

Fernando Hinestrosa
Rector de la Universidad Externado
de Colombia y profesor de la materia

Tratado de las Obligaciones

concepto, estructura, vicisitudes

I

2.^a ed.

Universidad Externado de Colombia

Quien se dedica con vocación y amor –sin los cuales nada se logra que embellezca y dignifique una vida– al estudio del derecho y al ejercicio de la abogacía o a la misión de administrar justicia, nobles si las hay, ha de resignarse a vivirla angustiosamente, asaltado con cruel constancia por el dolor de la perplejidad, desvelado en la búsqueda del sendero cierto y de la solución precisa, poseído del sagrado temor de equivocarse, que siempre está vigilando alerta en la conciencia del hombre de bien

RICARDO HINESTROSA DAZA

CONTENIDO

prólogo a la primera edición	31
presentación	33
abreviaturas	36
introducción	37
I. Nociones fundamentales	37
A. Precisión conceptual	37
B. Norma jurídica	38
C. Situación jurídica	40
D. Relación jurídica	41
E. Distintas clases de relaciones jurídicas	41
F. Actuación del derecho	42
II. Ubicación del derecho de obligaciones	44
III. Programa de la exposición	49
IV. Una anotación metodológica	50
primera parte	
concepto de obligación	51
capítulo único	
concepto de la relación obligatoria	53
1. Definición	55
I. Elementos formativos de la obligación	57
2. Elementos de la obligación	57
3. Antecedentes	58
4. La definición de <i>obligatio</i>	60
5. De los deberes morales a la obligación	60
6. Del <i>nexum</i> a la <i>sponsio</i>	61
7. La <i>stipulatio</i>	63
8. <i>Debitum</i> y <i>actio</i>	63
9. De la responsabilidad personal a la patrimonial	65
10. La ejecución <i>in natura</i>	66
11. Patrimonialización de la obligación	67
segunda parte	
estructura de la relación obligatoria	69
I. Débito y responsabilidad	71
12. Débito y responsabilidad	71
13. Responsabilidad del deudor	72
14. Débito primario y débito secundario	77
15. Tutela del derecho de crédito	79
16. Responsabilidad limitada e ilimitada. Responsabilidad sin débito personal	80
17. Exposición del deudor incumplido	81
18. Responsabilidad colateral	83

19.	Responsabilidad del fiador	85
20.	La responsabilidad en las garantías reales	86
21.	La efectividad de la garantía real	88
22.	Unidad patrimonial y limitación de la responsabilidad	89
23.	Beneficio de inventario	90
24.	Beneficio de separación	90
25.	Limitaciones legales del monto de la responsabilidad	91
26.	Circunscripción legal de la clase de daño resarcible	91
27.	Alteración del régimen de responsabilidad por estipulación particular	91
II.	Obligaciones naturales	92
28.	La llamada obligación natural	92
29.	Orígenes de la obligación natural	95
30.	Distintas explicaciones de la obligación natural	97
31.	Relevancia de la obligación natural	99
32.	Requisitos de la <i>soluti retentio</i>	100
33.	Pago de la obligación natural por un tercero y su extinción por otros modos	101
34.	Efectos de la obligación natural	102
35.	Hipótesis de obligaciones naturales. Tipicidad	103
36.	Presente y porvenir de la obligación natural	104
III.	Los sujetos de la obligación	105
37.	Sujetos de obligación	105
IV.	Objeto y contenido de la obligación	107
38.	Objeto y contenido de la obligación	107
V.	La prestación	108
39.	La prestación como objeto de la obligación	108
40.	Prestación “subjetiva” y prestación “objetiva”	109
41.	La prestación deber del deudor, ejecutable por un tercero	110
42.	El contenido como determinación de la prestación	111
43.	Integración del contenido de la obligación	111
44.	La buena fe como elemento integrador del contenido	112
45.	Deber de la prestación	113
46.	La prestación como un deber de colaboración	115
47.	Ejecución específica o por el subrogado pecuniario	115
VI.	Clases de prestación	118
48.	Obligaciones de <i>dare, facere, non facere y praestare</i>	118
VII.	Obligaciones de dar	121
49.	Obligaciones de dar	121
50.	Dar en sentido estricto y en sentido genérico	122
51.	Obligación de hacer la tradición	123
52.	Requisitos de la tradición	124
53.	La tradición de bienes sujetos a registro	126
54.	Formas de tradición-entrega	127
VIII.	Obligaciones de entregar	127
55.	Obligaciones de entregar	127
56.	Obligaciones de entregar cuerpo cierto	129
57.	El deber de custodia	130
58.	Los riesgos de la cosa debida	133
59.	Oportunidad del <i>casus</i> y sus consecuencias	134
60.	Culpa, diligencia, <i>casus</i>	135

61.	<i>Res perit venditoris</i>	136
62.	La variedad de regímenes de responsabilidad	137
63.	Alternativas para el acreedor	139
64.	Obligaciones de entregar géneros	139
65.	Género indefinido y género limitado	140
66.	Escogencia de los géneros	141
67.	Obligaciones de género y obligaciones alternativas	142
68.	Vicisitudes de los géneros	142
69.	El agotamiento del género	143
70.	Concentración de la prestación	143
71.	<i>Mora creditoris</i> y riesgo del género	144
72.	Ejecución forzada	144
IX.	Obligaciones pecuniarias	145
73.	Naturaleza de la obligación de dinero	145
74.	Importancia de las obligaciones pecuniarias	148
75.	Definición de moneda	149
76.	Funciones de la moneda	151
77.	La moneda como instrumento de cambio	152
78.	El dinero como unidad de cuenta	152
79.	El dinero como instrumento de pago	153
80.	La depreciación monetaria y reacciones frente a ella	154
81.	Composición del interés y corrección monetaria. El interés como compensación	156
82.	La obligación de dinero en los códigos	157
83.	Obligaciones de dinero (“valuta”) y obligaciones de valor	159
X.	Los intereses	164
84.	Noción y caracteres de los intereses	164
85.	Intereses remuneratorios e intereses moratorios	166
86.	Interés nominal e interés efectivo	166
87.	Interés nominal e interés real	170
88.	Regulación de los intereses	170
89.	Intereses durante el plazo	170
90.	Intereses legales compensatorios en el ordenamiento comercial	173
91.	Intereses en las condenas de la administración pública	174
92.	Intereses moratorios	175
93.	Intereses moratorios e indemnización de perjuicios	175
94.	Los artículos 883 y 884 del código de comercio	179
95.	Sustitución del artículo 883 y modificación del artículo 884 c. co.	180
96.	Sucesivas doctrinas de la Superintendencia en materia de intereses	183
97.	Posición de la casación civil en materia de intereses	184
98.	La prueba del interés bancario corriente	189
99.	Intervención del Estado para el reajuste de intereses	190
100.	Disimulación de intereses	191
101.	Articulación de la normatividad sobre intereses	192
102.	Intereses de obligaciones en moneda extranjera	194
103.	Anatocismo, interés compuesto, capitalización de intereses	196
104.	Las dos fuentes del anatocismo	199
105.	La capitalización de intereses presupone la presencia de	

una obligación de pagar intereses y la exigibilidad de estos	202
106. Anatocismo en créditos de largo plazo	203
XI. Obligaciones cobrables, transportables, remitibles	204
107. Obligaciones reclamables (cobrables) y obligaciones “portables” (transportables, remitibles)	204
XII. Obligaciones de hacer	209
108. Obligaciones de hacer	209
109. Importancia actual de las obligaciones de hacer	210
110. Actividades profesionales y “riesgo del desarrollo”	211
111. Personalización de la obra o del trabajo	213
112. Coercibilidad de la obligación de hacer	214
113. Ejecución <i>in natura</i>	217
114. Ejecución directa de la obligación de celebrar un negocio jurídico	219
115. Ejecución coactiva de la obligación de hacer	221
116. Penas pecuniarias y otros apremios	222
117. Los riesgos en la obligación de hacer	224
118. Imposibilidad transitoria	224
119. Ejecución imperfecta	225
120. Obligación del hecho de un tercero	225
XIII. Obligaciones de no hacer	226
121. Obligaciones de no hacer	226
122. Obligaciones negativas y deberes generales de abstención	227
123. Obligaciones negativas y deberes de abstención frente a derecho real	229
124. El tiempo en la obligación negativa	229
125. Prueba del incumplimiento	230
126. Tutela del acreedor de obligación negativa	231
127. Ejecución específica de la obligación negativa	232
128. La obligación de no hacer que se convierte en de hacer	234
129. Imposibilidad sobrevenida	234
130. Desarrollo actual de las obligaciones negativas	234
XIV. Obligaciones de medios y de resultado	235
131. Obligaciones de medios y obligaciones de resultado	235
132. No cumplimiento e incumplimiento	237
133. Supuestos de la responsabilidad	238
134. Inejecución de la prestación	241
135. Normatividad comparada	242
136. Diferencias	243
137. Cargas probatorias	249
138. Alcance de la clasificación	252
139. Obligación de suma de dinero y obligación de valor	256
XV. Obligaciones de garantía	256
140. Obligaciones de garantía	256
XVI. Obligaciones de seguridad	258
141. Obligaciones y prestaciones de seguridad	258
XVII. Obligaciones de ejecución instantánea, escalonada y sucesiva	260
142. Obligaciones de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva	260
143. Prestación continuada	261

144. Terminación del contrato	261
145. Las restituciones en las obligaciones instantáneas y en las continuadas	262
146. Prestaciones escalonadas y de ejecución sucesiva	262
XVIII. Recapitulación	263
147. Ejecución de la prestación	263
148. Exactitud de la prestación	264
149. Mora e incumplimiento	264
XIX. El objeto de la obligación	266
150. Objeto del contrato, del negocio jurídico y de la obligación	266
151. Requisitos del objeto de la obligación	267
XX. Posibilidad de la prestación	268
152. Posibilidad física y posibilidad jurídica	268
153. Imposibilidad inicial y sobrevenida	269
154. Oportunidad de la imposibilidad inicial	270
155. Imposibilidad total y parcial	270
156. <i>Impossibilitas</i> y <i>difficultas</i>	271
157. Conocimiento o ignorancia de la imposibilidad	271
158. Deberes de lealtad del promitente	273
XXI. Existencia del objeto. Cosas futuras	273
159. Existencia del objeto	273
160. Disposición de cosas futuras	274
XXII. Licitud de la prestación	276
161. Licitud de la prestación	276
162. Orden público	277
163. Buenas costumbres	279
XXIII. Determinación de la prestación	281
164. Determinación de la prestación	281
165. Oportunidad de la determinación	281
166. Determinación suficiente	282
167. Determinación de las cosas	282
168. Determinación de los géneros	283
169. Determinación de la prestación de hacer	283
170. Determinación de la prestación negativa	284
171. Determinación ulterior <i>per relationem</i>	284
172. Determinación por un tercero	284
173. Falta del tercero	286
174. Determinación del precio por una de las partes	286
XXIV. Interés legítimo del acreedor y patrimonialidad de la prestación	287
175. La relación ha de corresponder a un interés socialmente reconocido y ser útil para el acreedor	287
176. Clases de interés	289
177. Vicisitudes del interés del acreedor	290
178. La prestación ha de ser apreciable en dinero	291
179. Prestación e interés del acreedor	292
180. Negociabilidad de la prestación	294
XXV. Derechos reales y derechos de crédito	295
181. Derecho de crédito y derecho real	295
182. Aproximaciones entre los dos derechos	297

183. Tutela del derecho de crédito	298
184. Acción directa contra el tercero responsable	298
XXVI.Obligaciones reales. Cargas reales	300
185. Obligación real o <i>propter rem</i>	300
186. Cargas reales	301
XXVII.Determinación de los sujetos	303
187. Los sujetos y el objeto de la obligación han de ser determinados	303
188. Determinación de los sujetos	304
XXVIII.El crédito es un derecho subjetivo	307
189. El crédito como derecho subjetivo	307
tercera parte	
las obligaciones complejas	309
sección primera	
obligaciones con sujeto plural	309
190. La relación jurídica compleja	311
I. Obligaciones parciales, conjuntivas o dividuas	313
191. Obligaciones conjuntivas o dividuas	313
192. Efectos de la divisibilidad	314
193. Unitariedad del pago	315
II. Obligaciones indivisibles	316
194. Obligaciones indivisibles	316
195. Divisibilidad e indivisibilidad del objeto	317
196. Cuándo es divisible el objeto	318
197. División física y división intelectual	319
198. Extensiones de la indivisibilidad	321
199. Indivisibilidad de la garantía real	322
200. Obligación de entregar cuerpo cierto	323
201. Objeto cuya división sería nociva para el acreedor	323
202. Indivisibilidad de la elección en las obligaciones alternativas	324
203. Indivisibilidad de las prestaciones en negocios mercantiles	324
204. Indivisibilidad objetiva y subjetiva	324
205. Proyecciones de la indivisibilidad	325
206. Límites del poder dispositivo de cada acreedor	326
207. Conversión de la prestación indivisible en divisible	327
208. La obligación de indemnizar perjuicios	327
209. Relaciones internas	328
210. Obligaciones indivisibles solidarias	328
211. Indivisibilidad de la resolución por incumplimiento	329
III. Indivisibilidad <i>solutione tantum</i>	329
212. Indivisibilidad <i>solutione tantum</i>	329
IV. Obligaciones solidarias	332
213. La solidaridad	332
214. Solidaridad activa	332
215. “Representación” mutua de los acreedores solidarios	333
216. Relaciones externas entre acreedores y deudor	334
217. Relaciones internas entre los acreedores	335
218. Solidaridad pasiva	335

219. Razón de ser de la solidaridad pasiva	337
220. La formación de la figura de la solidaridad pasiva	337
221. Unidad o pluralidad de relaciones	338
222. La solidaridad pasiva en el derecho civil	339
223. La solidaridad pasiva legal	340
224. Función de la solidaridad pasiva	342
225. La solidaridad pasiva entre las partes	343
226. Renuncia de la solidaridad	343
227. Efectos primarios de la solidaridad pasiva	344
228. Efectos secundarios de la solidaridad	345
229. La solidaridad, la cosa juzgada y la transacción	346
230. Excepciones reales y personales del deudor demandado	351
231. La compensación	352
232. Posición de los herederos del deudor solidario	354
233. Solidaridad pasiva e indemnización de perjuicios	355
234. La responsabilidad <i>in solidum</i>	356
235. Relaciones de los deudores entre sí	356
236. Subrogación del codeudor que pagó	357
237. Distribución de la deuda y del riesgo de insolvencia	358
V. Obligaciones de actividad conjunta	359
238. Obligaciones de actividad conjunta	359
239. Cumplimiento	359
240. Interés del acreedor	360
241. Cesión del crédito de prestación de actividad conjunta	360
242. Exposición de los deudores en caso de incumplimiento	360
243. Relaciones internas entre los varios deudores	361
244. Obligación negativa con sujeto pasivo plural	361
VI. Cotejo de las obligaciones subjetivamente plurales	362
245. Comparación entre las varias obligaciones subjetivamente colectivas	362
sección segunda	
obligaciones objetivamente colectivas	363
246. Generalidades	365
247. Complejidad de la prestación	366
I. Obligaciones de género	367
248. Obligaciones genéricas	367
II. Obligaciones alternativas	369
249. Obligaciones alternativas	369
250. Precisión de la figura	370
251. Obligaciones alternativas y obligaciones de género	370
252. Incumbencia del <i>ius eligendi</i>	371
253. Oportunidad de la elección y mora	371
254. Naturaleza jurídica del acto de elección	372
255. Pago por consignación de obligación alternativa	372
256. Selección y concentración de la prestación	373
257. Imposibilidad sobrevenida de prestación alternativa	373
258. Elección por parte del grupo	374
259. Elección por un tercero	374
260. Enajenación de objetos alternativamente debidos	375
III. Obligaciones facultativas	375

261. Obligaciones facultativas	375
262. Imposibilidad sobrevenida	377
263. Prevalencia de la obligación alternativa	377
cuarta parte	
vicisitudes de la obligación	379
sección primera	
modificación de los elementos estructurales de la relación obligatoria	379
Introducción	381
264. Generalidades	381
capítulo primero	
modificaciones de la situación jurídica	383
265. Adquisición y pérdida de derechos	385
266. Adquisición originaria	385
267. La ocupación	386
268. La usucapión	386
269. Adquisición derivativa	388
270. Alcances de los diferentes títulos	389
271. Título universal y título singular	390
272. Pérdida de los derechos	391
273. Transmisión	391
274. Sucesión <i>mortis causa</i> y disolución de la persona jurídica	392
275. Cesación del derecho	392
276. Extinción	392
277. Renuncia	393
capítulo segundo	
sucesión	395
i. Sucesión en el crédito	397
278. Titularidad del crédito	397
279. El crédito como elemento patrimonial	397
280. Sucesión	400
II. Sucesión <i>mortis causa</i> en el crédito	401
281. Curaduría del ausente	401
282. Curaduría de la herencia yacente	401
283. Albaceazgo	402
284. Administración por los herederos	402
285. Intervención del cónyuge supérstite. Secuestro	403
286. Créditos hipotecarios	404
287. Legado de crédito	404
288. Partición de la herencia y asignación de los créditos	405
289. Cesión de crédito del difunto	405
III. Disolución, liquidación, transformación de personas jurídicas	406
290. Disolución y liquidación de personas jurídicas	406
291. Los sucesivos regímenes de atención a la crisis de la persona jurídica	407
292. Régimen de las sociedades vigiladas por la	

Superintendencia Bancaria	408
293. Transformación de las sociedades	408
294. Transmisión del crédito entre vivos	408
IV. Subrogación	409
295. Subrogación	409
296. Casos de subrogación	411
297. Pago por parte de acreedor de mejor derecho	411
298. Pago a acreedor hipotecario	412
299. Pago por parte del deudor solidario o del fiador	413
300. Pago por parte de heredero beneficiario	415
301. Pago por parte de tercero autorizado por el deudor	416
302. Subrogación a favor del prestamista	418
303. Otras hipótesis	418
304. Pago por parte del garante real	419
305. Pago por el legatario	419
306. Subrogación del deudor solidario que extinguió la deuda por medio distinto del pago	419
307. Subrogación a favor del poseedor que dejó de poseer	419
308. Subrogación a favor del asegurador	420
309. Subrogación a favor de quien erradamente pagó deuda ajena	422
310. Subrogación y cesión	422
311. Efectos de la subrogación	423
312. Subrogación parcial	424
313. Interrupción de la prescripción en caso de subrogación parcial	425
314. Tutela del tercero subrogado en crédito putativo	425
V. Cesión de crédito	425
315. Cesión como sinónimo de transferencia	425
316. Cesión de créditos	426
317. Naturaleza jurídica de la cesión	427
318. La cesión como negocio abstracto	427
319. La cesión es un negocio formal y real	428
320. Modalidades de la cesión	429
321. Créditos no cesibles	429
322. Cesión y apoderamiento para el cobro	430
323. Requisitos de la cesión entre las partes	430
324. Existencia, titularidad y disponibilidad del crédito	431
325. Responsabilidad del cedente	432
326. Cesión a título oneroso y a título gratuito	433
327. Exclusión de la responsabilidad	434
328. Inexistencia del crédito	434
329. Inexistencia de accesorios	436
330. Garantía de la efectividad del crédito	436
331. Pluralidad de cesiones	437
332. Cesión de crédito en pago o para el pago	437
333. Prohibición de cesión	438
334. Efectos de la cesión frente al deudor y a otros terceros	439
335. Cesión de crédito aparente	440
336. Oponibilidad de la cesión	441
337. Notificación de la cesión al deudor	441

338. Notificación en caso de pluralidad de deudores	442
339. Notificación por conducta concluyente	443
340. Consecuencias de la falta de notificación al deudor	443
341. Cesión parcial e igualdad de los varios cesionarios	444
342. Cesión de créditos caucionados realmente	446
343. “Cesión” de las garantías	447
344. Derechos del deudor cedido	447
345. Excepciones	448
346. Oportunidad para la reserva de excepciones	449
347. Excepciones reales y personales	450
348. Cesión de pretensiones	450
349. Cesión de crédito y pretensiones contractuales	451
350. Cesión de universalidades	453
351. Cesión fiduciaria	454
352. Cesión para el cobro	456
353. Cesión judicial de créditos	457
354. <i>Cessio legis</i> del crédito	458
VI. Cesión de créditos litigiosos	459
355. Cesión de crédito en proceso	459
356. Sucesión procesal	459
357. Objeto de la cesión	460
358. Trámite de la cesión	461
359. El retracto litigioso	461
VII. Usufructo, pignoración, anticresis del crédito	462
360. Usufructo de crédito	462
361. Pignoración de crédito	463
362. Anticresis de crédito	464
VIII. Endoso	465
363. El endoso	465
364. El título-valor	465
365. Clases de títulos-valores y su negociación	466
366. Naturaleza jurídica del endoso	467
367. Caracteres del endoso	470
368. Clases de endoso: en propiedad, en garantía, en procuración	471
369. Oportunidad del endoso	472
370. Responsabilidad del endosante	473
371. El endoso respecto de terceros	473
372. Tutela del título-valor	474
373. La acción cambiaria	475
374. Excepciones reales	475
375. Excepciones personales	476
376. Posición del tenedor actual	476
377. Situación de quien canceló la obligación	476
378. Cesión y endoso	477
IX. Diputación y delegación activa	478
379. Diputación	478
380. Delegación activa	478
capítulo tercero	
sucesión en la deuda	481

