o cuando ésta no haya sido aceptada por el deudor”.

¿Qué es la confusión como modo de extinguir las obligaciones?

El art. 1724 del C.C contiene el concepto de la confusión como fenómeno jurídico para extinguir las obligaciones como lo estima también el art. 1625 ibidem y expone que cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago.

Ejemplos de ello pueden ser: El arrendatario que adquiere el dominio del bien entregado en arrendamiento; el usufructuario que adquiere el dominio pleno del inmueble recibido en usufructo; el acreedor de la servidumbre o titular del derecho de dominio del predio dominante que adquiere la titularidad del predio sirviente o el titular del dominio del predio sirviente -deudor- que adquiere la propiedad del predio dominante, etc.

Los principales efectos son:

- La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza.
- La confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal.
- Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión ni se extingue la deuda, sino en esa parte.
- Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá ese deudor repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda.

Cómo extinguir las obligaciones civiles y comerciales

- Si hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado ese acreedor a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito.
- Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios.

BIBLIOGRAFÍA

Para el estudio del tema he acudido a la bibliografía abajo citada.

ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de derecho civil, tomo I. Quinta edición, Bogotá: Editorial Temis, 2005.

BAENA UPEGUI, Mario. De Las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial. Tercera edición. 2000. Bogotá: Legis, 2004.

BAENA UPEGUI, Mario. Guía elemental de las obligaciones, derecho civil y comercial, vol I, Bogotá D.C.: Librería Editorial Universidad Libre, 1977.

BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Obligaciones, primera edición. Bogotá, D.C.: Editorial Legis, 2017.

CADAVID G, León Darío. Derecho Civil- Obligaciones, Serie Jurídica- Universidad de Antioquia. Medellín: Mc Graw Hill, 2000.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código civil. Bogotá: Editorial Leyer, 2010.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política. Bogotá: Editorial Leyer, 2012.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. 6ª edición, Bogotá: Editorial Javeriana, 2009.

DÍAZ MORALES, Santos Nicolás. Curso didáctico de obligaciones patrimoniales. Segunda edición. Bogotá: Temis, 1985.

GUEVARA LÓPEZ, Luis Ernesto. Manual de obligaciones. Boyacá: Fundación Universitaria de Boyacá, 2001.

HENAO CARRASQUILLA, Oscar Eduardo. Código de procedimiento civil. Bogotá D.C.: Leyer, 2011.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones, 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Bogotá: Temis, 1984.

- LEAL PEREZ, Idelbrando. Código del comercio. 24 edición. Bogotá: Leyer, 2008.
- LÓPEZ ASTAIZA, Gaudencio. Cómo Constituir una Obligación. Popayán: Uniautónoma, 2011.
- LOPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad patrimonial del Estado - Evolución de la jurisprudencia Colombiana. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda, 1997.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. Régimen general de las obligaciones. Octava edición. Bogotá: Temis, 2005.
- POTHIER, Roberto Joseph. Tratado de las obligaciones. Edición corregida y revisada por Mario de la Cueva de la edición de 1824. Argentina: Heliasta, 1993.
- SENTENCIA C-379 de 1998. Colombia: Corte Constitucional.
- SENTENCIA de casación de 23 de sep de 1974, CXLVIII-246. Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil.
- SENTENCIA DE CASACIÓN de 29 nov de 1978, CLVIII-298. Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil.
- SENTENCIA DE CASACIÓN de 7 de marzo de 2000, exp 5319 Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- SENTENCIA T- 266 de abril de 2017. Colombia: Corte Constitucional
- TAFUR GONZALEZ, Alvaro. Código civil. 21 edición. Bogotá: Leyer, 2005.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil T. III. De Las Obligaciones. séptima edición. Bogotá: Temis, 1986.
- VALENCIA, Guzmán Hugo. Mis notas de clase. Popayán: Unicauca, 1979

Webgrafía

www.consejodeestado.gov.co

www.cortesupremadejusticia.gov.co

www.corteconstitucional.gov.co

www.monografias.com

www.gerencie.com

www.filosofia.idoneos.com

www.porvenir.com.co

www.actualicese.com

www.uniandes.edu.co

www.encyclopedia-juridica

blog.handbook.es

es.wikipedia.org

www.superfinanciera.gov.co

www.catedra.org

www.rae.es

Impreso en el mes de octubre de 2018
Popayán - Cauca - Colombia
XXXXX ejemplares

Cómo extinguir las obligaciones civiles y comerciales es una obra que coloca a consideración de la comunidad universitaria y los estudiosos del derecho, en especial del derecho civil, la posibilidad de conocer algunas posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del tema.

Lo cierto es que cuando las personas adquieren obligaciones o compromisos de tipo civil o comercial, lo hacen con el ánimo de satisfacer necesidades básicas o suntuarias para su diario vivir, e igualmente, con el ánimo de cumplir tales compromisos de modo puro y simple o bajo las modalidades del plazo o la condición regentados por las normas del código civil colombiano, esto último se logra a través del pago como medio de extinguir tales obligaciones y de los demás modos contemplados por la ley civil y mercantil para tales efectos.

El trabajo que hoy presento es la continuación del primero que denominé "Cómo constituir una obligación" en el año 2012, el cual contiene una recopilación de temas de doctrinantes, del mismo Código Civil colombiano, de otras normas jurídicas, de la jurisprudencia de altas Cortes y de los conocimientos adquiridos a lo largo de 36 años de ejercicio profesional en diversas ramas del derecho como servidor público, ora como trabajador del sector privado, litigante, docente universitario, juez o Magistrado.

He optado por continuar con el sistema de preguntas y respuestas utilizado en mi primer libro, quizá copiando a otros autores que así presentan sus trabajos, siendo una buena metodología y acertada estrategia pedagógica, lo que facilita el estudio que del derecho obligacional pretendemos hacer. En este sentido, el documento se presenta como un taller, el cual revela las respuestas aproximadas al tema tratado, desde el punto de vista del docente y de otros estudiosos del derecho.