381. Generalidades	483
I. Sucesión <i>mortis causa</i>	484
382. La sucesión <i>mortis causa</i> en la deuda	484
383. Responsabilidad del heredero	485
384. Administración de la herencia	486
385. Medidas cautelares	487
386. Albaceazgo	487
387. Curaduría de la herencia yacente	488
388. Administración por los herederos	488
389. Participación del cónyuge sobreviviente en la administración	489
390. Administración por secuestre	489
391. Opciones de los acreedores hereditarios	489
392. Provisión para el pago de las deudas pendientes	491
393. Los procesos ejecutivos	493
394. El beneficio de separación	493
395. Responsabilidad del legatario	494
II. Disolución, liquidación, transformación de la persona jurídica	495
396. Designación y funciones del liquidador	495
397. Responsabilidad del liquidador y de los socios	496
398. Transformación de la sociedad	496
399. Fusión de sociedades	497
400. Escisión de sociedades	498
401. Crisis de la sociedad. Antecedentes	498
402. Cambio de régimen: Ley 222 de 1995. El concordato	499
403. “Liquidación obligatoria”	499
404. Concordato y liquidación obligatoria de otras personas	500
405. “Reestructuración de la empresa”	501
III. Enajenación de establecimiento de comercio	501
406. Enajenación de establecimiento de comercio	501
IV. Asunción de deuda	503
407. Asunción de deuda	503
V. La delegación	505
408. Rasgos básicos	505
409. Delegación activa y pasiva	507
VI. Delegación pasiva	508
410. Generalidades	508
411. Naturaleza jurídica de la delegación pasiva	509
412. Delegación y novación	510
413. Los tres sujetos de la delegación	511
414. Excepciones del delegado	512
415. Relaciones entre delegante y delegado	513
416. Asunción de compromiso de pago	513
417. Delegación y estipulación en favor de tercero	514
VII. Expromisión, adpromisión	516
418. Expromisión. Adpromisión	516
419. Expromisión y delegación, delegación pura y delegación	518
420. Efectos de la asunción de deuda	519
421. Asunción liberatoria	520
422. Responsabilidad del deudor anterior	521
423. Asunción cumulativa o concurrente	522

capítulo cuarto	
cesión de contrato de prestaciones correlativas	523
424. Planteamiento general	525
425. La figura de la cesión de contrato	527
426. Prohibición de ceder el contrato	529
427. Consentimiento del contratante cedido	530
428. Cesión de contrato y sub-contrato	531
429. El co-contrato	532
430. Disciplina legal de la cesión de contrato	532
431. El consentimiento del contratante cedido	533
432. Forma de la cesión	535
433. Responsabilidad del cedente para con el cesionario	536
434. Responsabilidad del cedente para con el contratante cedido	536
435. Transmisión de garantías	537
436. Reservas del contratante cedido	537
437. Excepciones del contratante cedido	537
438. Comentarios	538
capítulo quinto	
modificaciones del objeto y del contenido	539
439. Modificaciones del objeto	541
440. Conversión del objeto	541
441. Modificaciones del contenido	543
sección segunda	
extinción de la relación obligatoria. modos de extinción	545
Introducción	547
442. La obligación como un proceso	547
443. Clasificación de los modos extintivos	548
la satisfacción del acreedor	551
capítulo primero	
cumplimiento	553
444. Deberes de comportamiento del deudor y de colaboración del acreedor	555
445. Protección del deudor	558
446. Cláusula general de corrección y buena fe	560
447. Deberes de colaboración del acreedor	561
448. Tutela del deudor diligente	562
449. Extinción de la obligación por no concurrencia del acreedor	563
I. Pago	566
450. El pago	566
451. Aceptaciones de “pago”	567
452. Naturaleza jurídica del pago	568
453. El pago entendido como “convención” entre acreedor y deudor	570
454. Teorías sobre el aspecto subjetivo del pago	571
II. Quién debe pagar, quién puede pagar	571

455. Quién debe hacer el pago; quién puede hacerlo	571
456. Quién se entiende por “deudor”	572
457. Legitimación para hacer el pago	572
458. Requisitos de validez del pago de obligación de dar-entregar	573
459. Sustitución del <i>solvens</i>	574
460. Prestación de sustituto aceptado por el acreedor	576
461. Prestación de tercero exigida por el acreedor	576
462. Prestaciones que demandan el concurso de terceros	576
III. Pago por un tercero	577
463. Pago por un tercero	577
464. El pago por tercero en el código civil	578
465. Pago con la anuencia del deudor	578
466. Pago sin el asentimiento del deudor	578
467. Pago a contrariedad del deudor	579
468. Requisitos del pago del tercero	579
IV. A quién debe hacerse el pago	580
469. A quién debe hacerse el pago	580
470. Legitimación del <i>accipiens</i>	581
471. Existencia y suficiencia del poder	582
472. Identificación del acreedor actual	582
473. Capacidad del <i>accipiens</i>	583
474. Pago de créditos embargados	584
475. Pago al acreedor en crisis	585
476. Representación del acreedor	586
477. Designación contractual de tercero receptor	587
478. Capacidad del apoderado	588
479. Acreedor aparente	588
480. Ratificación del pago hecho a <i>accipiens</i> no legitimado	591
481. Sucesión del <i>accipiens</i> por el acreedor	591
482. Pago benéfico para el acreedor	591
483. Pago a los acreedores del acreedor	592
V. Oportunidad del pago	593
484. El tiempo en las distintas clases de obligaciones	593
485. Determinación de la oportunidad	594
486. Determinación legal de la oportunidad	597
487. Obligaciones de ejecución inmediata y de ejecución diferida	598
488. Término esencial	598
489. Obligaciones de ejecución instantánea y de ejecución continuada o periódica	599
490. Posibilidad y exigibilidad del pago	599
491. Rechazo del pago anticipado	600
492. Obligaciones condicionales	601
493. Exigibilidad y mora	602
494. Mora <i>ex persona</i> y mora <i>ex re</i>	602
495. Exigibilidad	605
496. Exigibilidad anticipada	606
497. Mora por declaración o comportamiento del deudor, o por imposibilidad suya de cumplir en tiempo	607
498. Medidas conservatorias	608

499. <i>Mora debitoris</i>	609
500. Presupuestos de la mora	610
VI. Lugar del pago	611
501. Dónde debe hacerse el pago	611
502. Concepto de lugar	612
503. Criterios para la determinación del lugar	612
504. Lugar de la entrega	613
505. Reglas de los códigos civil y de comercio sobre el lugar de la entrega	614
506. Domicilio	617
507. Cambio de domicilio en el entretanto	618
508. Lugar de cumplimiento y foro competente	618
VII. Qué se debe pagar, cómo se debe pagar	619
509. Qué y cómo debe pagarse	619
510. Obligaciones de dar-entregar	620
511. Perecimiento y deterioro del cuerpo cierto	621
512. Aumentos y mejoras de la cosa	622
513. Entrega de bienes de género	622
514. Unitariedad del pago	623
515. Plenitud del pago	624
516. Pago de obligaciones a plazos, sucesivas o escalonadas	624
517. Obligaciones de hacer	625
518. Obligaciones negativas	625
VIII. Pago de obligaciones pecuniarias	626
519. El pago de las obligaciones pecuniarias	626
520. Medios de pago	626
521. Pago con cheques y otros medios	627
522. La tarjeta de crédito	630
523. Tarjeta de débito	631
524. Tarjeta cargada	631
525. Otros medios electrónicos de pago	632
526. Moneda de pago	633
527. Mecanismos de protección frente al envilecimiento de la moneda	634
528. Cláusulas de estabilidad monetaria	634
529. Indización y actualización. Corrección monetaria	634
530. La corrección monetaria en la jurisprudencia de la Corte Suprema	635
531. Obligaciones en moneda extranjera	655
IX. Gastos y costos del pago	656
532. Gastos del pago	656
533. Costas judiciales	657
X. Imputación del pago	657
534. Imputación del pago	657
535. Oportunidad de la imputación	658
536. Prueba de la imputación	659
537. Reglas de la imputación	659
XI. Prueba del pago	661
538. Prueba del pago	661
539. Libertad y restricción probatoria	662
540. Derecho al recibo	663

541. Impugnación del recibo	663
542. Presunción de pago de intereses	664
543. Prueba de los pagos periódicos	664
544. Prueba de la imputación del pago	664
XII. Pago por consignación	665
545. Pago por consignación	665
546. Deber de colaboración del acreedor y <i>mora creditoris</i>	665
547. Constitución del acreedor en mora	666
548. Oferta, consignación y <i>mora creditoris</i>	667
549. Ofrecimiento de la cosa	668
550. Oferta real y oferta no formal	670
551. El proceso de “pago por consignación”	671
552. El trámite procesal	672
553. Oferta y pago por consignación de parte de tercero	674
XIII. Pago con cesión de bienes	674
554. El riesgo de no cumplimiento y el deber de lealtad del deudor	674
555. La figura de la “cesión de bienes”	676
556. Particularidades de la “cesión”	676
557. Trámite judicial	677
558. Presupuestos de la “cesión”	678
559. Imperatividad de la cesión	678
560. Efectos de la “cesión de bienes”	679
561. El concordato	680
XIV. Pago con beneficio de competencia	682
562. Pago con beneficio de competencia	682
XV. Pago en condiciones de apremio del deudor. Prelación de créditos	684
563. Ejecuciones singulares, con o sin acción real, y ejecuciones universales	684
564. Reducción de las obligaciones específicas a pecuniarias	685
565. Proporcionalidad y privilegio	686
566. Orden del pago	687
567. Clases de créditos	687
568. Primera clase	688
569. Segunda clase	688
570. Tercera clase	689
571. Cuarta clase	690
XVI. Efectos del pago	691
572. Efectos del pago	691
capítulo segundo	
prestación en lugar de cumplimiento. dación en pago y dación para el pago	693
573. Prestación en lugar de cumplimiento	695
574. El <i>aliud pro alio solvere</i>	695
575. Acuerdo y tradición	696
576. Requisitos de validez de la dación	696
577. Antecedentes de la figura	697
578. Garantías del tradente	698
579. Efectos extintivos	698

580. Dación en pago y novación	699
581. Resolución o saneamiento	700
582. Riesgos de la cosa	700
583. Revocación de la dación fraudulenta	700
584. La dación en pago en el ordenamiento	701
585. Naturaleza jurídica de la dación en pago	701
586. Lesión en la dación en pago	702
587. La entrega de títulos-valores para el pago de obligaciones	703
588. Dación en pago forzada o necesaria	706
589. Dación en pago y figuras próximas a ella	707
590. Prestación en lugar de cumplimiento y novación	707
 otros modos extintivos de la obligación	 709
capítulo primero	
la novación	711
591. Antecedentes	713
592. Disciplina legal de la novación	715
593. El régimen del código civil	716
594. Ampliación del plazo	718
595. Requisitos de la novación	719
596. El <i>animus novandi</i>	719
597. El <i>animus novandi</i> en el cambio de deudor	721
598. Extinción y reserva de las garantías	723
599. Conclusiones	726
 capítulo segundo	
la transacción	727
600. La transacción	729
601. Formas de solución del litigio	730
602. Caracteres de la transacción	731
603. La reciprocidad de concesiones	733
604. Requisitos generales	736
605. Capacidad	737
606. Transigibilidad del interés litigioso	737
607. Forma	738
608. Vicios de la voluntad	739
609. Efecto extintivo de la obligación	740
610. Transacción y novación	741
611. Homologación judicial de la transacción de la <i>litis</i>	743
 capítulo tercero	
la remisión	745
612. De la remisión o condonación	747
613. Identidad de la figura	747
614. Naturaleza jurídica y requisitos de la remisión	748
615. ¿Acto unilateral o bilateral?	749
616. Rechazo de la remisión	751
617. Requisitos	752
618. Remisión de la deuda y de sus cauciones	754
619. Formas de remisión	754

620. Impugnación de la remisión	754
621. Remisión forzada	755
capítulo cuarto	
la confusión	757
622. La confusión	759
623. Efectos de la confusión	761
624. Ineficacia de la confusión	761
capítulo quinto	
la imposibilidad sobrevenida	765
625. ¿Qué es lo que debe el deudor?	767
626. El <i>factum debitoris</i>	768
627. Responsabilidad del deudor por sus dependientes y auxiliares	770
628. Imposibilidad sobrevenida	771
629. Noción de imposibilidad	775
630. Imposibilidad física e imposibilidad jurídica	776
631. Imposibilidad transitoria e imposibilidad definitiva	776
632. Imposibilidad total y parcial	777
633. Imposibilidad y dificultad	778
634. Caracteres de la imposibilidad	779
635. Caracteres del <i>casus</i>	779
636. Fuerza mayor y caso fortuito	782
637. Acontecimiento imprevisible e irresistible	783
638. Intervención de tercero	784
639. Culpa del acreedor	785
640. El daño evitable. El daño agravado	787
641. Concurrencia de causas	788
642. Imposibilidad de la prestación de dar-entregar	789
643. Pérdida del cuerpo cierto	789
644. Pérdida durante la mora del deudor	790
645. Pérdida durante la mora <i>accipiendi</i>	791
646. Acción del acreedor contra el tercero responsable de la imposibilidad	791
647. Recuperación posterior de la cosa perdida	792
648. Imposibilidad por pérdida imputable al deudor ignorante de la obligación	792
649. Pérdida del género limitado	792
650. Imposibilidad de obligaciones de hacer	792
651. Imposibilidad de obligación de no hacer	794
652. Imposibilidad sobrevenida y la prestación correlativa	794
capítulo sexto	
la compensación	797
653. Generalidades	799
654. Historia	800
655. Disciplina legal de la compensación	802
656. Compensación voluntaria	803
657. Compensación facultativa	803
658. <i>Pactum de compensando</i>	803

659. Compensación legal	804
660. <i>Ipsa iure</i> , pero no <i>sine facto hominis</i>	805
661. La compensación legal opera <i>per ministerium iudicis</i>	806
662. Alegación de la compensación	807
663. Naturaleza jurídica del acto de invocación	808
664. La intervención del juez	809
665. Requisitos de la compensación	809
666. Reciprocidad actual de las deudas	810
667. Homogeneidad de las prestaciones	811
668. Liquidez y exigibilidad de las obligaciones	812
669. Compensación total o parcial	814
670. Compensación y terceros	814
671. Deudas no compensables	814
672. Exclusión de la compensación por disposición particular	815
673. Renuncia a la compensación	815
674. Pluralidad de deudas compensables	815
675. Compensación y lugar del pago	816
676. Efectos de la compensación	816
677. Compensación y prescripción	817
678. Compensación y obligación natural	817
679. Pago de deuda compensada	817
680. Desistimiento de la compensación	817
capítulo séptimo	
la prescripción	819
681. Precisión conceptual	821
682. Derecho y acciones imprescriptibles	823
683. Razón de ser de la prescripción	824
684. Modificaciones al régimen de la prescripción	825
685. Objeto de la prescripción	828
686. Legitimación para hacer valer la prescripción	830
687. Funcionamiento de la prescripción	831
688. La prescripción como excepción previa	833
689. <i>Ipsa iure</i> u <i>ope exceptionis</i>	834
690. Iniciación del cómputo del tiempo	836
691. Suspensión	839
692. Tiempo máximo de suspensión	842
693. Divisibilidad de la suspensión	842
694. Suspensión por crisis del acreedor	842
695. Suspensión por imposibilidad actual de ejercer el derecho	843
696. Interrupción	845
697. Interrupción natural	845
698. Reconocimiento parcial de la deuda	847
699. Interrupción civil	847
700. Interrupción por demanda	848
701. No interrupción y donación	850
702. Quién puede interrumpir una prescripción	850
703. Interrupción en caso de pluralidad de sujetos	
activos o pasivos	851
704. Efectos de la interrupción	852
705. Renuncia	852

706. Oportunidad	853
707. Naturaleza y requisitos de la renuncia	853
708. Renuncia y pluralidad de acreedores o de deudores	855
709. Clases de prescripción extintiva	855
710. Acción ejecutiva y acción ordinaria	855
711. Prescripciones “especiales”	856
712. Prescripciones de corto tiempo	858
713. Prescripción de la acción indemnizatoria	859
714. Los términos	861
715. Modificación de los términos por disposición particular	862
716. Tendencias	865
717. La prescripción en la reforma del BGB	866
718. La caducidad	868
719. La caducidad negocial	872
modos extintivos propios de las obligaciones negocials	873
capítulo primero	
el acuerdo disolutorio y la determinación unilateral	875
720. Del mutuo disentiimiento (“distracto”) y la revocación	877
721. Mutuo disenso (“distracto”) por conducta concluyente en los contratos “bilaterales”	879
capítulo segundo	
terminación de los contratos de larga duración por el advenimiento de circunstancias que impiden la realización de su función o su finalidad	883
722. Terminación de los contratos de larga duración	885
capítulo tercero	
advenimiento de la condición y expiración del plazo	887
723. Cumplimiento e incumplimiento de la condición	889
724. Condición	890
725. Expiración del plazo consuntivo	891
capítulo cuarto	
nulidad, rescisión, terminación del negocio jurídico	893
726. Invalidez del negocio obligatorio	895
727. Rescisión del negocio lesivo	896
728. Terminación del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida	897
capítulo quinto	
desaparición del interés del acreedor	899
729. Extinción del interés del acreedor	901
bibliografía	903
I. Obras generales de derecho civil	903
II. Obras sobre obligaciones en particular	907
índice onomástico	919

índice de legislación y jurisprudencia	931
índice temático	969

Al completar la edición de las *Conferencias de obligaciones*, apuntes de clase para los alumnos de tercer año de derecho en la Facultad del Externado de Colombia, he juzgado conveniente expresar algunas palabras generales de explicación.

Vacíé mucho antes de adelantar la obra, pues consideraba que era mejor esperar un tiempo para que los conceptos y nociones propios del curso se decantaran, clarificaran y precisaran más, para entonces sí darlos a la publicidad. Pero, pese a ese primer pensamiento, estimé más adecuado comenzar de una vez, para luego pulir la forma y el contenido de las lecciones a fin de darles una versión más acabada.

A sabiendas de sus deficiencias presento estos apuntes para su benévola lectura por parte de los alumnos, para cuyo servicio se redactaron y a los cuales están dedicados.

El derecho de obligaciones es una de las materias jurídicas más cultivadas y que cuenta con más estudiosos. Esto, tanto en nuestro país como en otras naciones de legislación similar. Por ello es más grande el compromiso que se adquiere al escribir un esbozo de teoría general, y menores las posibilidades de originalidad, la que se reduce a una forma distinta de expresar conceptos, unos tradicionales, otros recientes, pero siempre conocidos y siempre por conocer.

Si alguna idea básica tiene este estudio es el deseo de compaginar un conocimiento profundo del código civil, obra por tantos conceptos admirable y de necesario examen cotidiano, con el propósito de adaptarlo a las necesidades de la vida contemporánea, y de superarlo en todo aquello que signifique progreso de las ideas morales, conforme a un nuevo concepto, más actuante, de la justicia y la equidad.

De ahí que se acojan con calor las tendencias novedosas y audaces que luego de rechazos y vacilaciones acaban por imponerse, a la par que se respete la obra consagrada a través de los años.

Con frecuencia acudo a conceptos emanados de la Corte de 1935, y ello no solamente por la autoridad moral y científica de sus componentes, cuanto por la precisión de las ideas y el afán que se aprecia en sus fallos de poner la codificación a tono con las nuevas orientaciones del derecho.

Grande es la impresión que me han producido las frases de JOSSEAND: “Los tiempos seculares están caducados y los juristas, por fieles que sean a la tradición, deben, en las horas que vivimos, mirar en su derredor más bien que hacia atrás, deben vivir con su época, si no quieren que esta época viva sin ellos”.

Consecuente con esas ideas, el propósito ha sido inculcar a los estudiantes no sólo la necesidad de un conocimiento lo más vasto posible del derecho positivo, sino el anhelo de renovación y de evolución doctrinaria, para que el derecho cumpla su cometido de armonizar las relaciones humanas.

Bogotá, septiembre de 1955.

Concebida esta obra principalmente para el servicio de los estudiantes, quienes se inician en el conocimiento de una materia de suyo vasta y abstracta, he considerado aconsejable procurar la mayor precisión de los conceptos y figuras, dentro de una combinación indispensable de la doctrina con la normatividad y los hechos vitales regulados por esta, con el cuidado de relacionar, por honestidad y a título de orientación, las obras y la jurisprudencia más relevantes y mayormente consultadas desde la elaboración inicial del trabajo hasta las posteriores, con incorporación de pasajes, a fin de facilitar al lector el acceso al pensamiento ajeno: siempre he querido compartir esos “hallazgos” y difundir su conocimiento. Todo con el propósito de estimular el empeño de clarificar y profundizar la noticia y la reflexión sobre una materia fundamental para la formación del profesional del derecho, que luego de precisada la noción de la relación obligatoria debe estudiar los distintos aspectos y formas que puede presentar dicho vínculo, cualquiera que sea el fenómeno que le haya dado origen, como también las modificaciones que puede experimentar, prescindiendo por entero de su fuente; para, más adelante profundizar en los pormenores de las distintas fuentes y desentrañar la experiencia y el porvenir de su funcionamiento.

La primera incursión del autor en este terreno, siempre bajo el alero protector y estimulante de la Universidad Externado de Colombia, se remonta a las *Conferencias de Obligaciones*, editadas en el año de 1955, cuyo prólogo, escrito simultáneamente con la primera paternidad biológica, reproduzco ahora, como testimonio de autenticidad. Vinieron después el *Curso de obligaciones*, Bogotá, 1960, reimpreso en 1961 y reeditado en 1964, y el *Derecho civil, Obligaciones*, en 1969; en 1977 publiqué un fascículo contentivo de una revisión de las partes primera y segunda, todo ello al margen de la imprenta, siguiendo el ejemplo de los *polycopiés* y de las *dispense* de los colegas franceses e italianos, atento a no incurrir en lo que consideraba demasías en el atuendo, y en 1987 adelanté una reelaboración, que permaneció inédita, al haber prevalecido la autocrítica sobre la impulsividad. Acá se ofrece una versión “actualizada” en cuanto a la referencia a los ordenamientos expedidos en el entretanto: código de procedimiento civil (Dcto. 1400 de 1970), con las reformas de 1989, código de comercio (Dcto. 410 de 1971) y la reforma de 1995, Estatuto de contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993), y otras más recientes, así como a cambios doctrinarios y jurisprudenciales operados desde entonces.

Debo anotar, en honor a la verdad, que en este tiempo no he estado alejado del estudio y del empleo de esta rama del derecho (obligaciones, negocio jurídico), que me cautivaron desde su primera visión, cinco décadas atrás, y en cuyo estudio y análisis he perseverado apasionadamente. El sentido de responsabilidad, la exigencia personal creciente y, algo también, la aplicación a traducciones de obras maestras de connotados autores extranjeros, cuyo conocimiento quise compartir con mis colegas contemporáneos y menores, y cuya lectura juzgué más provechosa para los estudiosos que la de los apuntes míos, entrabaron el adelanto y la culminación del trabajo.

Me han compelido a hacer esta publicación tardía el requerimiento afectuoso de numerosos alumnos de antaño y recientes, el vacío que advierto en la bibliografía para el servicio de los sucesivos alumnos del curso y la impresión que tengo de que varios de los planteamientos heterodoxos de la exposición, comenzando por su propio orden o sistema, mantienen actualidad y, en algunos casos, inclusive su “novedad”, en medio de la

inmensidad de reflexiones, comentarios y conclusiones, que bien podrían calificarse de apodícticos, que se imponen y necesariamente han de abundar en cualquiera exposición de una materia como esta, decantada a lo largo de milenios de análisis y experiencia, pero siempre necesitada de responder a los ideales y exigencias de las generaciones sucesivas y de ajustarse a ellos, tanto mas cuanto mayores sean los apremios de equidad e igualdad en las relaciones entre particulares. Se dirige, lo repito, al estudiante del derecho ansioso de liberarse del pragmatismo pando y agobiador, menesteroso de abstraer, de pensar universalmente, con afán de debatir, que no se contenta con apilar acríticamente pasajes jurisprudenciales, para esgrimirlos tácticamente como mandoble y verdad inconcusa.

Esta edición constará de tres volúmenes: el primero, relativo a *Concepto, estructura y vicisitudes de la obligación*; uno segundo (*Fuentes*), que versará sobre el *Negocio jurídico*; y el último (*Fuentes y tutela del derecho de crédito*), atinente a *daño resarcible, enriquecimiento injusto y hechos jurídicos varios*, y *Garantías y acciones protectoras*.

Son numerosos los reconocimientos y gratitudes que llevo conmigo en cuanto cultor del derecho privado y escritor en varios sectores de él. A colegas nacionales y del exterior, especialmente italianos, franceses y latinoamericanos, por su aporte, no sólo por conducto de sus obras, sino en el diálogo directo y en el debate en congresos, simposios, foros, estimulantes y clarificadores. A las sucesivas cohortes de alumnos del Externado – Universidad a cuya celebración de 115 años de fundación deseo contribuir con este óbolo– cuyo espíritu inquisitivo y autonomía mental me han exigido y permitido mantenerme en vi-gilia, temeroso de defraudar su fe en el progreso del derecho. A ELVINIA URREGO, la mecanotaquígrafa insomne que pulsó las teclas para las primeras impresiones, a SIMÓN CARREJO, quien sistematizó y ordenó la última, a la que dotó de índice alfabético, a ANTONIO MILLA, pulcro Director del Departamento de Publicaciones de la Universidad, por su apremio y esmero.

Por último, una dedicatoria que siempre he mantenido en el corazón y a flor de labios: *a la memoria de Ricardo Hinestrosa Daza, padre, amigo y maestro de la hombría de bien, del derecho y de la justicia*.

Bogotá, 30 de octubre de 2001.

abreviaturas

c. c.	Código civil
c. co.	Código de comercio
c. c. t.	Código de comercio terrestre
c. de p. c.	Código de procedimiento civil
c. j.	Código judicial
c. p.	Código penal
C. P.	Constitución Política
c. s. t.	Código sustantivo del trabajo
c. c. a.	Código contencioso administrativo
G. J.	Gaceta judicial
SNG	Sentencia o auto de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que fungió hasta 1965
SCUI	Sentencia de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia
ABGB	Código civil austríaco
BGB	Código civil alemán
ZPO	Código alemán de procedimiento civil
OR	Código suizo de obligaciones
EdD.	<i>Enciclopedia del diritto</i> , Milano, Giuffrè

introducción

I. nociones fundamentales*

A. precisión conceptual**

La obligación es una relación jurídica, nexo entre dos sujetos de derecho, con características propias en cuanto a ellos, al objeto sobre el cual recae, a su contenido, a la función social que cumple, a sus orígenes, razón de ser y manera de constituirse, desenvolverse y terminar, todo lo cual impone, por razones metodológicas, una determinación de los conceptos básicos en juego, como también la ubicación de la figura dentro del ámbito jurídico, tanto el normativo como el vital, con anterioridad a su estudio particularizado. Norma, situación, relación, poder, deber, hecho, acto, negocio, son términos que, si bien aquí reciben una calificación singular debido a su consideración especializada en el campo del derecho, son prejurídicos: se dan en la vida social y de ella son recibidos y moldeados por el derecho para unas mayores fijeza y efectividad. Universalmente se posee de ellos una idea general, lo que constituye inicialmente una ventaja, que no deja de presentar luego inconvenientes por la disparidad de acepciones, propicia a confusión, tanto terminológica como conceptual, circunstancia que contribuye a resaltar la necesidad de esta premisa semántica.

B. norma jurídica

El derecho es un conjunto de normas o preceptos de conducta cuyas existencia y efectividad son indispensables para la solidez y armonía de las relaciones sociales. Dictados que surgen espontánea o deliberadamente de la vida en común y cuya vigencia está garantizada por el poder coercitivo del Estado. El derecho no es en sí mismo un fin, sino un medio emanado de la sociedad para mantener un equilibrio entre los hombres y proveer a la realización de un ideal de justicia. Señala un deber ser, un derrotero necesario a la conducta humana y prescribe, además, cuál ha de ser la consecuencia del comportamiento singular de los miembros sociales, ante el cual el ordenamiento puede adoptar una posición de indiferencia, cuando los acontecimientos no le son especialmente relevantes y, por lo mismo, no los contempla de manera expresa; de patrocinio, cuando los

* Cfr. M. ALLARA. *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, 4.^a ed., Torino, s. d. (1953); C. M. BIANCA. *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978; F. CARNELUTTI. *Teoría general del derecho*, trad. esp. de F. J. OSSET, 2.^a ed., Madrid, 1955; A. CATAUDELA. *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, 1962, ahora en *Scritti giuridici*, Padova, 1991; ID. *Fattispecie*, 1967, ahora en *Scritti giuridici*, cit.; F. B. CICALA. *Il rapporto giuridico*, 5.^a ed., Milano, 1959; A. FALZEA. *Efficacia giuridica*, en EdD., XIV, Milano, 1965; F. FERRARA. *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, *Dottrine generali*, I, Roma, 1921; J. GHESTIN et G. GOUBEUX. *Droit civil, Introduction générale*, 3.^a ed., Paris, 1990; H. HÜBNER. *Allgemeines Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2.^a ed., Berlin-New York, 1996; K. LARENZ und M. WOLFF. *Allgemeines Teil des bürgerlichen Rechts*, 8.^a ed., München, 1997; CH. LARROUMET. *Droit civil*, t. 1, 3.^a ed., Paris, 1998; A. LEVI. *Teoria generale del diritto*, reimpr. 2.^a ed., Padova, 1967; K. RÖHL. *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, 1994; D. RUBINO. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; F. SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, 9.^a ed., reimpr., Napoli, 1986; R. SCOGNAMIGLIO. *Aspettativa di diritto*, en EdD., III, Milano, 1958; ID. *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, en *Rivista di diritto e proc. civile*, 1954; ID. *Fattispecie*, en *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1989; ID. *Negoziio giuridico e autonomia privata*, en *Atto giuridico*, I, 1991; ID. *Atto giuridico*, en *Enc. Forense dir.* da G. AZZARITTI, E. BATTAGLINI e F. SANTORO-PASSARELLI, I, 1958; ID. *Negoziio giuridico*, en *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990, todos hoy en *Scritti giuridici*, 1, Padova, 1996; A. THON. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, trad. it. de A. LEVI, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1967; A. WEILL. *Droit civil, Introduction générale*, 3.^a ed., Paris, 1973

** Cfr. F. CARNELUTTI. *Teoría general del derecho*, cit., n.^{os} 60 y ss. y 82 y ss.; E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpr. 2.^a ed., Napoli, 1994, *Capitolo introduttivo*; ID. *Teoria general del negocio jurídico*, trad. esp. de F. J. OSSET, Madrid, 1955; A. LEVI. *Teoria generale del diritto*, 2.^a ed., reimpr., Padova, 1967.

Toda norma jurídica contiene dos términos: una proposición hipotética y una consecuencia asignada a la realización de tal supuesto². El primer cuerpo es una descripción o juicio condicional: un hecho o un conjunto de hechos, dentro de un determinado marco de circunstancias; en tanto que el segundo es el mandamiento de un efecto o resultado jurídico para el caso de que en la práctica concurren todos los elementos de la hipótesis³. Así, cuando el conjunto de hechos y circunstancias que conforman el supuesto se encuentra completo, el juicio deja de ser hipotético para convertirse en imperativo o incondicionado. El supuesto de hecho de la norma (*factum*, *Tatbestand*, *état de cause* o *fattispecie*)⁴ puede estar conformado por variados elementos o ser simple, y su integración depende, en últimas, del arbitrio legislativo. La causalidad jurídica difiere en muchos aspectos de la natural, y a este propósito se pone de presente cómo, en tanto que la consecuencia material

[illegible]

El resultado de la actuación de la norma consiste en reconocer y regular la modificación de la naturaleza o de la vida social en cuanto atañe a un sujeto colocado frente a otro, con lo cual lo acontecido se torna jurídicamente relevante⁶. Cuando el *factum* se presenta, la norma vive y su consecuencia consiste en la constitución, la sustitución, el complemento o la extinción de un estado de cosas⁷.

Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 3.^a HG○○○0QFKHQ○○○○○○○○○○○○○○○○○○³(Q) VX○HVWUXFWXUD○LJXD
UHODFRQHV○MXU○GLFDV○VH○QRD○YRWDV○YD○TXH○GHVLJD○XQD○UHODFLyQ○UHOFISURFD○TXH○FRQ
los elementos esenciales de derecho (*subjetivo*) como apreciación de la entidad de la persona y de su correspondiente deber

En la relación, que es uno de los conceptos básicos del derecho, siempre se encuentran dos sujetos frente a frente: alguien que puede y alguien que debe. La simultaneidad y la reciprocidad de poder y deber son evidentes e ineludibles, al punto de no ser concebibles escindidos. El ordenamiento resuelve el conflicto, cierto o potencial, entre los dos sujetos, con la primacía y la subordinación correlativas de uno y otro.

Poder jurídico: potestad, facultad, derecho, es, en general, posibilidad, aptitud de obrar frente a los demás, mandando, actuando, disponiendo, desarrollando intereses propios y, eventualmente, ajenos.

Deber jurídico: sujeción, obligación, carga, contrapartida de aquel poder, significa necesidad, imposibilidad total o parcial de mando, de disposición o de actuación, o necesidad de esta. Referido todo a la iniciativa y a la conducta de los titulares respectivos.

E. distintas clases de relaciones jurídicas

La amplitud y la restricción del poder y del deber correspondiente corren parejas y van en proporción directa: tanto más amplio es el poder cuanto mayores sean las limitaciones del sujeto pasivo, es decir, mientras más fuerte o intenso sea el deber.

Usualmente se ha tomado el derecho subjetivo como sinónimo de poder. Así, sería el único tipo o el prototipo de poder jurídico¹¹. Otro tanto ocurre con el aspecto pasivo de la relación: la obligación figura como equivalente de deber o forma exclusiva de limitación. Empero, ahondando en el estudio de la relación jurídica habrá de convenirse en su variedad y en que, si bien el ámbito de la relación “derecho-obligación” es muy vasto y esta diada ha sido la mayormente examinada, junto a ella se encuentran otras categorías no menos importantes, pero cuyos perfiles no se han destacado tanto ni estudiado con la misma atención.

En cuanto se refiere al aspecto activo, existen la *potestad*, posibilidad de mandar sobre los demás (*iubere licere*), colocado el titular por encima, super-partes, en estado de soberanía; la *facultad* (*agere licere*), posibilidad de obrar, de actuar directamente sobre las cosas en desarrollo de intereses personales, amén del *derecho subjetivo* propiamente dicho, que es un poder de tutelar intereses propios, otorgado por la ley a quien los posee y confiado a la iniciativa de este. Y por el aspecto pasivo, se advierte cómo a la potestad corresponde la imposibilidad total de obrar y mandar, o sea la necesidad absoluta o *sujeción*, y se encuentra que en el lenguaje usual se bifurca el significado de *obligación*, para denotar un deber genérico de abstención de actos que impidan o entorpezcan el ejercicio de las facultades o de los derechos subjetivos ajenos (*nemine laedere*), y más propiamente, para señalar la necesidad de una conducta singular de colaboración con el titular del derecho a exigir esa prestación: en su orden, *deberes de comportamiento* y *obligaciones de prestación*¹²; por último se tiene la carga, entendida como la necesidad en que un sujeto se encuentra de adelantar ciertas diligencias (actos necesarios) indispensables para satisfacer

(que ha de tenerse presente, esto es, no violarse), apropiada como *concepto* PRGHOR□□ DSWR□ SDUD□ WRGD□ UHODFLyQ□ MXUtGL SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*□□ FLW□□□ Q□□□ □□□□ 3XHG□ GHFLUVH□ TXH□ OD□ UHODFLyQ□ MX□ respectiva posición de *poder* de una persona y de *deber* de otra persona o de las demás: poder y deber establecidos por el ordenamiento jurídico en tutela de un *interés*’□

¹¹ LARENZ. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerliches Recht, cit., § 12, II, a; VON TUHR. Teoría general del derecho civil, cit., I, 1, § 1; THON. Norma giuridica e diritto soggettivo, cit., p. 113; LEVI. Teoria generale del diritto, cit., n.º 144 y ss. y 152 y ss. Cfr. J. DABIN. El derecho subjetivo, trad. esp. de F. J. OSSET, Madrid, 1955.

¹² Cfr. A. DI MAJO. *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, p. 19 y s.

¹⁹ A reserva de las precisiones y ampliaciones que vendrán luego, quede desde ahora planteada la naturaleza personal, relativa, de la relación crediticia, que en sí misma no sacia a su titular activo, quien solamente se verá satisfecho con la colaboración ajena, que es el objeto genuino de aquella; en contraposición con los derechos absolutos, comenzando por los reales.

En fin, ha de darse cuenta del hecho de que paralelamente a la normatividad básica que corre en los códigos, en todos los países, especialmente a partir de la segunda posguerra, se ha presentado, cada vez con mayor abundancia y, si se quiere, desorden, el fenómeno denominado “descodificación”, o sea la aparición de “leyes especiales”, ordenamientos enderezados a regular determinadas actividades, relaciones, figuras³⁴ (p. ej., sociedades, seguros, actividades financieras, crisis de la empresa, protección del consumidor, accidentes de tránsito), con proclividad a generar tensiones y contraposiciones con los “derechos comunes”, habida cuenta del independentismo (“especialización”) de ciertas ramas y sectores del tráfico jurídico y, no pocas veces, debido a la impulsividad e improvisación con que se expiden y modifican los estatutos respectivos³⁵.

Considerando que el orden lógico impone primeramente el análisis de la figura de la relación obligacional en sí, en sus elementos y variedades y, seguidamente, el estudio de su desarrollo en razón de su función social, temas y disciplina comunes a toda clase de

Cfr. R. SACCO. *Codificare: modo superato di legiferare?*, Rivista di diritto civile, Padova, 1983, I, 100 S □ □ □ □ □ □ □ □ VV □ □ □ → \R@□ □ OD □
mayor parte de las reglas del derecho comercial francés tiene que buscarse en fuentes externas al código de comercio, que
VXEVLVWH □ DSHQDV □ QRPLQDOPHQWH □ FRPR □ XQ □ FDFVDUyQ □ RDPVELTYLDFE □ EGFYFTRQWHLQR' □ □ % □ □
commercial français, en *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 198. Cfr. M. GIORGIANI. *Sulla riforma
della legislazione civile*, Milano, 1967, ahora en *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 605; N. IRTI. *HWJ □ GHOOD □ FRGLILFDJLRQH □ □*
Diritto e società, 1978; ID. *Leggi speciale, del monosistema al poli-sistema*, Rivista di diritto civile, Padova, 1979, I, ID. *HWJ □*
della codificazione, 4.^a ed., Milano, 2000; P. PERLINGIERI. *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, Ed.
Scientifiche italiane, 1979, p. 96 y ss.; A. DE CUPIS. *A proposito di codice e decodificazione*, Rivista di diritto civile, Padova,
1979, II, p. 51; A. M. PRINGILLI. *Las vicisitudes de la codificación* (trad. al español de P. SALVADOR), en N. LIPARI.
Derecho privado, Bologna, Real Colegio de España, 1980, p. 91; P. SCHLESINGER. *Tramonto della codificazione: Il tramonto
del codice civile*, Rivista di diritto civile, Padova, 1980, I, p. 80 y ss.; R. SACCO. *Codificare: modo superato di legiferare?*, en
Rivista di diritto civile, Padova, 1983, I, p. 117 y ss. cit.; C. CASTRONOVO. *Decodificazione. Delegificazione.*
Ricodificazione, en *I cinque QWJDQQ □ GHO □ FRGLILFDJLRQH □ MUHQH □* Giuffrè, 1993, p. 475; F. HINESTROSA □ □ & RGLILFDJLyQ □ □
GHVFRGLILFDJLyQ □ □ UHFRLILFDJLyQ □ □ menéndez Al. Brewer-Carias, Caracas, 2003.

relación obligatoria, independientemente de la fuente que le haya dado origen³⁶, se estima preferible conocer primero su esencia y su actuación, para luego sí advertir la variedad de fenómenos que la pueden engendrar, identificar las particularidades del tratamiento que se derivan de cada origen y adentrarse en el análisis. De esa forma, la materia se divide en cuatro grandes partes, vertidas, como se dijo, en tres volúmenes: *Primera*. Concepto y estructura de la obligación. *Segunda*. Vicisitudes de la obligación. *Tercera*. Fuentes de las obligaciones. *Cuarta*. Garantías y tutela del derecho de crédito.

IV. una anotación metodológica

El derecho de obligaciones es, sin duda, el más complejo y abstracto de todos, a la vez que es el que rige el mayor número de relaciones y hechos de la vida cotidiana, lo cual impone absorber con precisión aquella universalidad y vastedad de conceptos y verterlos en la realidad económica y social del intercambio de bienes y servicios y de su asociación, y del resarcimiento del daño.

Siendo menester alcanzar una noticia cabal del sistema jurídico y adquirir destreza en su manejo, la exposición aparece tachonada con la cita insistente y abundante de normas, por lo cual se recomienda al lector avanzar de la mano de los códigos y consultarlos hasta el cansancio. De otra parte, la inserción prolija de notas de pie de página relativas a doctrina y jurisprudencia atinentes al respectivo tema obedece al empeño de compartir y difundir reflexiones, planteamientos, comentarios de destacados doctrinantes y de resaltar pareceres de la jurisdicción, por lo mismo que el derecho, e incluso el propio ordenamiento, no es sólo la legislación, sino que también comprende aquellas fuentes, que han de examinarse atentamente y con espíritu crítico, es decir, con independencia, sin omitir incursiones comparatistas, a la vez que manteniendo el ancla de la normatividad autóctona.

En fin, no escapará al lector multitud de insistencias, reiteraciones, repeticiones, que obedecen a la destinación de la obra: un libro de cabecera para uso de estudiosos, especialmente de quienes por ser noveles están deseosos a la vez que necesitados de asir y grabar los conceptos básicos y familiarizarse con su empleo. De ahí la pertinencia del proverbio latino: *repetita iuvant*.

³⁶/DV□REOLJDFLRQH□WHLHQH□XQ□UpJLPH□MXU□GLFfata, qeash□Gh□H□HW□GH□un□caso□contrato o de un delicto, su pago está sometido a las mismas reglas, su cesión obedece a unos mismos mecanismos. Este régimen es la parte del derecho civil cuya técnica es la más elaborada y la más abstracta, puesto que tiene por objeto un vínculo y un valor que no GHSHQGH□GH□XD□X□MWLDREHX□HW□Droit civil, Les obligations, 9.^a ed., Paris, 1998/1999, n.º 960, p. 563. Versus. PERLINGIERI. Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi, cit., p. 88 v s.

³⁷ La pertenencia de la obligación al derecho patrimonial, la naturaleza, usualmente, pero no indefectiblemente, patrimonial del interés del acreedor y la exigencia de que la prestación sea patrimonial o, cuando menos, apreciable en dinero, han sido puntos debatidos larga y pugnazmente. Cfr. G. PACCHIONI, /D□SHFXQLDULHW□GHO□LQWHUHVYH□GH□HOFIDILKEOLJD/LRQL Le obbligazioni/, F. C. SAVIGNY, vol. II, Torino, 1915; R. VON IHERING, *Del interés en los contratos*, en *Cuestiones jurídicas*, trad. esp. de A. POSADA, Madrid, s. d.; V. SCIALOJA, 6XOO□HOHPHQWR□GHO□YDORUH□SHFXQLDLR□H□GHO□LQWHUHVYH□ obbligationi, di R. DI IHERING, *Ius V*, (1879), ahora en *Studi giuridici*, vol. I, 1.^a parte, Roma, 1933, p. 66 y ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, reimpr., Milano, 1979, p. 4 y ss.

³⁸ 3RU□GHXGRU□VH□HQWLHQGH□DTXHO□GH□TXLHQ□VH□SXHG□SUHWHQGHU□XMOSEBRSNSHXIO□LQDLR□□DXQ□FRQV □□□□□□□□□□3□PIV□GH□GHVLJQU□OD□SRVLFLyQ□μGHVLWELDI□rahaHo□de□Eficacia□Relati□ y acreedor. Esta relación recibe comúnmente el nombre de relación obligatoria. La relación obligatoria puede definirse como aquella que tiene por objeto una prestación patrimonial para un sujeto, llamado deudor, está obligado a ejecutar para satisfacer HO□LQWHU□V□GH□RWUR□VXMHWB□BIANCODDGR□DE□FHUI□KEEOLJD/LRQH□ p. 2 y s.

³⁹ 38Q□Yt□FXQR□MXUGLFR□HQ□UDJ□Q□GHO□FXDO□XQR□SXHG□GHPDQGD□GHO□RWUR□QDD□GHHWUPLQDG□FRQG GHWHUPLQ□DGR□UHVXEW□Herbuch der Schuldrecht, I, cit., § 1, p. 1.

obligación es un deber de conducta que se caracteriza por el *necesse agere* del deudor⁴⁰. Estas las especificidades de dicha relación y, en especial, del deber *obligación*, que los identifican y diferencian de las restantes relaciones y deberes. Por lo demás, es útil resaltar desde un principio que “la relación obligatoria crea, por así decirlo, una *tensión entre acreedor y deudor*. Apremia al equilibrio mediante el cumplimiento. El derecho de obligaciones tiende al movimiento de dinero, mercancías, otros objetos o prestaciones de servicios. Es *dinámico*”⁴¹.

Usualmente se mira tan sólo el desarrollo normal de la relación: acreencia-deuda. Sin embargo, es preciso incluir en la definición un aspecto que, aun cuando constituye su fase patológica: el incumplimiento, pertenece a aquella, teniendo en cuenta que la fuerza del derecho, esto es, su coercibilidad, no se manifiesta únicamente en la reacción cierta, remedial, ante su quebranto, sino, además, preventivamente, en la presión moral y social que ejerce sobre el destinatario, acá el obligado, la mera posibilidad de que ello suceda, por lo cual dicha seguridad (pretensión) forma parte del concepto dinámico de esta relación jurídica⁴⁴.

La importancia económica de la relación obligatoria es inmensa y creciente, al punto de superar a la de la propiedad en su extensión y complejidad y, por supuesto, en su universalidad⁴⁵.

2. elementos de la obligación

⁴⁵ /RV□FUPGLWRV□VRQ□~~HQRWGDGGR~~Importancia económica, una importancia que tiende a superar la de la propiedad y de los demás derechos reales sobre las cosas. Esto se relaciona, entre otras cosas, con el proceso de desmaterialización de la riqueza, por cuyo efecto, los créditos se presentan cada vez más como un componente esencial del patrimonio de los sujetos, \ODV□YHVWLPHQWD□MXU□GLFD□GH□DTXHOORV□TXH□VH□OODPDQ□μQXHYRV□ELHQHV□R□μQXHYDV□SURSLHGDI□ORV□GHUHFKRV□GH□FUPGLWRV□ODV□FRUUHVSROQ□~~HQRWGDGGR~~Work and Wealth, Bologna, 1998, p. 263 y s.

En la obligación se tienen siempre dos sujetos, el activo y el pasivo, relacionados entre sí; cualesquiera personas, pero siempre determinadas, por tarde al momento en que haya de realizarse el cumplimiento; un objeto, la prestación, también determinado; y un contenido, el propio de la relación obligatoria en general, según la índole de la prestación, y el específico, emanado de la fuente que le dio origen, que concreta y singulariza el vínculo entre las partes⁴⁹. Estos los elementos constantes e invariables de la relación crediticia⁵⁰.

50 Así, COSTANZA. *Il rapporto obbligatorio, un archetipo universale*, cit., p. 752, quien, además, anota pers-SLFD]PHQWH varias instituciones previstas y disciplinadas en el código civil, en el curso del tiempo, por intervención de leyes especiales, o por una reelaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, perdieron su identidad originaria [el matrimonio, la propiedad, el contrato, las garantías, hasta la pu-blicidad]. Sólo la obligación ha mantenido intacta su fisonomía, aun cuando se haya

3. antecedentes *

Es un lugar común referirse a la influencia del derecho romano sobre las normas que gobiernan la materia de obligaciones y las figuras consiguientes. Indudablemente el rigor lógico, la intuición jurídica y la asimilación rápida y aguda de las exigencias prácticas que caracterizaron al pueblo latino se expresan con mayor relevancia y realce en el derecho de obligaciones. Por tales motivos, dada la precisión de las reglas al respecto, y en cuanto éstas no pugnan con la organización general de la sociedad contemporánea, en buena parte ha subsistido la disciplina romana⁵¹. Pero este hecho no puede llevar al olvido de fenómenos tan elementales como la necesaria y evidente evolución del derecho, expresada en los cambios fundamentales que experimentó la idea de obligación en más de doce siglos de civilización romana, con analogías ciertas con el desarrollo de otros pueblos⁵², y el apremio de acomodar los conceptos y la solución de los problemas más frecuentes a las exigencias y a los ideales del mundo actual⁵³. Acá bien puede y ha de reconocerse que la raigambre es

acrecentado la tipología de sus contenidos. Así, a la obligación o, para decirlo mejor, a la relación obligatoria puede atribuirse el papel de arquetipo jurídico capaz de constituir el coágulo de una pluralidad de figuras, distintas apenas en WpUPLQVRV GH FRQWHQLGR GH IXQFLyQ'

- * Cfr. P-F. GIRARD. *Manuel élémentaire de droit romain*, 5.^a ed., Paris, 1911; BONFANTE. *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, cit., p. 3; E. BETTI. /D VWUXWWXUD GHOO REEOLJD JLRQH URPDQD H LO GHOO GHOO VXD JHQHVL Istituzioni di diritto romano, vol. II, parte 1.^a, Padova, 1962; P. VOCI. *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Milano, 1954, p. 299 y ss.; G. LONGO. *Diritto romano, diritto delle obbligazioni*, vol. I, *Parte generale*, Roma, 1954; B. BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Milano, 1956; V. ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di diritto romano*, 14.^a ed., p. 283 y ss.; G. LEPOINTE et R. MONIER. *Les obligations en droit romain*, Paris, 1954; G. GROSSO. *Obbligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione*, 3.^a ed., Torino, s. d. (1960) [trad. esp. de F. HINESTROSA, Bogotá, 1981]; G. F. MARGADANT. *El derecho privado romano*, 10.^a ed., México, 1981; R. MONIER. *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, Paris, 1977; A. GUARINO. *Diritto privato romano*, 6.^a ed., Napoli, 1981, p. 667 y ss.; M. TALAMANCA. *Obbligazioni (storia), diritto romano*, en Edd., XXIX, Milano, 1979; E. VOLTERRA. *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, s. d., reimpr. 1993; C. A. CANNATA. *Obbligazioni nel diritto romano, medioevale e moderno*, en *Novissimo Digesto italiano*, p. 407 y ss.; J-L. GAZZANIGA. *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992; A. BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, 4.^a ed., Torino, 1993, reimpr. 1998; J-PH. LÉVY. *Histoire des obligations*, Paris, 1995; R. ZIMMERMANN. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990), Oxford, 1996; J. GAUDEMET. *IDLVDQFH G XQH QRWLRQ MXULGLTXH HV GpEXWV GH O REOLJDWLQHV de philosophie du droit*, 44, Paris, 2000; R. SACCO. *À la recherche GH O RULJQH GH O REOLJDWLQHV*, 4, *Archives de philosophie de droit*, cit., p. 33 y ss.; R-M. RAMPENBERG. *REOLJDWLQ URPDQH SHUVSHFWLYH, O REOLJDWLQHV de philosophie de droit*, cit.

En cuanto a los textos del *Corpus Iuris Civilis*, la versión en español corresponde a la traducción de I. L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, 1897, y para las *Institutas* de GAYO, me valgo de *The Inst.* trad. por W. M. GORDON y O. F. ROBINSON, London, 1988; *Instituciones*, trad. de AVELLÁN VELASCO, ARIAS BONNET, IGLESIAS REDONDO y ROSET ESTEVE, Madrid, 1985, reimpr. 1990; *Inst.*, texte établi et traduit par J. REINACH, 4.^a ed., Paris, 1991; *Instituciones*, texto traducido por A. DI PIETRO, 5.^a ed., Buenos Aires, 1997.

- ⁵¹ (O GHOO Me las obligaciones es quizá la parte más importante, por lo menos de aplicación práctica más frecuente, de todo el derecho privado. Y también es la parte del derecho romano que ha influido mayormente en la formación de las legislaciones modernas, que reflejan esencialmente la doctrina romana, considerada también por los comparatistas como la FUHDFLyQ PIV JUDQGH SHUHFWD GHOO JHQLR URPDQR WDQWR TXH SXGR DGDSWDUVH ODV H JHQHVL anota justamente BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 323; y en el mismo sentido expresa BONFANTE. *Corso di diritto romano*, IV, *Obbligazioni*, FLW S S D PDWHULD GH ODV REOLJDFLRQH HV ODV SDUWH PIV YLWDOH representa el mejor fruto de la jurisprudencia romana y la obra en la que se proyectan más exquisitamente sus métodos; pero la fortuna de esta parte del derecho romano se debe más que todo al carácter de esta rama que se encuentra ligada menos que cualquiera otra a un ambiente histórico y cívico y tiende a la XQLYHUVOLGDG'

- ⁵² Cfr. J. GERNET. *Droit et institutions en Grèce antique debitum et obligatio*, Paris, s. d. (1968), p. 13.

- ⁵³ ³/D LGHD GH TXH OD SHUVRQDOLGDG GHOO GHUHFKR GH REOLJDFLRQH HV OD FRQVLGHUDFLyQ GH TXH VXV eternas y universales, se ha anclado profundamente en el espíritu del jurista. ¿Cuántas veces no se destaca el concepto de que entre las teorías elaboradas por el genio de los jurisconsultos de la Roma antigua, la materia de las obligaciones reclama un sitio aparte? [...] La materia de las obligaciones es, en efecto, abstracta y, como tal, puede convenir a países que tienen en otros aspectos concepciones jurídicas totalmente diferentes [...] Sin embargo, la inmutabilidad del derecho de obligaciones no es más que aparente y se aprecia una reacción contra la creencia de que esta materia goza del privilegio de la unidad en el tiempo y en el espacio [...] La teoría de las obligaciones no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas y

⁶⁴ 30LHQWUDV□OD□QHFDLQD□De igual y el ambiente económico fue sano, el sistema rudimentario pudo ser suficiente. Pero cuando, a fines del siglo VI y en las primeras décadas del V a. C., la crisis económica se extendió en Roma, habiendo afligido de modo especial a un sector amplio de la clase plebeya, la solicitud de crédito se multiplicó y, de contragolpe, se acrecentó la reticencia de las más pudientes a conceder crédito sin garantías adecuadas de cumplimiento. La solución se encontró en el expediente del *nexum*, que aseguraba al acreedor insatisfecho la tutela del *ius Quiritium* [...] El sistema del *ius legitimum vetus* concluyó una evolución en la que tuvo mucha influencia la resistencia de la *plebs* al expediente del *nexum*. A él se adscriben tres innovaciones importantes: la primera, el haber conferido plena relevancia jurídica a la figura de la *sponsio*. La segunda se tradujo en regular separadamente la *actio sacramenti in rem* y la *actio sacramenti in personam*. La tercera se manifestó en haber puesto freno a la venganza privada contra las actividades ilícitas [...] En todos estos casos la figura del sujeto pasivo se presentaba bien distinta de la de un *nexus* □□ VX□ YLQFXODFLYQ□PDWHULDO□HUD□ Vy estaba suspensivamente condicionada al incumplimiento, y más genéricamente, a la definición de su responsabilidad por una

atendido por la *lex Poetelia Papiria*⁶⁵, tan mencionada, de cuya realidad histórica (236 a. C.) da cuenta TITO LIVIO (8, 28), para indicar que abolió la condición de *nexus*, implicó un *initium libertatis* e introdujo el principio de *pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esse*⁶⁶. De esa manera el sometimiento actual, perdurable hasta la *solutio*, cedió el paso a un *vinculum iuris* que no se materializaba físicamente sino en caso de incumplimiento, por medio de la acción personal de la *manus iniectio* (GAI. 4, 1, 2; 6, 9; 21-22)⁶⁷. *Obligatio* nacida, primeramente, de la *sponsio*, acto formal al que llegaban las partes previamente concertadas y cuya celebración verbal con la pregunta *¿spondes?*, seguida de la respuesta *spondeo*, reservada a los *cives* (GAI. 3, 93), sirvió para toda clase de tratos y operaciones⁶⁸.

7. la “stipulatio”

Con el tiempo se aceptaron otras expresiones: *fidepromittis*, *promittis*, *dabis*, *facies*, ciertamente indicativas de la asunción de un compromiso al estar seguidas de la respuesta correspondiente, utilizables por no *cives*, que manteniendo la presencia de la *obligatio verbis*, la presencia de las partes, la *unitas actus* y la concordancia de la respuesta con la pregunta, permitieron el uso universal de la *stipulatio* como trámite sustitutivo de la *sponsio*, que en los derechos postclásico y justiniano cambiaría su ser solemne por el de mera manifestación de consentimiento (CI. 8, 37, 10; Inst. 3, 15, 1), y que bajo la influencia de las costumbres griegas llegó a poder probarse de modo absoluto mediante documento escrito o el dicho de testigos fidedignos (CI. 8, 37 (38), 14), con cambio de lo fundamental de las *verba* o las *litterae* por la voluntad o *consensus contrahere* o *animus stipulandi*.

Obligare, *ligare ob*, *adstringere*, *nectere*, *nexus*, *vinculum*, son palabras que se refieren claramente a la acción de atar, enlazar, dar vueltas con un cordel; y correlativamente, *solvere*, *liberare*, *solutio*, dan la idea de desatarse, liberarse, voces unas y otras que de suyo señalan aquella relación física, posteriormente idealizada, pero que ni aun en los tiempos actuales han perdido su fuerza expresiva. *Obligatus* es la persona (GAI. 4, 2), pero también es la cosa (*res obligata est*, *rem debere*), con alusión a la prenda, expresiones que evocan el nexo real de garantía (inicialmente heterogarantía).

8. “debitum” y “actio”

Ahora bien, tanto en Roma como en tiempos posteriores, la conexión entre el derecho sustancial y las acciones fue estrecha, allá más formal, por razones múltiples, y la proyección del derecho de crédito en el terreno jurisdiccional muestra el cambio que se operó en el concepto de obligación: del abandono total se pasó a la posición de *nexus*, de ahí a la *manus iniectio* (*lex Duodecim tabularum III*), atemperada más tarde por la *lex Poetelia Papiria*⁶⁹, para llegar al cabo de los siglos, en pasos graduales, a la mera ejecución

condena provocada por la *actio in personam* y luego del trámite de la consiguiente *manus iniectio* GUARINO. *Diritto privato romano*, cit., n.º 71, p. 671.

⁶⁵ Cfr. A. MAGDELAIN. La loi Poetelia Papiria et la loi Julia de pecuniis mutuis, en *Jus imperium auctoritas*, Études de droit romain, Paris, 1990, p. 707 y ss.

⁶⁶ BIONDI. Istituzioni di diritto romano, cit., p. 328; GUARINO. *Diritto privato romano*, cit., p. 699 y ss.

⁶⁷ Análogamente a como ocurriría luego con el tránsito del *pignus datum* (*nuda traditio pignus*) al *pignus conventum* y de ahí a la hipoteca. Cfr. P. FREZZA. *Le garanzie delle obbligazioni*, en *Corso di diritto romano*, vol. 2, *Le garanzie reali*, Padova, 1963, p. 84.

⁶⁸ Cfr. MAGDELAIN. *Jus LPSHULXPDXFWRLWDVWXGHVGHGURLWURPDLQFLWDFWHMXULGLTXHDXFR* 714 y ss.

⁶⁹ Cfr. P. NOAILLES. *Manus inicere*, en *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, p. 109 y ss.

patrimonial⁷⁰. Y, por contraste, a partir de la debilidad de los poderes del acreedor romano antiguo, que, a pesar de su disponibilidad de vida y libertad de su deudor perseverante en el incumplimiento, no podía obtener su satisfacción *in natura* sin el concurso de él (incoercibilidad de la prestación)⁷¹, paulatinamente se llegó a la acción ejecutiva para dicha satisfacción específica, aun a contrariedad del deudor, y a la ejecución patrimonial complementaria de la personal para la satisfacción con el equivalente pecuniario⁷².

9. de la responsabilidad personal a la patrimonial

La *obligatio*, relación de *ius civile*, fue ampliando poco a poco su radio de acción de la mano del derecho honorario: *obligationes honorariae*, análogamente vinculantes y provistas de acción: *teneri honoraria actione*⁷³. Paralelamente surgieron, se desarrollaron y ampliaron las *obligationes ex delicto* y, luego, las *obligationes quasi ex delicto*⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. V. SCIALOJA. *Procedura civile romana*, Roma, 1936, trad. esp. de SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN, Buenos Aires, 1954, p. 148 y ss.; 285 y ss.; V. ARANGIO-RUIZ. *Las acciones en el derecho privado romano*, trad. esp. de GUTIÉRREZ-ALVIS, Madrid, s. d. (1945), p. 21 y ss.; M. KASER. *Das römische Zivilprozess-recht*, 2.^a ed., München, K. Hackl, 1996, §§ 20 y 56 a 61.

⁷¹ ³/RVURPDQRVQR OOHJDURQD YHUHQOD SUHVWDFLYQDOJR VHSDUDEOHUHQWUOR GH FLHUWRV OPLV susceptible de ejecución forzada específica sin el concurso de su actividad. Nada, en efecto, más ajeno a su pensamiento que la idea de procurar al acreedor, directamente y por vía independiente de la voluntad del deudor, la misma prestación debida. No conocieron una ejecución forzada directa de las obligaciones de dar y no hacer, por la cual el acreedor estuviera autorizado para ejecutar la prestación o destruir lo hecho en contravención, respectivamente, a expensas del deudor. Lo que quiere decir que los efectos de la ejecución romana forzada no alcanzan a considerar en ningún caso la prestación debida por el obligado como algo fungible, o sea como realizable por el acreedor mediante sustitución, por obra de persona distinta del obligado. Dentro de su pensamiento, toda obligación es de suyo no fungible [...] carácter que, sin embargo, no excluye la posibilidad (residuo del hetero-rescate) de un cumplimiento liberatorio por obra de un tercero (D. 46, 3, 40; 53. D. 3, 5, 38 BETTI. /D VWUXWWXUD GHOO REEOLJD LRQH URPDQD H LQ SUREOHPD GHOD VXD JHQHVL

⁷² Valga destacar, desde ahora, que el acreedor moderno, circunscrito en sus poderes al patrimonio del deudor (art. 2481 c. c.), puede, con el concurso jurisdiccional, en cuanto ello sea físicamente factible y él conserve interés, obtener su satisfacción específica con la sustitución del deudor por la jurisdicción o por un tercero con la aprobación de ella para el dar, el entregar, HO KDFHU R HO GHVKDFHU (O FUGLWR VH GLULJH FRQWUD QXD SHUVRQD GHWHUPLQDG TXH SXHG deudor que haya venido a ocupar el lugar de aquel [...] El crédito sólo vincula al deudor. Ahora bien, para la satisfacción del crédito puede también requerirse el patrimonio del deudor, por vía de ejecución forzada o de concurso [...] pero el acreedor QR WLHQH QIQJ-Q GHUHFKR LQGLYLGXDOLJGR VREUH HONESTWUSIERMAN GHON GHXGRU Schuldverhältnisse, 15.^a ed., 1958, t. II, 1.^o, § 225, I. Cfr. B. GILSON. *Inexécution et résolution en droit anglais*, Paris, 1969, p. 47 y s. Para F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, 7.^a HG 3DULV S Q S principio de la ejecución *in natura* impera, cualquiera que sea el objeto de la obligación, con tal que dicha ejecución sea posible aún. Es el corolario R GH OD XHUJD REOLJDWRULD TXH FDUDFWHULJD D WRGD REOLJDLYQ

⁷³ ³/DV *obligationes honorariae* (o *praetoriae*) se contrapusieron en el derecho justiniano a las *obligationes civiles*, en consideración al distinto sistema jurídico por el cual fueron reconocidas antiguamente. Por *obligationes civiles* se entendían las reconocidas por el *ius civile* (*vetus* o *novum*), más aquellas introducidas por *leges* en el sentido posclásico del término (aquí también *constitutiones* imperiales); por *obligationes honorariae* se entendían, por el contrario, aquellas obligaciones introducidas en el ordenamiento jurídico por la *iurisdictio* de los magistrados republicanos, en primer término por la del *praetor*. Es bien dudoso que la jurisprudencia preclásica y la clásica le hubieran dado mayor realce a esa distinción; lo cierto es que ella, desde el punto de vista terminológico, tendía a calificar las obligaciones reconocidas por el *ius honorarium* más que con la etiqueta tradicionalmente civilista de *obligatio*, mediante el circunloquio *teneri honoraria actione*. La razón por la cual el propio derecho posclásico-justiniano le otorgó tanta relevancia a las así llamadas *obligationes honorariae* está, posiblemente, en que quiso subrayar que esas relaciones eran ciertamente *obligationes* a la par de las civiles, con lo cual se WUDWy GH VXSHUDU FDEDPHQWH GHVWDFIQGROD QXD GLVWLQFLYQ GH FDUFWHU KLWVyULFR HQ GUARINO. *Diritto privato romano*, cit., n.^o 72.2, p. 681 y s. Cfr. el *Oportere ex bona fide* en A. MAGDELAIN. *Les actions civiles* (*Les actions de bonne foi*), Paris, 1954, p. 43 y ss. D. 24, 7, 52: MODESTINO XHGDPRV REOLJDGRV SRU OD HQWUJDG una cosa, o verbalmente o por una y otra a la vez, o por consentimiento, o por ley o por derecho honorario, o por necesidad, o por haber cometido una falta [...] § 6. Por derecho honorario quedamos obligados por lo que el edicto perpetuo o el PDJLVWUDGR RUGHQDQ R SURKLEHQ

⁷⁴ Cfr. S. SCHIPANI. *Derecho romano, codificación y unificación del derecho*, Instituciones, trad. esp. de F. HINESTROSA, Bogotá, 1983, p. 81 y ss.; BETTI. /D VWUXWWXUD GHOO REEOLJD LRQH URPDQD H LQ SUREOHPD GHOD VXD JHQHVL y ss.

10. la ejecución “in natura”

[illegible]

11. patrimonialización de la obligación

segunda parte
estructura de la relación obligatoria

I. débito y responsabilidad

12. débito y responsabilidad*

* Cfr. BRINZ. *Der Begriff* GHU 2EOLJDWLRG. *Z. für das Pr. und Off. Recht der Gegenwart*, I (1874), p. 11 y ss.; ID. *Obligation und Haftung*, en ACP, 70 (1886), p. 371 y ss.; ID. *Pandekten*, II, Erlangen, 1879, §§ 206 y ss.; VON AMIRA. *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Leipzig, 1882, II, Strassburg, 1895; F. CARNELUTTI. *Distinzioni tra diritti reali e diritti di credito*, en *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, p. 241 y ss.; C. GANGI. ,O FRQFHWWR GHOO REEOLJDJLRQH H OD GLVWLQJ

El objeto de la relación jurídica es la prestación, es decir, la conducta determinada en el título (de quien la debe, a quien se le debe, lo que se debe, en el lugar, tiempo y modo debidos; cfr. art. 1627 c. c.). En ello consiste el deber del deudor, como también allí radica el interés del acreedor, y la ley atiende al cumplimiento y, en su defecto, a la satisfacción del acreedor, *in natura* de ser aún posible y subsistir el interés del acreedor en ella o, en últimas, en dinero, con el subrogado pecuniario de la prestación (el *verum rei pretium*), todo mediante ejecución coactiva (arts. 491 y ss. y 498 y ss. c. de p. c.). Delanteramente se aprecia una presión social sobre el deudor para el cumplimiento: su pundonor, su sentido moral y propia estima, tan encarecidos en la Roma antigua y republicana⁸³, complementados por la amenaza, latente pero cierta, de consecuencias, adversas en lo que hace a su reputación y posibilidades futuras de crédito en caso de incumplimiento, y favorables en el caso de cumplimiento (información comercial, referencias, bancos de datos con “listas negras” de deudores morosos y tramposos), y en fin de cuentas, el temor de que el acreedor proceda judicialmente contra él⁸⁴. Todo lo cual está prevenido y organizado para la realización “espontánea” de la obligación.

⁸⁴ Prototipo de relaciones jurídicas relativas, en la cual todo gira en derredor de la prestación del deudor, la obligación está montada y ordenada social y jurídicamente de modo de asegurar la efectividad de la colaboración intersubjetiva, comenzando SRU□OD□FRQILDQJD□QHFHVDULD□□QR□VyOR□HQ□FDGD□XQLGDG□□VLQR□HQ□HO□FRQMXQWR□□HQ□OR□TXH□V□postre el acreedor podrá hacer efectivo su derecho dirigiéndose singularmente contra el patrimonio del deudor o interviniendo en una ejecución universal, pero quizá lo más importante y efectivo de esos poderes consiste en la presión que

junto con el deudor o del deudor solo (art. 1494 c. c.) hace fe en el deudor; y quien resulta acreedor de alguien en razón de otra fuente de obligaciones cree en el obligado, independientemente del margen concreto de probabilidades de cumplimiento y de incumplimiento. A favor del desenvolvimiento normal de la relación obligatoria obran el pundonor del deudor, su anhelo de conservar buena fama, de suyo y como experiencia que pueda mostrar a fin de obtener crédito en el futuro, si que también su temor de verse expuesto a las acciones ejecutivas del acreedor y su convicción de que este podrá satisfacer su interés, con el concurso jurisdiccional, *in natura* o mediante el subrogado pecuniario, a su contrariedad y a sus expensas, y de que le podrá cobrar los perjuicios derivados del incumplimiento. Todo ese conjunto de presiones culturales pesa sobre él y, valga repetirlo, concluye a favor de la ejecución “espontánea” de la prestación. Y así se diga que esta y la ejecución coactiva son “fases sucesivas, nítidamente diferenciadas, sin que sea indispensable que se realicen ambas”⁹¹, lo cierto es que la presencia de la responsabilidad es parte del concepto de obligación.

Frente al hábito de ver en la obligación apenas el deber de ejecutar la prestación⁹², que aún se mantiene en algunos sectores de la doctrina⁹³, con visión recortada y estática, reaccionó la pandectística⁹⁴ para poner el acento en la responsabilidad del deudor⁹⁵, responsabilidad

Cfr. BIANCA. *Diritto civile*, IV, *REOLJD/LRQH* n.º 10, p. 27.

⁹¹ Así, BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 9.

⁹² ³RU REOLJDFLYQ VHQWLHQGH HO GHEHU GH HMHFWDU GHWHUPLQD QD ERSRJW, DE HQWR GHOTXH GH llama DFUHHGNUSINI. *Tratatto breve della responsabilità civile*, cit., p. 80.

⁹³ En general, la doctrina francesa ignora la distinción entre débito y responsabilidad. Cfr. KONDER-COMPARATO. *Essai GDDQDO\ VH GXDOLVWH GH O REOLJD/LRQH GH RLWrésid, MAZEAUD et CHABAS. Leçons de droit civil*, II, *Obligations*, cit., n.º 9, p. 7 ³VWD GHVFRPSRVLFLYQ SRGU D OOHYDUVH PIV OHMRV D Q VHU D PIV OyJLFR GLV tres elementos: la deuda, la responsabilidad en caso de no ejecución, la coacción. En efecto, es esencial distinguir la deuda, tal como resulta, p. ej., de un contrato, de la obligación que pesa sobre el deudor que no ha ejecutado el contrato, y que es diferente de la deuda primitiva. En todo caso la distinción de los autores alemanes entre la deuda y la coacción es LPSRUWDQWH ³REOLJD/LRQH GH RAYNAUD. *Droit civil*, II, 1, *Les obligations*, Paris, 1962, n.º 2 bis, p. 8 y ss.; J. CARBONNIER. *Droit civil*, II, *Théorie des obligations des obligations* Paris, 1963, n.º 205, p. 474 ³TXLHQ UHFQRFH TXH ³OD DQWVHVLV FRUHVSRQGH D DOJR ODWHQWH HQ HO FyGLARFODD. *Droit civil, La responsabilité*, HQWH ³&K ³1.ª parte, Paris, 1986, n.º 22, p. 24 ³DQRWD TXH OD GLVWLQFLYQ HQWUHQGH GHG DmpHQHQSRJW GH F FLHUWRV UDVRV GH GHUHFKR GH REOLJDFLRQH ³UHVWDWD WDQWR HQ KHFKR GH TXH ³HO DF FXPSOLPHQR GH OD SUHVWDFLYQPRQOD LPSRUWDQFLD GH ³OD HMHFQRYD QVLEOH que FDPELD HO REMHWR GH OD REOLJD/LRQH Q ³Q

Dentro de la doctrina italiana reciente, cfr. por todos los opositores a R. MICCIO. *I diritti di credito*, I, Torino, s. d. (1971), p. 20 y ss., en especial p. 27 ³HUHFKR GH ³HO deber del deudor constituyen una relación directa y suficiente, que se justifica por sí sola. Naturalmente para que un derecho pueda ser tal, es necesario que el ordenamiento lo asista con una tutela adecuada, imponiendo una sanción a cargo de la parte que habiendo incumplido lo vulnera. Pero esto no significa que la sanción puesta en tutela del derecho se adhiera *in toto* a la previsión negocial del deber y que, si el poder coactivo puesto por el ordenamiento a disposición del sujeto lesionado no realiza íntegramente la prestación prevista, sólo por esto no se tenga un derecho del acreedor a la prestación. Es normal, por el contrario, que el ordenamiento intervenga para restaurar el derecho lesionado de modo que, según las exigencias y la situación nDWXUDO GLFKD UHVWDXUDFLYQ VHBBSVLEOH ³DUD ³Sistema istituzionale del diritto privato italiano, II, 4.ª ed., Torino, s. d. (1955), n.º 613 ³HVWD WHRU D VH SXHGH FRQVLGHUD VXSHUDGD ³QORJBPQWH *Diritto civile*, IV, *REOLJD/LRQH* n.º 10, p. 28 y n.º 18, p. 38 y s.

⁹⁴ (O ³6LVWHPD GH ³DQGHFWDV TXH DEIDEDUD HQ VLDOR de G. A. HEISE. *Grundriss eines System des gemeinen Civilrechts zum Beruf von Pandekten-Vorlesungen*, 1807, y se proyecta hasta la vigencia del BGB (1.º de enero de 1900).

⁹⁵ ³BRINZ fue el primero en plantear esa deficiencia de la teoría tradicional y sus tres obras se citan y conocen como punto de partida de la llamada teoría del débito y la responsabilidad como elementos funcionales de la obligación: la responsabilidad patrimonial del deudor es lo fundamental en la relación crediticia, el derecho del acreedor de perseguir ese patrimonio en caso de incumplimiento, al punto de que la obligación se mira más que como un derecho a la prestación, como un derecho VREUH HO SDWULPRQLR GH GHXGRU ³GHUHFKR DO GHXGRU ³HQ OXJDU GH ³GHUHFKR D OD SUHVWDFLYQ que alguna cosa ± una persona o una cosa± esté destinada a satisfacer a alguien (acreedor), destinación de la persona o de la cosa a satisfacer al acreedor. El *debitum* sería tan sólo una fase preliminar de la responsabilidad, aspecto relevante de la REOLJDFLYQ GHUHFKR VREUH HO SDWULPRQLR ³QR XQ ³GHEHU ³REOLJD/LRQH GH VXRUGLQDFLYQ *generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 24 y s.

La presentación de BRINZ, ciertamente remitida al derecho romano, fue repudiada por connotados romanistas de su tiempo

Con todo, es preciso insistir y profundizar en la pregunta de en qué consisten, en últimas, la obligación y la posibilidad de su realización y efectividad. No obstante las sutilezas excesivas a que puede conducir el desdoblamiento de la relación⁹⁷, y al margen de su reconocimiento en tal o cual período u ordenamiento, la distinción entre débito y responsabilidad no sólo se muestra ineludible, sino que permite percibir en su finura y profundidad el ser y el actuar de la obligación⁹⁸. A la deuda corresponde la esperanza del acreedor y su posibilidad de exigir la prestación, y esa relación corresponde, a su turno, al funcionamiento normal de la obligación; pero cuando el deudor incumple, incurre en responsabilidad, se expone a las acciones del acreedor, sobreviene la fase patológica, cuya prevención y represión constituyen un incentivo a aquel funcionamiento ordinario, y cuya presencia hace patente la juridicidad de la relación.

(R. PACCHIONI. & RQFHWWRH[RULJLQHGHOO]REEOJBEDICE de la trad. it. de SAVIGNY, cit.). En tanto que los germanistas la apoyaron, inclusive con argumentos extraídos del derecho germánico antiguo (VON AMIRA. Nordgermanisches Obligationenrecht [FLW][][] O[GHUHFKRDOHPiQSDUWA[SHOH[BHQHEWE GH(Sollen) jurídico. Al deber de prestación del deudor corresponde el deber de recibirla del acreedor, que originariamente se denominó débito (*Schuld*) y luego exigencia (*Forderung*), que en un principio significaba solamente demanda [...] Enteramente distinta de la relación crediticia y de ninguna manera insertada en ella sin más, es el derecho germánico se dio la relación de responsabilidad [*Haftungverhältnisse*]. Responsabilidad [*Haftung*] (entramamiento, vinculación), es un poder endere[DGRDODVDWLVIDFFLYQFRDFWLYDHQFDVRGHLQFXPSONGHQQRGHHZGDRLIOHDfLyQ][][] deutschen Privatrecht, Breslau, s. d., § 86, p. 522.)*Schuld* es deber jurídico, mandamiento del ordenamiento sobre el deudor como destinatario de la norma, el núcleo más interior de cada pretensión, para ejecutar la prestación [...] Haftung es un deber UHVSRQVDELOLDUVHSRUODREOLJDfLyQOHRWURUDODOFUHHGRUXQSRRGHUMPRELSHOHXGRUT LIEBRICH. Deutsches Privatrecht, 7.^a ed., München, 1976, Kap. 41[][] SDVR TXH HO GHUHFKR URPDQR GHSVUUR primeramente el concepto de obligación a partir de las pretensiones procesales aduci-bles, la investigación jurídica alemana resalta en la responsabilidad que sigue al débito una proyección original de débito y responsabilidad: BLOMEYER. Allgemeines Schuldrecht, Berlin, 1953, p. 17 y s. Cfr. H. BRUNNER. Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 8.^a ed., München-Berlin, 1930, §§ 49 y s.; BIANCA. Diritto civile, IV, REEgazione, cit., n.º 10, nota 14, p. 27.

HULYDGGLUHFWDPHQWHGOGHUHFKRURPDQRODWHRUIDGHODVREOLDJDLRHVVH[H[SOLFyQLQYHG LFKD UHODfLyQUHVBHQWDGR SRU ORV URPDQLVWDVNFRBPRKQeayIQEXReSaSHVERODI PIACENTINO), definido este ius vinciens como derecho incorporal o *res incorporalis* (ACCURSIO) [...] dentro de la antítesis entre acciones in rem e in personam, correspon-diente a la distinción en el plano sustancial entre iura in re (o realia) y obligaciones (o iura personalia), y dentro de una nueva perspectiva se afirma que obligatio mater est personarum actionum, que ex obligatione nascitur actio. La propia definición de la actio como derecho de persequi quod tibi debetur, es referida por algunos (AZÓNDDODV VRODVDFLLRQHVASSHUBEDIGHNiditua intermedio, en EdD., XXIX, Milano, 1979, p. 100 y s.

BARASSI. THRUULD JHQUHDOHGHOO]REEQBALRGUUHYLHQH FRQWUDHODEXVBBGGHOD QjJsd' OTX HQDUVDUGHGXQDGLDOPFWLFDKIELOGVVXLWOODSHUGHUODYLVLyQGHOODUHDOLGDG' H Q OD UHODfLyQREOLDJRULDVH SXHGHQ\ GHEHQ GLVWLQJXLU GRVPIDPKEAMv su sometimiento al poder coactivo del acreedor en caso de incumplimiento, o sea su responsabilidad. Al deber del deudor de cumplir la prestación, deber que constituye propiamente el débito, corresponde el derecho del acreedor de constreñir al deudor al cumplimiento y, por tanto, de obrar judicialmente en contra de él, pudiendo agredir su patrimonio para conseguir la satisfacción del débito o un equivalente en dinero. El débito y la responsabilidad van normalmente juntos, y el deber del deudor de cumplir la prestación puede decirse existente en cuanto existe la responsabilidad para el caso de incumplimiento, OR FXDO SUHVXSROH SXHV ODGANVSRQVDELOLGdCil,p. 23 y s. CARNELUTTI. Appunti sulle obbligazioni, cit., p. 247 y ss., con mención de ROCCOODQRWD[][] EHNIDE interés de conservación que corresponde al derecho real, del interés de cooperación (la coo-peración ajena para la satisfacción de las necesidades propias), que FRUUVSRQGH DO GHUHFKR REOLDJRULR'[][] DJUJD TXH TICDERGFHSWRCoqanFRSSHTta fLyQLPS actitud pasiva que una actitud activa: [...] de los dos, es el acreedor quien acciona y el deudor quien, por el contrario, soporta, tolera'

102 ³IR□ SXGLpQGRVH□ QH DU□ TXH□ HO□ UHL□ *Quelques principes de droit* base en evidentes motivos de mayor economía de las operaciones de resarcimiento) es seguramente el que prevalece en la práctica, sin embargo no parece razonable sostener la hipótesis de una diversidad de intensidad de la tutela por medio de las dos formas de resarcimiento. La fungibilidad (a lo menos jurídica, si no económica) entre resarcimiento en forma específica y por equivalente, cancela cualquiera duda relativa a la finalidad de la obligación pecuniaria de resarcimiento. O sea que esta debe permitirle al acreedor las mismas ventajas que habría alcanzado mediante la prestación *in natura* □ INZITARI. *Profilo del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 211.

Responsabilidad patrimonial que, en últimas, le permite al acreedor perseguir bienes del deudor indiscriminadamente (arts. 2488 c. c. y 513 y ss. c. de p. c.), en medida adecuada (art. 517 c. de p. c.), para que con el producto de su remate o por el valor de su adjudicación a él se cancelen capital, perjuicios-intereses y costas procesales (arts. 1649 [2] c. c.; 521, 529 y 530 c. de p. c.).

Resaltan, entonces, los dos elementos característicos de la relación obligatoria: el débito y la responsabilidad. Débito consistente en la esperanza o creencia del beneficiario de la prestación, de que el obligado cumplirá exactamente el compromiso contraído, junto con la necesidad en que se halla el deudor de preferir el interés ajeno al propio y acomodar sus actos y omisiones a la finalidad del vínculo. Y responsabilidad, término con el que se señala la posibilidad que tiene el acreedor, una vez establecida la renuencia del obligado al pago, de exigir coercitivamente la prestación específica determinada en el título y, en subsidio, trocado el bien o el servicio en dinero, realizar la expropiación forzosa de los bienes del deudor por causa de utilidad privada, hasta concurrencia del equivalente pecuniario de la prestación y de los perjuicios del incumplimiento, mediante proceso ejecutivo¹⁰³.

Con una anotación de trascendencia: no en todos los tiempos ni en todos los ordenamientos han sido unas mismas las facultades extraordinarias concedidas al acreedor para la tutela de sus intereses delante de la inejecución de la obligación por parte del deudor. Universalmente se le otorga poder para demandar el subrogado pecuniario y la indemnización de perjuicios, y podría agregarse que esa ha sido la tendencia generalizada, y que lo excepcional es la ejecución específica. En el *common law*, la *specific performance*, entendida como una “providencia de la corte que compele al demandado a hacer personalmente lo que prometió”, es “un remedio excepcional”, como quiera que “el deber de estar al contrato en el *common law* significa la previsión de tener que indemnizar daños si no se cumple, y nada más”¹⁰⁴, en tanto que en los ordenamientos de tradición romanista dicha orden constituye una primera opción, naturalmente desde que sea factible y persista el interés del acreedor en el débito primario¹⁰⁵. De otra parte, la normatividad prevé distintas modalidades para llegar a la ejecución específica, como conviene a la clase de prestaciones y a las particularidades de ellas, cual se verá adelante: de dar-entregar, de hacer, de no hacer (arts. 1610 y 1611 c. c.; 499 a 502 c. de p. c.)¹⁰⁶.

15. tutela del derecho de crédito

Es natural que el derecho se preocupe por la tutela adecuada de los derechos subjetivos, para el caso del de crédito, y que esté atento a proporcionar al acreedor los instrumentos óptimos para su satisfacción cabal. En ese sentido no tiene por qué extrañar la tendencia a considerar delantadamente la posibilidad de ejecución coactiva específica de la

¹⁰³ Según L. MENGONI. *Le obbligazioni*, en , □ FLQTXDQW □ DQQL □ GHQ □ FBGLFEL □ FLZA □ □ □ □ D □ UHVSQRQVDELOLDG □ GHQ □ GHXGRU □ por el cumplimiento de la obligación es un momento de la relación sustancial, que se revela ya en los medios de tutela preventiva del crédito, distinto del momento procesal de la sujeción a la ejecución forzada, consecuencial al LQFXPSOLPLHQWR □

¹⁰⁴ JONES and GOODHART. *Specific Performance*, cit., p. 1 y ss.

¹⁰⁵ De ese modo se le trata en los arts. 7.2.2 y 7.25 los *Principios sobre los contratos comerciales internacio-nales* de UNIDROIT, Roma, 1995, p. 185 y ss. y 194 y ss.; ID., Bogotá, 1997.

¹⁰⁶ ³⁶ L □ HO □ GHXGRU □ QR □ FXPSOH □ YROXQWDULDPHQWH □ HO □ DFUHHGRU □ SXHGH □ H □ G □ H □ D □ Q □ G □ D □ H □ Q □ H □ FXPSOLPLHQWR □ GH □ misma prestación prometida y tal vez no siempre en dinero (como en la *condemnatio pecuniaria* del derecho romano y hoy todavía en algunos ordenamientos jurídicos extraños): este es el principio de la *condenación natural* (*Naturalkondemnatio* □ ' □ □ MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 12.

En tal sentido la responsabilidad del deudor, por el hecho de serlo, es ilimitada, lo que quiere decir que va hasta concurrencia del valor de la obligación más el monto de los perjuicios que su incumplimiento irroge al acreedor y de los costos en que haya implicado su cobro, y que puede hacerse efectiva sobre el bien o los bienes que el acreedor persiga dentro del elenco de los pertenecientes al deudor, sin que, en principio, este pueda limitarla a determinadas circunstancias, factores o cuantía, como tampoco circunscribir su exposición a determinados elementos del activo (infra n.º 17).

17. exposición del deudor incumplido

Ello implica que el deudor incumplido se encuentra expuesto a la acción persecutoria de sus acreedores, singular o universal, como lleguen a presentarse las circunstancias, sin poder destacar uno o varios bienes para circunscribir a él o ellos la expropiación forzosa en que consiste el remate en el proceso ejecutivo, pues la iniciativa y la selección competen a sus acreedores. Simplemente puede evitar el embargo en ciernes o quitarse de encima el ya consumado, consignando a la orden del juzgado donde cursa el proceso ejecutivo la cantidad de dinero que el juez estime suficiente para atender al pago del total de la o las acreencias, o prestando a favor del mismo caución bancaria, o aportando póliza de seguro de cumplimiento, con el fin de que en el evento de que sean desestimadas sus excepciones y, en todo caso, habiéndose ordenado llevar adelante la ejecución, haya dinero bastante para la efectividad de esta (art. 519 c. de p. c.).

De otra parte, téngase presente que, de entrada, el derecho sustancial previene a los acreedores para que limiten sus pretensiones de seguridad y ejecución a los bienes cuya venta sea menester “hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza”, y que el ordenamiento procesal dispone que, al decretar medidas ejecutivas, el juez ha de evitar el exceso: limitará la aprehensión a bienes cuyo valor no rebase el doble del crédito cobrado –incluidos sus accesorios– (art. 513 [5] c. de p. c.) o a la cantidad de dinero que lo cubra una vez y media (*loc. cit.* y art. 681 [1] c. de p. c.); así mismo procederá a limitar la traba a lo necesario, cuando al practicarla aprecie el valor de los bienes y advierta el exceso (art. 513 [6] c. de p. c.). En fin, en cualquier estado del proceso posterior al avalúo de los bienes y antes de su remate, el ejecutado puede solicitar la reducción del embargo, siempre que aparezca su demasía, para cuya apreciación habrá de emplearse el criterio trazado por el art. 513 [5] c. de p. c. En esta eventualidad el acreedor tiene primacía para orientar su persecución y, por lo mismo, el rumbo del desembargo, con miras a facilitar el remate que se avecina; solo que cuando aparezca que los embargos fueron “exagerados o abusivos”, a más de su reducción, el juez dispondrá la condena del ejecutante a pagar perjuicios al ejecutado (art. 517 c. de p. c.)¹¹⁰.

“El acreedor no está facultado para pedir la aprehensión de todos los bienes del deudor”: la morigeración de su derecho está prevenida por un doble concepto: de una parte, en nuestro derecho se conserva el *beneficium competentiae*, que viene del derecho romano clásico, “concedido, por regla general, a personas determinadas, por obligaciones determinadas, con

SHUVROD MEYER. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 17 y ss. Cfr. R. ABELIUK. *Las obligaciones*, t. I, 3.ª ed., Santiago de Chile, 1993, n.º 3, p. 15.

¹¹⁰ Sobre el abuso de parte del acreedor en la traba de bienes y su responsabilidad, cfr. cas. de 2 de agosto de 1995, CCXXXVII, 2.º semestre, vol. 1, 276; cas. 27 de noviembre de 1998, exp. 4909.

base en la consideración equitativa de relaciones especiales que tenían con el acreedor”¹¹¹, beneficio con arreglo al cual, dentro de la totalidad del activo del deudor, el acreedor respectivo ha de dejarle “lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancia, y con cargo de devolución, cuando mejore de fortuna” (art. 1684 c. c.)¹¹². De esa manera se destaca la función de la figura en sus caracteres de atención a los vínculos entre las partes, los antecedentes del deudor, el origen del crédito, como también en cuanto a la restricción del poder del acreedor, y que el beneficio no se refiere a determinados bienes, sino que atiende a permitirle al deudor su subsistencia y restablecimiento, dejándole, por tanto, *aliquid sufficiens ne egeat*¹¹³. Así mismo, el código civil, al regular la cesión de bienes, indica que objeto de ella son todos los bienes, con la sola excepción de los inembargables (art. 1677), cuya enunciación, materia de sucesivas enmiendas con ánimo de actualización¹¹⁴, muestra el mismo propósito de dejarle al deudor con qué subsistir y, ojalá, cómo recuperarse, en principio sin reparar en quién es el acreedor ni de qué clase de deuda se trata o cuál fue su origen (cfr. art. 684 c. de p. c. [art. 1.º, num. 342, Dcto. 2282 de 1989]).

De más está señalar que la extinción de la garantía, real o personal, por cualquier causa que sea, no afecta a la obligación a la que ella accede¹²².

El fiador no es deudor y, por tanto, responde sin tener un débito propio¹²³. En la fianza, la

¹²³ En el derecho moderno es nítida la diferencia entre deudor y garante; no lo era así antaño, y el código civil recoge esa

respectiva relación, lleve ese nombre u otro, es de garantía personal, con un tope máximo señalado por el monto y los términos de la “obligación principal”: el fiador no puede obligarse a más ni en términos más gravosos que el deudor: cuantía, tiempo, lugar, condición, modo, pena (arts. 2369 y 2370 [1] c. c.), garantía que habrá de reducirse a dicho límite en cuanto exceda de él (art. 2370 [3] c. c.). Su valor y demás caracteres serán los expresados en el título, pero se entiende, si nada aparece en contrario (*naturalia negotia*), que comprende el crédito con todos sus accesorios. El fiador, de suyo, al otorgar la fianza se entiende responsabilizarse por “toda la extensión de la obligación principal”, pero bien puede restringir su responsabilidad en la cuantía, el tiempo, el modo, la condición¹²⁴. Cómo fijar el alcance de su garantía, “es una cuestión de hecho que el juez decide de conformidad con los términos del acto y la intención de las partes”¹²⁵. Igualmente puede “obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca” (art. 2370 [2] c. c.), caso en el cual, como acontece con el deudor que grava bien de su propiedad en garantía de su propio cumplimiento, responderá personal e ilimitadamente, sin perjuicio de la acción ejecutiva para la efectividad de la garantía real adicional (arts. 2422, 2439 [2], 2447 y 2454 c. c.; 28 Ley 95 de 1890 [2449 c. c.]).

De plano, puede oponer al acreedor las denominadas excepciones reales, así como las personales suyas, pero no las personales del deudor (art. 2380 c. c.); cuenta con el beneficio de excusión¹²⁶, que le permite exigir al acreedor que primero intente el cobro al deudor, esto es, “que antes de proceder contra él persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por este para la seguridad de la misma deuda” (art. 2383 c. c.), e inclusive, en cuanto la deuda sea exigible, puede pedirle “que proceda contra el deudor” y, si durante el retardo del acreedor sobreviene la insolvencia del deudor, “no será responsable el fiador” (art. 2382 c. c.). Lo que no le es dado es un litisconsorcio necesario con el deudor¹²⁷, aun cuando sí podría llamarlo en garantía (art. 57 c. de p. c.).

20. la responsabilidad en las garantías reales

La garantía real debe constituirse por quien tenga capacidad y poder de disposición sobre el bien respectivo, ora como titular del derecho, ora como representante o como mandatario suyo (arts. 2439 [1] y 2412 c. c.; 833 y 836 c. co.), y presupone necesariamente una “obligación principal a que accede” (art. 2410 c. c.), que puede ser actual o futura, determinada o indeterminada (arts. 2455 c. c. y 1219 c. co.): las llamadas hipoteca o prenda “abiertas”¹²⁸, y puede asegurar una deuda propia del titular del derecho gravado o una deuda ajena a él (arts. 2413 y 2454 c. c.).

La garantía real lleva consigo los derechos de persecución y de preferencia. De persecución, en cuanto que el acreedor prendario o hipotecario puede perseguir la cosa en

heterogarantía autónoma, volcada sobre el *idem promissum*, e independiente de una asunción válida de la *obligatio verborum*, sino una heterogarantía de carácter verdaderamente accesorio, ligada a un débito propuesto y existente y a una correspondiente expectativa de pago del deudor principal. Véase, en este sentido, el voto del magistrado J. G. Rodríguez Cordero, en el caso de la hipoteca de garantía, *La Nación*, 19 de mayo de 1956, p. 1.

¹²⁴ Cfr. SNG de 16 de octubre de 1930, XXXVIII, p. 410; 22 de noviembre de 1941, LIII, p. 442 y 443.

¹²⁵ Cas. de 9 de junio de 1926, XXXII, 340.

¹²⁶ *3DUD* *JR* *DU* *GHO* *EHQHILFLR* *GH* *H* *FXVLYQ* *HV* *QHFHVDULR* *TXH* *QR* *VH* *EDD* *mayo de 1938* *VROLGDULD* *PHQW* *XLVI*, 415. Cfr. cas. de 24 de septiembre de 1917, XXVI, 178.

¹²⁷ Cfr. cas. de 17 de octubre de 1945, LIX, 724.

¹²⁸ Cfr. cas. de 4 de abril de 1914, XXIII, 399.

manos de quien se encuentre¹²⁹, sea para recobrar su tenencia en la prenda ordinaria (art. 2418 c. c.) u obtenerla (art. 1204 *in fine* c. co.), sea para la efectividad de la caución (arts. 2452 c. c.; 1202 y 1204 c. co. y 554 [3] c. de p. c.); y de preferencia, como quiera que el acreedor respectivo en cierta medida está llamado a ser satisfecho con antelación a los restantes: la hipoteca “es causa de preferencia” y “la tercera clase de créditos comprende los hipotecarios” (arts. 2493 y 2499 c. c.), en tanto que “el del acreedor prendario sobre la prenda pertenece a la segunda clase de créditos” (art. 2497 c. c.), desde la celebración del contrato (contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa: arts. 2409 y 2410 c. c.) o, en la prenda mercantil, con o sin tenencia del bien, en su orden, a partir de la entrega de este (art. 1204 c. co.) o de la inscripción del contrato en el registro mercantil (art. 1208 c. co.), sin que ni uno ni otro tengan que esperar a los resultados de la ejecución universal, pues pueden proceder inmediatamente, consignando “lo que sea prudente para el pago de los créditos de la primera clase, en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituya a la masa lo que sobrare de sus propias acciones” (art. 2501 c. c.).

Tanto la garantía hipotecaria como la prendaria sin tenencia pueden ser plurales sobre un mismo bien, por la concurrencia de sucesivos gravámenes, caso en el cual es indispensable la citación de todos los acreedores restantes al proceso que inicie cualquiera de los titulares de garantía real (arts. 556 y 539 c. de p. c.) y, dada la prelación cronológica entre los varios títulos, por el orden de inscripción en el registro correspondiente, habrá de abrirse concurso particular con ese fin (arts. 2499 c. c. y 1211 c. co.).

Hipoteca y prenda son garantías limitadas al bien o bienes sobre los que recaen¹³⁰, operan respecto de una o varias deudas propias del constituyente o ajenas a él, y no impiden la enajenación de aquellos (arts. 2440 c. c. y 1208 c. co.). El gravamen es ambulatorio (en la prenda comercial, oponible a terceros desde la entrega de la cosa o de la inscripción del contrato en el registro público, según sea con tenencia del acreedor o sin ella: arts. 1204 y 1208 c. co.): va con el bien y pasa a los sucesivos adquirentes¹³¹, con la sola excepción del adjudicatario del bien en pública subasta judicial (art. 2452 c. c.). En fin, no se extingue por la adquisición del dominio de la cosa gravada por parte de un usucapiente, sino que mantiene su vigor, pese a dicha sustitución, y en caso de siniestro el monto de la indemnización ocupa el lugar de la cosa (art. 1096 [2] c. co.)¹³².

21. la efectividad de la garantía real

La efectividad de la garantía real implica el ejercicio de la acción ejecutiva con título hipotecario o prendario (cap. VII, tít. XXVI, c. de p. c.), que se dirige contra el propietario

¹²⁹ Cfr. cas. de 15 de diciembre de 1936, XLIV, 541 y 542.

¹³⁰ ³⁶LHVWDODREOLJDFLYQ@VHQHFXHQWUDFDXFLRQDGDFRQKLSRWHFDRSUHQGDODODUHVSRQVDEL responsabilidad *propter rem* del actual poseedor de la cosa, que bien puede cancelar la deuda, abandonar el bien, o soportar VXH[SURSLDFLYQHQRUPDGHUHPDWHFRQGHUHFKRDOVDQGRGHOSUHFLRQZKQYHVDQGDGD febrero de 1968, CXXIV, 32³¹XHVWURGHUHFKRQRFRQRFHQLQJXQDUHVSQVDELQDGDVLQGPELWR/D OOHDOGHOSURSLHWDULRGHODFRVDHQODKLSRWHFDHOJUDYDPHQILGXFLDULRQHODSUHQGDQR el derecho real de garantíaHVXQGHUHFKRGHODFUHHGRURFRQWtWXORUHDOODVDWLVIDFHUVHFRQVXSU BLOMEYER. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 19.

¹³¹ ³&@XDQGRVHWUDQVPLWHHOGRLPLRLGHXQLQPXHEOHDFXDOTXLHUWtWXORHFRQXQJUDYDPHQ registrado o inscrito su título constitutivo con anterioridad a aquel acto, sujeta o no la enajenación a limitaciones [...] la mutación posterior del bien afectado no perjudica el derecho del acreedor hipotecario ni el de los terceros poseedores DGTXLUHQWHVFRPRVHFHXHODGHODYHQWRDGMXGLFTBQGHODSIFRMBKLSRWHFDGD'FDVGH

¹³² Cfr. cas. de 1.º de septiembre de 1995, CCXXXVII, 2.º semestre, vol. 1, 677.

(“poseedor”) actual de la cosa gravada (arts. 1583 [1] y 2542 c. c. y 554 [3] c. de p. c.)¹³³. Caso de ser este a la vez deudor, el acreedor puede demandarlo en calidad de tal, en acción personal, o como propietario de la cosa, en acción real, esto es, puede perseguir su satisfacción sobre otros bienes del deudor en calidad de acreedor quirografario, o sobre el bien gravado, como acreedor preferencial o privilegiado¹³⁴; además, por expresa disposición de ley (art. 28 Ley 95 de 1890, subrogatorio del 2449 c. c.), puede ejercitar ambas acciones conjuntamente, y en tal caso el trámite que se le ha de dar a su demanda es el del proceso ejecutivo general (caps. I a VI, tít. XXVII, c. de p. c.). Cuando la obligación caucionada realmente no es de pagar una suma de dinero, sino de dar o entregar otros bienes, ejecutar una obra o un hecho, o de abstenerse de realizarlo, el acreedor hipotecario o prendario habrá de convertirla en dinero para la efectividad de la garantía (arts. 560 y 495 c. de p. c.)¹³⁵.

22. unidad patrimonial y limitación de la responsabilidad

¹³³ Cfr. cas. de 19 de mayo de 1937, XLV, 118; 13 de agosto de 1946, LXII, 59.

¹³⁵ Cfr. LÓPEZ BLANCO. Instituciones de derecho procesal civil colombiano, II Parte especial, cit., p. 515 y s.

137 Sobre la facultad del deudor de adelantar la acción personal contra el deudor y la real contra el propietario de la cosa gravada, cfr. cas. de 14 de marzo de 1990, CC, 103 a 120.

responsabilidad, sea para mermarla, atenuarla o sujetarla a otro término, condición o modo; nunca para obligarse a más, pero sí para “obligarse de un modo más eficaz”. De donde se sigue, por una parte, que la garantía personal puede limitarse en cuantía y circunstancias, pero que el fiador expone íntegro su patrimonio a la acción inmediata o mediata del acreedor; y por otra, que es ineludible e importante distinguir entre la fianza hipotecaria (arts. 2370 [2] y 2454 [3 y 4] c. c.) y la constitución de garantía real para seguridad de la deuda de un tercero (arts. 2413, 2439 [2] y 2454 [1 y 2] c. c.): el mero garante prendario o hipotecario de obligación ajena “no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado” y “no habrá acción personal contra él si no se ha sometido expresamente a ella, o sea que su responsabilidad está limitada de suyo al bien; en tanto que el fiador asume una responsabilidad personal con todos sus bienes, en los términos del contrato y, en últimas, por el total de la obligación, y si a ese compromiso agrega la hipoteca robustece la esperanza del acreedor, sin excluir la exposición sus bienes restantes. Por lo mismo, si enajena el bien gravado, el acreedor podrá demandar al actual propietario en acción real y al fiador en acción personal.

La observación a propósito de la posibilidad de enderezar las dos acciones: la real y la personal, conjuntamente y por el trámite del proceso ejecutivo general, vale no solamente en el evento de que su destinatario sea una misma persona: dueño-poseedor o dueño-fiador, sino también para el caso de que sean diferentes y de que el dueño, calificado como demandado ineludible en la acción ejecutiva con título hipotecario o prendario, sea alguien distinto del deudor o del fiador, calificados a su vez como destinatarios propios de la acción ejecutiva personal. Así lo imponen razones de efectividad de las garantías, de protección de los garantes y de economía procesal.

23. beneficio de inventario

En torno de la responsabilidad personal del deudor, no puede pasarse por alto el fenómeno que se presenta con la separación de los patrimonios del *de cuius* y del heredero y la limitación de la responsabilidad de este al aceptar la herencia con beneficio de inventario (art. 1304 c. c.). El principio general es el de que las deudas del difunto pasan a sus herederos íntegramente y a cada cual en proporción a su cuota (arts. 1155 y 1411 c. c.); sin embargo, el heredero que aceptó o hubo de aceptar con ese beneficio (arts. 1397 a 1309 c. c.) “no es responsable de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta el valor de lo que ha heredado” (art. 1304 c. c.)¹³⁹. El remanente insoluto no es de su cargo, y de ahí que pueda exonerarse del todo, en cualquier momento, “abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en especie y el saldo que reste de los otros” (art. 1318 c. c.; *infra* n.º 382).

24. beneficio de separación

“Los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero”, de modo de tener “derecho a

¹³⁹ 3/D UHVSQVDELOLDGHEHUA/RQDQ donde la ley la acepta se limita en lo que respecta a determinadas masas patrimoniales autónomas (patrimonios especiales): p. ej., en la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia: FLHUWDPHQWH HO KHUHGUR ODV GHEH VLQ OPLWH SHUR VX UHVSQVDEBQMDGR IUHQWH D OD V *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 19.

¹⁴¹ Sobre este tema de las cláusulas exoneradoras o limitadoras de la responsabilidad, se remite a lo que habrá de exponerse a SURSyVLWR□GHO□FRQWHQLGR□GHO□QHURFLR□MXU□GLFR□□HQ□HVSHFDO□□H□GHOMQRULER.

143 Cfr. L. CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno*, t. 10, n.º 25; A. PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª parte, cit., n.º 266; A. VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, t. III, *Obligaciones*, cit., 36, VII y 37; G. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen legal de las obligaciones*, cit., n.º 309. El art. 2034 *codice civile* □□ V H □ U H I L H U H □ J H Q p U L F D P H Q W H □ D □ ° O R □ espontáneamente pagado en ejecución de *deberes morales o sociales* □□³ I D G D □ P S L G H □ F R Q F H E L U □ S D U D □ O D V □ R E O L J D F L R Q H V □ Q D V una distinción entre supuestos de hecho típicos y supuestos atípicos, con tal que estos últimos consistan en deberes correspondientes a la moral social que cuenta con la tutela de la irrepetibilidad de cuanto haya sido ejecutado en su V D W L V I D F H E M Q I N G I E R I . / H □ Y L F H O G H □ G H O O I R E E O L J D I L E O H □ S D W K U D O H

confusiones abundantes entre los “deberes morales” y las obligaciones en sentido técnico¹⁴⁴, so pretexto del empeño de hacer coincidir la moral con el derecho y de privilegiar a la primera¹⁴⁵, el hecho es que el código expresa la razón de la diferencia entre las obligaciones propiamente dichas y las llamadas “obligaciones naturales”: la obligación es coercible¹⁴⁶, se puede alegar por vía de acción y de excepción, en tanto que esos otros deberes simplemente autorizan la retención de lo dado por quien quiso satisfacerlos (art. 2314 c. c.)¹⁴⁷. Lo cual coincide con la corriente general, más atenta a establecer cuándo hay una obligación natural que a especificar qué cosa es ella¹⁴⁸. Obligación natural que, por lo

¹⁴⁴ ³ *Naturalis obligatio [...] quod vinculum aequitatis, quae solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur.*... PAPINIANO. D. 46, 3, 95, 4.../DV...REOLJDFLRQH...QDWXUDOHV...VRQ...REOLJDFLRQH...GHVSURYLVDV...GH...DFFLyQ...HVWR...HV... pero con ello no estamos dando una definición o una construcción de las obligaciones naturales, simplemente hemos señalado cuál es su eficacia negativa [...] Una cuestión preliminar, puramente teórica, es la de establecer si la palabra *μ*REOLJDFLRQH...*μ*ODV...SDODEUDV...*μ*GHXGRU...*μ*DFUHHGRU...VRQ...XVDGDV...OHJW...*μ*GLVSHQVDGD... reconoce que no está provista de defensa judicial. La respuesta es simple: si esas palabras se entienden en sentido general, no se refieren puramente a la norma jurídica, sino también a la moral y a otras normas de la vida social que dan sanción a relaciones no disciplinadas por el derecho o que refuerzan la propia sanción jurídica [...] Pero debemos ponernos en guardia contra el significado jurídico que se suele atribuir a estas palabras en nuestro tema. Una obligación no provista de acción no puede ser obligación jurídica; no hay ni derecho ni obligación jurídicos, porque un derecho y una obligación que no se pueden ventilar en los tribunales, que no se pueden expresar en ninguna de las fórmulas de coacción, así sea en forma indirecta o embrionDULD...QR...VRQ...GHUHFKR...*μ*REOLJDFLRQH...*μ*GLVSHQVDGD... *diritto romano*, IV, cit., p. 201.../D... definición de obligación pone de presente uno de los aspectos de la obligación: la protección jurídica otorgada al acreedor, que, por lo demás, puede ser más o menos amplia, según que se trate de obligación civil o de obligación natural. La amplitud de esta protección, determinada por la ley o el uso, distingue la obligación jurídica del simple deber moral, como el deber de caridad, o del uso, de la obligación mundana, de los simples deberes de honor y delicadeza que no comportan la sanción MXU...GLFDD...*MEGUE. Traité des obligations en général*, t. I, Paris, 1923, n.º 3.

¹⁴⁵ ³/D...IRUWXQD...VLQJXODU...GH...OD...FDWHJRU...GH...ODV...REOLJDFLRQH...*μ*GLVSHQVDGD... de que las obligaciones naturales constituyen un punto de encuentro del derecho con la moral. Ello explica también una tendencia persistente a la reconstrucción de la figura en términos metajurídicos. Por lo demás, al iusnaturalismo se debe el primer intento serio de sistematización de la materia, que la jurisprudencia romana limitó a las relaciones patrimoniales de los *filiifamilias* y de los esclavos, y a unas pocas hipótesis productoras a veces de efectos secundarios adicionales al efecto típico de la *solutio retentio*, expresa y constantemente admitido en las fuentes. Es cierto que en la época justinianeas el cuadro de las obligaciones naturales se presenta notablemente más amplio y enriquecido con efectos ulteriores, pero también lo es que la materia continúa siendo tratada de modo fragmenta-rio: casos singulares de irrepetibilidad. Los iusnaturalistas, en cambio, le atribuyeron una gran importancia a esa categoría de obligaciones en el sistema del derecho natural, y así terminaron cayendo en el exceso opuesto, al introducir distinciones innumerables y complicadas que no tenían ningún apoyo en las fuentes romanas y que han demostrado ser la razón de gran parte de las dificultades interpretativas con que tropieza la doctrina PRGHUQIM...OSCATI. *Obbligazioni naturali*, cit., p. 353.../O...MXH...SRU...PHGLR...GH...OD...SURSLD...FRQFLHQFLD... consigo el eco del ambiente en que vive. Y es esta, también una válvula a través de la cual penetra el oxígeno en el código, adaptándolo a la YLGD.../D...D...*TEORIA GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI*, II, p. 406.../D...YLGD...GH...RUJDQLVPR...GH... GHUHFKR...YLJHQWH...WLHQH...FRPR...FRQGLFLyQ...XQD...FLHUWD...SRVLELOLGDG...GH...UHQRyDUV...OR...TXH...VH...IDF... UHVSUDWD.../D... sea de conceptos capaces de asumir en la unidad de su propia significación, un contenido HPS...ULFDPHQWH...YDULDEOH.../DOHV...FRQFHSWRV.../DOHV.../DOHV.../DOHV... precisamente para mantener el necesario equilibrio...GLQPLFR...HQWUH...HO...VLVWHPD...MXU...GLFR...ORV...HO...PHQWRV...TXH...OR... VECCHIO. *Los principios generales del derecho*, trad. esp. de OSORIO M., 2.ª ed., Barcelona, 1948, p. 128.

¹⁴⁶ MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 14, habOD...GH...³FUpGLWRV...LQFRPSOHWRV...FXDQGR...QR...FRPSHW...DFUHHGRU...WRGDV...ODV...IDFXOWDGHV...LQKHUHQWHV...D...VX...FRQGLFLyQ...HQWUH...ORV...FXDOHV...UHVDOWD...OD...

¹⁴⁷ ³IR...GHEH...LOXVLRQDUQRV...HO...KHFKR...GH...TXH...HO...SDJR...VHD...YIOLGR...sea...OD...OD...GHFLU...TXH...OD... obligación, sino simplemente que se la considera como una justificación del pago o de exclusión de la *conditio indebiti*, que HV...OR...PLV...ANTE. *Corso di diritto romano*, IV, cit., p. 202.../6H...GLFH...TXH...REOLJDFLRQH...*μ*GLVSHQVDGD... relaciones sociales que, si bien tienen íntegra la estructura formal de una obligación y se fundan en una causa suficiente por sí misma para generarla, sin embargo no se hallan provistas por el ordenamiento jurídico de un medio judicial o extrajudicial, que constriña al deudor al cumplimiento. No por ello estas relaciones se encuentran al margen del sistema jurídico: el derecho les ofrece una tutela parcial, sobre todo considerando su cumplimiento eventual como un pago y rechazando por ello la *conditio indebiti* GH...GHX...ANGELO-RUIZ. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 409.../V...³HEH...DGPLWLUVH...TXH...GLFKR... pago constituye cumplimiento, si no se quiere ir tan lejos como para considerar que es una atribución patrimonial gratuita, y constituye, pues, una donación; y debe reconocerse que existe una obligación, aun cuando el acreedor no pueda forzar la prestación, ni tampoco exigirla. No veo dificultad conceptual en admitir una obligación sin derecho correspondiente en el destinatario del cumplimiHQWR.../V...W...*Teoría general del derecho civil alemán*, trad. esp. de T. RAVÁ, Buenos Aires, 1946, I, 1, p. 122 y s.

¹⁴⁸ PERLINGIERI.../H...YLHQGH...GH...GHOO...REEOLJD...LRQH...QDWXUDOH...FLW...S...

¹⁶² POTHIER KDEOy□GH□³REOLJDFLRQHV□LPSILJLHFWJeditions, cit., n.º 197); DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*,

La tendencia a una generalización y, por ende, a una extensión de las obligaciones naturales, so pretexto de introducir más honda y efectivamente la moral en el derecho, ha mostrado la necesidad de alguna precisión en los conceptos, especialmente para evitar que con el nombre de cumplimiento de una obligación natural se cubran donaciones irregulares y, de ese modo, incontrolables, e incluso prestaciones ilícitas¹⁶⁵. En rigor, tratando de abstraer los puntos de coincidencia de las distintas posturas al respecto, puede concluirse diciendo que la obligación natural es o, mejor, corresponde a un deber moral, del que hay lugar a ocuparse solamente en términos retrospectivos: por la necesidad o la conveniencia de justificar una atribución patrimonial que no se apoya en una *solvendi causa* ordinaria, pero que tampoco se muestra basada en una *credendi causa* y, menos todavía, en una *donandi causa*.

La presencia de esas consideraciones ético-políticas más o menos estables, acogidas por la “conciencia colectiva”¹⁶⁶, en el caso concreto viene a ser una *causa solvendi*¹⁶⁷ o *causa*

Traité théorique et pratique de droit civil, t. 12, Les obligations, L. BARDE, 3.^a ed., Paris, 1907, n.º 1659; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., n.º 1659, comentan y analizan la clasificación de ODV REOLJDFLRQH V QDWXUDOHV HQ GRV FDWHJRU D V ODV TXH VRQ FLYLOHV GHJHQHUDGDV HV GHFLA a obligaciones ciYLOHV ODV TXH GHVGH VX QDFLPLHQWR V LHQH HQ HO FDUFWHU DE REOLJDFLRQH V SXUDR RPERT Y ESMEIN. *Tratado práctico de derecho civil*, cit., n.º 979 OD REOLJDFLYQ QDWXUDO HV XQ UHVLGXR G REOLJDFLYQ FLYLO FQD REOHUHUDGD R DEPRWDGR TXD VXSOH D XQD REOLJDFLYQ FLYLO TXH QR SX (n.º 980). De MOSCATI. *Obbligazioni naturali*, cit., p. 367 V HV HO JLUR GHJUDGDFLYQ GH XQD REOLJDFLYQ FLYLO S para agrupar unas obligaciones naWXUDOHV UHVXOWDQWHV GH OD SpUGLGD GH OD SUHWHQVLYQ GLVWLQJXLUOD UHFRFLPLHQWR GH XQD UHOHYDQFLD OLPLWDGD D GHEHUHV WSLFDPHQWH QR MXUGLFRV UHV REOLJDFLRQH ODWXUDOHV

165 No se trata simplemente de sortear la dificultad relativa a la comunidad de efecto: la *soluti retentio*, tanto en el caso de las OODPDGDV REOLJDFLRQHVV QDWXUDOHV FRPR HQ HO GH OR SDJDGR SRU KS REYHONDE R FDXVD L OFLWD se aplica el brocardico *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*+, y en el de las deudas de juego o apuesta, más difícil de explicar. Cfr. PLANIOL, RIPERT y ESMEIN. *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., n.º 989; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., n.º 1666, todos ellos a partir de POTHIER. *Traité du jeu*, n.º 55. Cfr. LAURENT. *Principes de droit civil*, 4.ª ed., Bruxelles-Paris, 1887, t. 17, n.º 42; ABUBRY RAU. *Cours de droit civil français*, 5.ª ed. (G. Rau et Ch. Falcimaigne, Gault), Paris, 1887, p. 14.

166 La contraposición entre el fuero interno y el fuero externo, que luego se proyecta entre lo que se consi-GHUD□³VXEMHWLYD□³R□³LQGLYLGXDOPHQWH□³GHEHU□³GH□³FRQFLHQFEEHQWHORVHXIXEMHWLYMD□³FRPR□³GHEHU□³VRFLDO□³□³DXQ□³FXDQ□³ sencilla de practicar, señala sí la inquietud doble advertida: cuándo una prestación se sustenta en el cumplimiento de un deber considerado comúnmente como con respaldo suficiente, y cuáles son las pautas para llegar a tomar unos sentimientos o consideraciones ético-SROtWLFDV□³FRPR□³VXILFLHOWHV□³GAEULRUHQWHOD□³HLJHOFLD□³GH□³TXH□³HO□³GHEHU□³PI

solutionis válida¹⁶⁸, esto es, a servir de respaldo al reconocimiento de la legitimidad de la asignación patrimonial: justificación del resultado de la conducta del *solvens*, si que también del *accipiens* que retiene¹⁶⁹. Esa su relevancia jurídica, remitida a la de los hechos fuente de la “obligación natural”¹⁷⁰.

De ahí por qué, también, se haya señalado que, cual ocurre con las obligaciones civiles u obligaciones a secas, la relación tiene que presentarse entre personas determinadas, ser de contenido patrimonial¹⁷¹, determinable en su magnitud y de “aquellas que comúnmente, y según las apreciaciones de la conciencia general, son de naturaleza tal que implican un costo pecuniario”¹⁷², como quiera que en las hipótesis de obligación natural el deudor resulta, sin más, liberado sin haber satisfecho al acreedor, por así decirlo, gratuitamente¹⁷³.

32. requisitos de la “soluti retentio”

En fin de cuentas, valga repetirlo, el problema se plantea únicamente en razón del pago o de una conducta sucedánea del pago, a partir de la dación en pago¹⁷⁴ o, dicho en forma más escueta, de una atribución patrimonial directa o indirecta y sin fundamento o “causa” específica, y del ánimo de otorgarle respaldo en la satisfacción de un “deber social, moral, de conciencia, de honor, de gratitud o de familia”, que con arreglo a los patrones de juicio imperantes se considera aceptable o merecedor de tutela¹⁷⁵, pues, como bien lo previene el art. 1235 [1] *code civil français*, “[t]odo pago presupone una deuda”, por lo cual, “lo que se

social represente una viva exigencia de la conciencia colectiva, para constituir una obligación jurídica, el criterio parece demasiado vago y elástico y, por lo tanto, incierto. Más seguro sería, por el contrario, el criterio de la coercibilidad virtual, según el cual, para decidir habría que saber si el deber moral o social de que se trata, en sí y por sí mismo, por su naturaleza intrínseca y por el modo como es considerado por la conciencia colectiva, podría constituir una obligación jurídica completa o perfecta, si el derecho, por una razón particular no le hubiera negado la acción. Véase *obbligazioni*, cit., p. 76 y s.

¹⁶⁷ ³⁸QD *causa solvendi* GLVWLQWD GH OD PHUDEMOLEMBE OLEMBE Code Napoléon, t. 27, n.º 33; DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t. II, n.º 770 V V V V ³⁸QD FDXVD MXVVD GH OD PHUDEMOLEMBE OLEMBE *obbligazioni*, cit., p. 379 V V V ³⁸DUD QRVWRURV OD relevancia que la obligación natural adquiere en la esfera del derecho debe ser buscada en el terreno de la causa de la atribución patrimonial. La *soluti retentio* constituye el síntoma de que la ley considera la existencia de la obligación natural como una *causa suficiente y lícita de la atribución patrimonial que se ha realizado* GIORGIANNI. *La obligación*, cit., p. 116.

¹⁶⁸ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 11 D H [SRVLFLyQ VREUH OD FDXVD GH OD SDJR FRQGXFH DO W obligaciones naturales [...] Estos deberes son reconocidos como justa causa de pago; de ahí que si el deudor cumple HVSQRWQHDPHQWH QR SXHGIRIMASHWELUZZIONE *diritto privato*, 9.ª ed., Milano, 1991, n.º 287, p. 399.

¹⁶⁹ ³D SUHVWDFLyQ GH OD GHEHU PRUDO R VRFDO VyOR SXHGH RFXUULU FRQ OD YROXQWDG GH OD DFUHH cumplimHQWR DVt VHD SRUTXH QR TXLHUH LPSXWDUOR D OD REOLJDFLyQ QDWXUDO HO GHXGRU SRGUH OLEHUDGR D GHVSHFKR GH QR SRGHU UHDOLDU HO HIFWR OLEHEDERLE R VDWZEXWLYR GH OD FX GHOO REEOLJD LQGH QDp. 375.

¹⁷⁰ PERLINGIERI. *H YLFHQGH GHOO REEOLJD LQGH QDWXUDO*

¹⁷¹ Así, GANGI. *Le obbligazioni*, cit., n.º 4 y 5.

¹⁷² Cfr. DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. 27, cit., n.º 42; MARCADÉ. *Explication théorique et pratique du code civil*, 8.ª ed., Paris, 1884, n.º 671; G. GORLA. *Il contratto*, Milano, 1955 [*El contrato*, trad. esp. de FERRÁNDIZ VILELLA, Barcelona, 1959], p. 150 y s.

¹⁷³ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 11.

¹⁷⁴ A propósito de la dación en pago, es elemental plantear el tema del saneamiento por evicción y la indemnización de perjuicios, que a mi juicio habrían de excluirse de plano, por cuanto no se trata de satisfacción de una verdadera obligación; sería una nueva obligación natural. Así, PERLINGIERI. *H YLFHQGH GHOO REEOLJD LQGH QDWXUDO* LPSRUWD HV que el deber moral o social, de que consta la obligación natural, escapa a veces a las reglas formales vigentes en materia de extinción o de actuación de la obligación civil. La medida del juicio será más la moral social que el rigor de la disciplina MXUtgLFD

¹⁷⁵ 3RUOR PLVPR TXH OD REOLJDFLyQ QDWXUDO HV VRODPHQWH VVVFHSWLEOH GH HMHFxFLyQ YROXQWDUL objeto de una ejecución forzada por LQLFLDWLYD GH OD REOLJD LQGH QDWXUDO *code civil*, *Obligations*, 1.ª, cit., n.º 40, p. 37.

haya pagado sin deberse, está sujeto a repetición”. En nuestro derecho, como ocurre en la generalidad de los ordenamientos, para su irrepetibilidad es menester que el pago haya sido hecho a sabiendas (*cognita causa*); no basta, pues, que tenga el respaldo de una “obligación” natural. Así el inciso final del art. 1527 c. c. dispone: “es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes”. A lo cual se agrega como requisito éticamente relevante el de la *proporcionalidad*: “la prestación debe ser adecuadamente proporcional a los medios de los que el pagador dispone y al interés que pretende satisfacer. Requisito que se considera implícito en la propia idea de obligación natural”¹⁷⁶.

33. pago de la obligación natural por un tercero y su extinción por otros modos

En fin, es del todo admisible la figura del pago de obligación natural por un tercero, como también la extinción de ella y la consiguiente liberación del deudor por los más de los modos legalmente prevenidos a propósito de la obligación: imposibilidad sobrevenida, remisión, confusión, compensación voluntaria, novación, o sea que “la obligación natural es susceptible de experimentar todas aquellas vicisitudes que son compatibles con la relevancia jurídica limitada que se le reconoce”¹⁷⁷.

Ahora bien, siendo así que la irrepetibilidad de lo pagado en virtud de una obligación natural “es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes” (art. 1527 c. c.)¹⁷⁸, la doctrina ha debatido acerca de la admisibilidad del cumplimiento por parte de un tercero. En verdad no se ve obstáculo para que un tercero satisfaga una ‘obligación natural’, con el asentimiento del ‘deudor’, sin que este lo sepa o aun a contrariedad suya, y sin que importe para nada ninguna de esas circunstancias, por lo mismo que no puede imaginarse una subrogación y menos una acción de enriquecimiento, dada la ausencia de interés del deudor en la gestión del tercero y, más aún, de beneficio para él¹⁷⁹ (arts. 1668 [5], 1631, 1632, 2309 c. c.; infra n.º 462 ss., p. 571 y ss.) sin causa en crédito que no existe¹⁸⁰. El tercero paga y extingue aquella ‘relación’, lo cual no deja secuela alguna. Otra cosa será la calificación eventual de dicho acto como de liberalidad, y por supuesto, la identificación de la conducta del pagador como ejecución de

¹⁷⁶ Así BIANCA. *REEOLJD/LRQH* n.º 402, p. 787 y s., nota 44, con cita de OPPO.

¹⁷⁷ PERLINGIERI. */H/ YLFHQGH/ GHOO/ REEOLJD/LRQH/ QDWXUDOH* 76 y ss.

¹⁷⁸ El art. 1235 *code civil fr.* SUHYp TXH QR VH DGPLWH OD UHSHWFLyQ UHVSHFWR GH ODV REOLJDFLRQH HV voluntariamente VDWLVIHFKDV HQ SDJWRV la TXH dispone: art. 2034 *Obligaciones naturales*. No se admite la repetición de lo que ha sido espontáneamente SDJDGR HQ HMHFXYLyQ GH GHEHUHV PRUDOPR PVRFL DOHV «' \ DUW la deuda prescrita’ IR VH DGPLWH OD UHSHWFLyQ espontáneamente pagada en cumplimiento de una deuda SUHVFULWD’ DVWV cumplimiento, referido al deudor, sea espontáneo, esto es, que no se haya dado por efecto de YLROHQFLD R GROR 8Q VLPSOH HUURU VREUH OD QDWXUDOH D GH OD GHXGD QR PLQD OD HVSQRWDQH en caso de padecer dicho error, HO WHUFHUR SRGU D LPSXZADARHOOSDR, p. 67. Por lado, el § 222 [2] BGB SUHYHQD OD LUUHSWLELOLGDG GH OR VDWLVIHFKR SRU REOLJDFLyQ SUHVFULWD D DXQ LJQRUDQGR OD 214 HQ OD YHUVLyQ GH OD DFLyQ GH PROHEHUHFKR GH REOLJDFLRQH V ZACCARIA DGHPSPHQWR GLXQ GHELWR SUHVFULWR GD SDUWH GLXQ WHUR FLW S S O FXPSOLPLHQWR GH WHUFHUR GHEH DGPLWLUVH GDGR TXH DO UHFQRFP UVHOH OD LUUHSWLELOLGDG de las obligaciones naturales; teniendo presentes tales límites, no tendría sentido hablar de subrogación en favor del tercero, VDOYDV ODV UHODFLRQH V SUHH LVWHQWHV HQWOP. WHUFHUR GHEH QDWXUDOH disciplina GH FXPSOLPLHQWR GH WHUFHUR IR VH SXHGH H FOXLU OD DSOLFDFLyQ GH OD GLVLSOLQD REOLJDFLyQ QDWXUDOH > @ (Q OD REOLJDFLyQ QDWXUDOH QR HVW i DXVHQWH OD IDFXWDG MXUtGLFDPHQ prestación > @ 6LQ TXH FRQWUDVWH FRQ OD PRUDO VRFLDO FOLILFDU GH OHUWLPR HO UHFKDJR GH cumplimiento del tercero, cuando tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación o cuando el deudor ha manifestado su disentiHQWR FRQ HO SDJR GH WHUFHUR > @ (V RSRUWXQR DJUHJU TXH HO FXPSOLPLHQW cumplimiento de un deber moral o social, así sea ajeno, debe siempre llenar los requisitos de espontaneidad y capacidad exigidos para la categoría de obligación QDWXUDOH PERLINGIERI. */H/ YLFHQGH/ GHOO/ REEOLJD/LRQH/ QDWXUDOH*

encargo conferido por el deudor, caso en el cual aquel no sería tercero sino mandatario de este.

34. efectos de la obligación natural

Se menciona la irrepetibilidad del pago como efecto primario de las obligaciones naturales (arts. 2314 a 2315 c. c.) (*iuxta causa solvendi*)¹⁸¹, y se habla de efectos secundarios para referirse a la posibilidad de caucionamiento y otorgamiento de garantías, de estipular cláusula penal¹⁸², de novación¹⁸³, de compensación (?)¹⁸⁴, de transacción [?]¹⁸⁵, y de transmisión¹⁸⁶, así como de la posibilidad de que una obligación natural sea tenida como causa válida de una promesa de pago, acudiendo forzosamente a la idea de una novación¹⁸⁷.

35. hipótesis de obligaciones naturales. tipicidad

Los casos de obligaciones naturales han llegado a adquirir lo que pudiera denominarse una “tipicidad social”, en el sentido de que universalmente la doctrina los ha identificado con nombre y caracteres propios¹⁸⁸, diferenciando sus orígenes y aceptando la comunidad de

¹⁸¹ Cfr. GANGI. *Le obbligazioni*, cit., n.º 32; MARCADÉ. *Explication théorique et pratique du code civil*, cit., n.º 1678; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., n.ºs 1674 y 1678.

¹⁸² Como atrás se anotó, aparte del efecto primario de la retenibilidad del pago, a la obligación natural se le reconocieron efectos secundarios, comenzando por la posibilidad de caucionarla y novarla. A propósito de las garantías, que pueden ser: fianza en sus distintas acepciones y modalidades, prenda e hipoteca, el código civil consagra su validez al regular las obligaciones naturales (art. 1529) y la reitera a propósito de la fianza (art. 2364). El garante no por ello convierte en exigible la relación FX[R] FXPSOLPLHQWR QR HV GHPDQGDEOH SHUR HQ FXDQWR HO GHXGRU GHGJXH HO RWRUJDP reconociendo la deuda y convirtiéndola de esa manera en civil o, mejor, en exigible. Por lo demás, el fiador que paga tiene a su elección la acción de reembolso de lo pagado (art. 2395 c. c.) y la de subrogatario (art. 1668 [3] *ibidem*); otro tanto cabe anotar a propósito de la cláusula penal (art. 1529).

¹⁸³ TOULLIER. *Le droit civil français*, 5.ª ed., Paris, 1842, t. III, n.º 253, admite, sin más, la posibilidad de novación de la obligación natural, ponderando las similitudes funcionales de la novación con el pago, acá en su expresión de reconocimiento de la deuda. La discusión que se generó y se mantiene en los estatutos que no regulan expresamente la figura de la obligación natural en torno de los efectos de ella, no se presenta entre nosotros, toda vez que el art. 1698 c. c. señala como requisito de validez de la novación, la validez, tanto del contrato novatorio FRPR GH OD REOLJDFLyQ SULPLWLYD D OR PHQRV QDWXU

¹⁸⁴ La compensación legal está negada de plano, desde el momento mismo en que dentro de los requisitos suyos se encuentra el GH TXH ODV REOLJDFLRQHVR WRGDV TXH YDDQ DWXOPHREMHWDU GHGJXH HO RWRUJDP (la cual es conceptual de la obligación natural es su no exigibilidad). Con todo, nada se opone a la compensación voluntaria, de la misma manera que son inobjetables el pago y la novación. Cfr. GANGI. *Le obbligazioni*, cit., n.º 47. Una obligación natural, PHMRU TXH H[WLQXLUVH SXHGH KLEHUQDUVH HQ TXHU D, GHGJXH HO RWRUJDP, puede ser transmitida por la coincidencia de los sujetos activo y pasivo de la relación (*infra* n.º 624). Igualmente cabe la ocurrencia de una remisión de obligación natural.

¹⁸⁵ A propósito de la transacción, pese a la favorabilidad inicial de su aceptación, no parece que sea de recibo, porque en sí la obligación natural no tiene por qué dar lugar a un litigio, presupuesto ontológico de la transacción, y porque la sentencia desconocida que permite la transacción según el art. 2478 c. c., no puede confundirse con la sentencia absolutoria (antiguamente sentencia injusta) del numeral 4 del art. 1527 c. c. Cfr. GANGI. *Le obbligazioni*, cit., n.º 52.

¹⁸⁶ IDGD VH SXHGH REMHWDU D OD WUDQVPLVLYQ GHGJXH HO RWRUJDP, pero no puede ser transmitida por el deudor, porque un tercero la haya pagado; sólo que en este último caso, siendo indispensable para la subrogación, que el tercero haya pagado con el asentimiento del acreedor (art. 1668 c. c.) o en cuanto garante (arts. 1668 [5] y 1579 [1] c. c.), esa transmisión resulta de un adeudo civil, por hallarse precedida de un reconocimiento del deudor. Cfr. PERLINGIERI. *Le vicende GHGJXH REOLJDFLRQHVR DWXOPHREMHWDU*.

¹⁸⁷ +D VLGR PX GLVFXWLGD OD DSWLWXG GH OD REOLJDFLyQ QDWXUDO SDUD IXQGDU XQD SURPHVD FLYI SURPHVD GH SDJR VLQ TXH VH SDOSH DUJXPHQWR VyOLGR la subrogación en la obligación XQD FLYI. Cfr. PLANIOL, RIPERT y ESMEIN. *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., n.º 993; WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrecht*, cit., § 228 y nota 1; MALAURIE et AYNÈS. *Obligations*, cit., n.º 1132, p. 688.

¹⁸⁸ Son numerosas, y en su mayor parte coincidentes, las ejemplificaciones de las obligaciones naturales. Cfr. WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrecht*, cit., § 289; LAURENT. *Principes de droit civil*, cit., n.ºs 16 a 22; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., n.ºs 1660 a 1673. Una enumeración más reciente en GANGI. *Le obbligazioni*, cit., p. 66 y s.

La hipótesis 2.^a: “Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción”, merece una precisión clarificadora de su supuesto de hecho: como quiera que la prescripción no es declarable de oficio por el juez, sino que de siempre ha exigido su invocación o alegación por el deudor (arts. 2513 c. c. y 306 [1] c. de p. c.), no puede decirse que opere *ex lege* y, sobre todo, no puede afirmarse que la obligación se haya extinguido por prescripción sino una vez ejecutoriada la providencia que la declare (por cierto, con efecto retroactivo a la fecha en que se cumplió el respectivo término). Por lo mismo, el deudor que ejecuta la prestación de una obligación virtualmente prescrita por el transcurso del tiempo sin haber sido hecha valer por el acreedor ni reconocida por el deudor, habría pagado una deuda viva, y no una deuda prescrita, y su pago no sería el de una obligación natural¹⁹¹, y de obligación natural solo se hablaría a propósito del crédito declarado prescrito, “degradado” así a aquella condición.

Al margen de los antecedentes históricos y de los argumentos aducidos en un debate muy prolongado, y de las consideraciones morales y moralizadoras en torno de la figura de la obligación natural, cabe preguntarse en qué medida tiene esta hoy importancia conceptual y práctica, y hasta dónde el empeño a que atendió en el pasado debe responderse ahora por medio de otras instituciones.

Se dice que en la actualidad “la obligación natural corresponde a una *filosofía existencial* de la moral. Para la moral tradicional, no es la voluntad la que crea el deber moral; este preexiste. Eso fue lo que por largo tiempo pareció uno de los rasgos esenciales de nuestra civilización. Hoy, el fundamento de la obligación natural no sería, por cierto, el deber moral que la conciencia de cada cual lleva. Todo, en esta materia, sería individual, y en últimas, la energía de la obligación natural se remitiría más al respeto debido a las conciencias individuales, que a la autoridad de una regla moral que sería externa a los individuos”¹⁹².

¹⁹⁰ 6H□SUHXQWD□VL□VR□DFHSWDEOHV□KLSyWHVLv□GH□REOLJDFLRQHv□QDWXZLDHF□GLDVWOHQVDVRG□ODV□C
□□□'□□□HVWR□HV□□VL□VH□WUDWD□GH□FDVRV□FRQ□WLSLFLGDG□OHDJO□UtlJGbn□Hfz□HQXPHUDFLyQ□WDI
simplemente por vía de ejemplo. Por la primera tendencia, sin argumento que la sustente, cas. de 25 de agosto de 1966,
CXVII, 3.^o trimestre, 220□□(OMMX)□QR□SXHG□GDUOH□OD□FDOLGDG□GH□REOLJDFlYq□QDWXUDO□D□XQ□FDVR□
quitiQGROH□OD□FDOLGDG□GH□FLYLLO□D□XQD□REOLJDFlYqR□DWULEXp□QGROH□OD□FDOLGDG□GH□REOLJDFlYq□QD
KDEHU□DILUPDG□TXH□OD□H□SUVLYqμwDOHVZVR□□Txiatix;sohdexphomdewilgmas hipótesis de
obligaFLRRQHv□QDZXUDOHARBOENIERThéorie des obligations, Paris, 1963, p. 58; R. URIBE-HOLGUÍN. Cincuenta
breves ensayos sobre obligaciones y contratos, Bogotá, 1970, p. 72; ABELIUK. Las obligaciones, t. I, cit., n.º 328, p. 272 y s.

¹⁹² MALAURIE y AYNÈS, *Obligations*, cit., 1130, p. 686.

En fin, oportuna se muestra la reflexión de que “para que tenga realidad la obligación natural no basta que haya jueces dispuestos a reconocerla, sino que se necesita, ante todo, contar con deudores dispuestos a pagarla”¹⁹³, toda vez que la construcción se asienta en consideraciones de buena fe, corrección, ética.

Se anota que en los tiempos que corren, para una revitalización de este tema, más de teoría general o de filosofía del derecho que de disciplina normativa y práctica jurisprudencial, “se ha comenzado a ver en las obligaciones naturales un punto de encuentro entre derecho positivo y realidad ‘social’”¹⁹⁴, y una nueva oportunidad de impregnación de aquel por convicciones, sentimientos, actitudes: honor, pundonor, regla moral, yacientes en la conciencia individual y más o menos acogidos por una conciencia colectiva, bien difícil de identificar y, sobre todo, cuya oportunidad e intensidad resultan confiadas a la apreciación del juez, bajo el lema de “moralización del derecho”, y sin que se pueda perder de vista la fuerza coercitiva que ejercen sobre los particulares infinidad de normas sociales de distinto origen y diámetro. Así, el reconocimiento de la presencia de aquellos deberes fuente de la llamada obligación natural, y de su eficacia legitimadora o justificadora de la atribución patrimonial y de su retención, debería ser cambiante, a tono con los altibajos del humor de la sociedad respectiva.

III. los sujetos de la obligación

37. sujetos de obligación

Persona, sujeto, titular, son conceptos prejurídicos, que poseen un significado dentro del lenguaje corriente y en la terminología filosófica, no siempre coincidente con el que adquieren con su traslado al derecho¹⁹⁵. No en todos los tiempos y lugares el ser humano, por el hecho de serlo, ha sido considerado como persona, esto es, como sujeto de derecho, pero dentro de la normatividad actual todo hombre (varón o mujer), desde su nacimiento hasta su defunción, es tenido como persona (arts. 74, 90 y 94 c. c.; 13 C. P.), y a más de los seres humanos, reconocidos como personas individuales, lo son también sus reuniones, sus establecimientos y los patrimonios con destinación específica, cuando la permanencia del grupo, las finalidades y los medios de que dispone él o la asignación imponen su reconocimiento social como entes distintos de quienes los crearon o los integran singularmente o destinaron el patrimonio (arts. 73, 633, 635 y 2079 c. c.; 98 c. co.)¹⁹⁶.

¹⁹³ CARBONNIER. *Théorie des obligations* ORF FLW TXLHQ DGHPIV DQRWD TXH QR VH YH TXH OD REOLJDFLY alguno contra ninguna de las injusticias sociales más denunciadas en la actualidad (como son, según los partidos, la insuficiencia de los salarios o la dHSUHFLDFLYQ GH OD PRQHGD).

¹⁹⁴ MOSCATI. *Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale*, cit., p. 178.

¹⁹⁵ SILUPDU TXH HO RUGHQDPLHQWR MXU tGLFR FUHD GHWHUPLQD VXV SURSLRV VXMHWRV HV GHFLU explicación. Es un D FRVD H DFWD SRUTXH OD SHUVRQDOLGDG MXU tGLFD VXSHUIOXRV VHxDODU TXH HO Wp tiene un significado distinto del concreto de persona) no se identifica, ni con la mera existencia física del sujeto, ni con la existencia que (relativamente a las personas jurídicas) podemos decir social; pero, en sustancia, no es más que una forma de relevancia de ciertas calidades de los sujetos, individuales o colectivos, en razón de las cuales se les atribuyen situaciones $\pm$ status pretensiones, poderes, deberes, tuteladas o impuestas por el derecho objetivo. Y toda vez que tal relevancia jurídica no puede ser atribuida sino por el ordenamiento, y para los fines propios de este, y dado que, a consecuencia de la relevancia los propios sujetos se constituyen en otros tantos puntos de referencia, por así decirlo, de las tutelas y de las sanciones, se aprecia en qué sentido se puede decir que el ordenamiento crea y determina sus propios sujetos [...] [Y] de cualquier modo, los sujetos, individuales o colectivos, a quienes el ordenamiento inviste de las propias tutelas y sanciones, y para quienes formalmente las crea, son siempre portadores de intereses concretos y necesidades reales, a cuya satisfacción mira la disciplina jurídica, condicionada a los fineV GH OD RUGHQ SEVOTERIA generale del diritto, cit., n.º 210.

¹⁹⁶ Cfr. WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I, cit., § 57; H. L. et J. MAZEAUD. *Leçons de droit civil*, I, n.º 603 y ss.

contrato no tiene objeto. El contrato es, en efecto, un acto jurídico que tiene por efecto crear obligaciones, sea a cargo de ambas partes, sea de una sola. Y *son estas obligaciones las que tienen un objeto*. De modo que es por elipsis como se habla del *objeto del contrato*± [...] Al decir el art. 1126 que el contrato (o la obligación) tiene por objeto una cosa, no está designando simplemente una cosa material, corporal. Puede tratarse de una cosa incorporeal: patente de invención, un derecho de propiedad literaria; más generalmente, un derecho puede ser objeto de una obligación; puede tratarse también de un hecho mismo del deudor, hecho positivo o hecho de abstención. En realidad lo que el código toma por cosa es la prestación prometida por el deudor. El objeto de la obligación es lo que debe el deudor. Para encontrarlo, decían nuestros antiguos

40. prestación “subjetiva” y prestación “objetiva”

A propósito de la prestación como objeto de la relación obligatoria y, más propiamente, observando la correlación entre el desempeño del deudor y la satisfacción del acreedor, la doctrina pone de presente que en oportunidades dicha satisfacción no depende del todo del comportamiento de aquel, o puede alcanzarse como resultado no necesariamente producto suyo, y, en consecuencia, propone una distinción entre “prestación subjetiva” y “prestación objetiva”, de modo que a la concepción general del deudor que con su conducta ha de satisfacer el interés del acreedor y se reputa haber logrado dicha satisfacción con su comportamiento exacto se contrapone o agrega la consideración de que en veces “el deber del deudor no se determina con relación a un hacer o no hacer, sino con relación a un resultado: [p. ej.] el goce pacífico de un bien”²⁰⁸, ejemplo al que pueden sumarse el de la inscripción del título traslativo de dominio en el registro público correspondiente, que cualquiera persona puede obtener, y el de la puesta de la cosa a disposición del acreedor, a tiempo que hace recordar el *concursum causarum* romano, como medio extintivo de la obligación, “cuando el acreedor obtenía, a otro título, la prestación que se le debía”²⁰⁹. A lo cual ha de hacerse la precisión reiterada de que “el deudor debe satisfacer el interés del acreedor, pero *por medio* de la prestación”.

41. la prestación: deber del deudor, ejecutable por un tercero

La prestación corre a cargo del deudor, que es el obligado a ella y quien, por lo mismo, debe satisfacerla a plenitud en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar (art. 1627 c. c.). El acreedor no puede alterar esos términos, ni exigirla de otro (empero, ver las hipótesis de obligaciones indivisibles o de pago indivisible o solidarias o de actividad conjunta: arts. 1571, 1583 [4.º], 1584 y 1591 c. c.), y aun en el caso de garantías o cauciones en últimas la responsabilidad del garante se hace efectiva pecuniariamente (art. 560 c. de p. c.). Sin embargo, exceptuado el evento de la prestación calificada por las calidades personales del deudor (art. 1630 c. c.) o por la posición jurídica (legitimación-poder de disposición) del *solvens* (arts. 1633 y 752 c. c.), cualquiera persona distinta de aquel puede ejecutar la prestación y con ello satisfacer al acreedor aun a contrariedad de este (art. 1630 c. c.).

De otra parte, la prestación, por su naturaleza o por la manera como esté contemplada en el título, califica a la obligación: según su ser en sí o como se le considere en el negocio jurídico o en el ordenamiento, la obligación o las varias obligaciones coligadas serán divisibles o indivisibles (art. 1581 c. c.), específicas o genéricas (arts. 1565 y 1605 c. c.),

autores, es preciso plantearse la pregunta: *quid debetur?*” COLIN, H. CAPITANT et L. J. DE LA MORANDIERE. *Cours élémentaire de droit civil français*, 10.^a ed., t. 2, Paris, 1953, p. 56.

jurídicas, según que se le considere en sí mismo o se le considere como objeto de un crédito. Este modifica su identidad. El crédito se confunde con su objeto. El derecho, para el acreedor, de exigir este bien del deudor es en sí mismo un nuevo bien, que tiene su estatuto propio. En cuanto el crédito subsiste, hay una coexistencia, a lo menos virtual, de un bien-objeto y de un bien-objeto. [...] Puede tratarse de una cosa determinada existente en el patrimonio del deudor o de un tercero, o de una cosa perteneciente a un género, o de un *opus* visto como resultado de actividad que haya de ejecutar el obligado, o de una actividad del deudor contemplada en sí, prescindiendo de la realización de una obra o, en fin, de la abstención de una acción.

²⁰⁸ Cfr. BIANCA, *La responsabilità*, n.º 38, p. 70.

²⁰⁹ Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., n.º 76.5, p. 704 y s.

fungibles o personalísimas (arts. 1610 y 1630 c. c.); serán obligaciones debidas cumulativamente por un mismo deudor (art. 1652 c. c.) o conjuntiva o concurrentemente por varios deudores (art. 1583 pr. c. c.) o alternativa o facultativamente por uno o varios obligados (arts. 1566 y 1562).

42. el contenido como determinación de la prestación *

El contenido de la obligación se refiere a la estructura del vínculo, los matices que presente, las particularidades de la orientación que el deudor ha de imprimir a su conducta, si que también a la determinación de la cosa sobre la cual ella recae, en las obligaciones que previenen la entrega de un bien. Dicho contenido, que en cierta medida es la proyección de los preceptos legales propios de cada fuente en general de las obligaciones y de la específica para el evento, concretados o alterados, según el caso, por las estipulaciones particulares en el negocio jurídico (arts. 1501 y 1603 c. c.; 871 c. co.), o por la declaración o por la condena judiciales (arts. 307 a 308 y 334 c. de p. c.): son las circunstancias de modo, tiempo y lugar a las que está sujeta la prestación y, por ende, a las que se encuentra sometido el deudor, en especial en cuanto a su diligencia, esmero, idoneidad y presteza (arts. 1603 y ss. c. c.), en últimas determinantes de la efectividad del cumplimiento y de la validez del pago (arts. 1626 a 1627 c. c.).

43. integración del contenido de la obligación

Análogamente a como el contenido del negocio jurídico se integra, a partir de las estipulaciones de las partes (*accidentalia negotia*) o de las disposiciones de la providencia judicial o arbitral, con las prescripciones de ley o consuetudinarias²¹⁰ y la equidad²¹¹ (los *naturalia negotia*: arts. 1603 c. c. y 871 c. co.), y ha de ser depurado de todo aquello que sea incorrecto o incompatible con la esencia de la figura, o simplemente redundante, el contenido de la relación crediticia –caso de ser negocial, simultáneamente con el del negocio– pasa por tales operaciones de complementación, afeite y pulimento, para mostrarse, entonces sí, en la plenitud de su alcance y pormenores, en buena medida derivados de la naturaleza de la prestación, esto es, del propio objeto. El cuándo, el dónde, el cómo, el con qué, a guisa de ejemplo, no siempre resultan establecidos plenamente en la estipulación negocial o en la decisión judicial. Muchas veces están señalados, si no totalmente cuando menos en sus particularidades necesarias para su determinación o para la seguridad de las partes, por las normas denominadas supletorias o, mejor, dispositivas²¹².

* Cfr. ESSER und SCHMIDT. *Schuldrecht*, cit., I, 1, § 5, p. 83 y ss.

²¹⁰ Las disposiciones legales y de las partes como un mínimo (*minimalia*) (O SURJUDPD GH FRQGXFWD GH RUGHQDPLHQWR M puede mostrar lagunas para todas las partes de una relación obligatoria, qu H HO MXH] GHEHSCHREIDEM *Schuldrecht*, cit., Rn. 90, p. 51.

²¹¹ La ampliación, el desarrollo (y la concreción) de las reglas legales relativas a la relación obligatoria con base en el principio de la buena fe (§ 242 BGB). Cfr. SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 93, p. 52.

²¹² Cfr. VON TUHR. *Teoría general del derecho civil*, cit., I, 1, p. 40 y s. VISINTINI. *Tratato breve della responsabilità*, cit., PHQFLRQD ODV REOLJDFLRQHV DFFHVRULDV FRPR d'uso per la Svizzera QRSCHO DJUHJD TXH ORV jueces han impulsado un reconocimiento de obligaciones de corrección instrumental para la mejor realización de la relación obligatoria, que en cierto sentido han sido tipificadas por los jueces, como especificaciones de la cláusula general de buena fe > @ D PHQXGR FRQ HO UHHQYr D FULWHULRV GH DQDORJD GH XVRV VRFLDOHV HQ OD FRQFI GLFKDV REOLJDFLRQHV

219 ²¹⁹ /D□ SURSXHVWD□ GH□ OD□ &RPLVLYQ□ GH□ UHIRUPD□ GH□ GHUHFKR□ GH□ REOLJDFLBQ□ VLSUD□ p□ HO□ LQFLVR□ VHJ relación obligatoria, en consideración a su contenido y a su naturaleza, obliga a cada parte a tener miramiento especial a los GHUHFKR□ \□ ELHOHV□ SHLOCHTRIM□ *Wald-recht*, cit., Rn.119, nota 1, p. 63.

Pero, ¿cómo asegurar la efectividad de aquella colaboración? Es evidente que, salvo cuando la colaboración prevenida es pecuniaria (obligaciones originariamente de dinero), lo que el acreedor prevé es un determinado comportamiento del deudor, útil para él: una actividad considerada en sí o en su resultado, una dación o una entrega, o una inactividad: abstención, y que por lo mismo, en cuanto subsista en él ese interés (específico en el sentido de su singularidad), todo mueve a respaldar su aspiración de satisfacerlo (prestación real). En fin de cuentas, para eso está la obligación y es una relación jurídica.

Es comprensible que en determinadas circunstancias particulares, o en un ambiente y en una determinada tradición de derecho, sea preferible, individualmente o por el sistema, la conversión de la prestación *in natura* a una suma de dinero²²⁵, y así el mecanismo procesal ha llegado a ser sencillo y ágil para que la satisfacción del deudor se logre en dinero (débito secundario, subrogado pecuniario), al que se agregará otra cantidad de dinero: la correspondiente a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del deudor²²⁶.

R. VERDERA SERVER. El cumplimiento forzoso de las obligaciones, Zaragoza, 1995.

226 El código judicial (Ley 105 de 1931) prevenía la posibilidad de demandar la ejecución específica de obligaciones de dar géneros o de realizar actos fungibles, junto con el pago de perjuicios, para luego, no pudiéndose realizar la prestación genuina, demandar indemnización global de perjuicios; como también contemplaba la posibilidad de que el acreedor pidiera desde un principio el subrogado pecuniario y la indemnización de perjuicios (arts. 987 a 995 y 971 a 974, normas a las que se sumó la del art. 1.º de la Ley 66 de 1945, que introdujo la posibilidad de ejecución específica de obligación de hacer consistente en la celebración de negocio jurídico). En la actualidad, íntegra la materia está regulada en el código de procedimiento civil (arts. 491 a 495 y 499 a 504). En lo que se refiere a la *aestimatio*, tanto del valor de la prestación, como de los perjuicios, en suma alzada o en cantidad periódica, valga indicar que ha de hacerse por el ejecutante al formular su

Lo que no sería lógico es la actitud inversa: el extremo de que en ningún caso el acreedor pudiera ir por algo distinto de la *aestimatio pecunia* de la prestación y el valor del resarcimiento, pues ello implicaría que el deudor sería el árbitro de la situación, dado que sería él quien decidiría, a su antojo, la satisfacción de su acreedor *in natura* o mediante el subrogado pecuniario, con desmedro de la seriedad y la firmeza de la relación jurídica, lo que sería absurdo e inequitativo²²⁷. Es más, el hecho de que el dinero sea el común denominador de todos los valores patrimoniales y de que sea cómodo remitirse a él para determinar el monto de una prestación, no implica que allá haya de llegarse necesariamente en la hipótesis de incumplimiento; antes de adoptar esta postura sería indispensable considerar la posibilidad de la ejecución específica, el equilibrio de las partes, el interés del acreedor, el interés público. En últimas, la ejecución específica no ha de estar excluida sino cuando media una “imposibilidad material, moral o jurídica, sea a causa de la naturaleza de la obligación, sea a causa de grandes dificultades materiales, sea a causa de una imposibilidad jurídica de ejecutarla”²²⁸. En todo caso, la alternatividad de las soluciones ante la inejecución de la prestación por parte del deudor ha de tomar en consideración los intereses en juego y, como es natural, las proposiciones rígidas han de ceder delante del equilibrio de los intereses, teniendo en cuenta las exigencias de buena fe y lealtad, como también el interés general. Como quiera que el conflicto tiene lugar en fuerza del incumplimiento del deudor, es apenas natural atender con preferencia el interés del acreedor, cuyo derecho ha sido agredido y cuya confianza ha de ser salvaguardada, al propio tiempo que ha de escucharse al deudor proponente de eventuales paliativos. En una palabra, el resarcimiento, y en su caso, la ejecución específica, no tienen por qué implicar para el acreedor provechos indebidos o simplemente inevitables, ni sacrificios o pérdidas injustificables o atenuables para el deudor. Se trata de atender las expectativas legítimas del acreedor, que tiene el deber de mitigar su daño, con el menor costo para el deudor²²⁹. Esa importancia mayúscula de la prestación: la conducta debida y exigible, explica que sus variedades, como también sus requisitos, hayan sido analizados minuciosamente desde un comienzo y que la normatividad se ocupe en detalle de unas y otros. La clasificación de las prestaciones y, en razón de ellas, de las obligaciones es algo que, a más de responder a la lógica y a las tradiciones, se asienta en el saber común y la práctica; de manera análoga

cabe resaltar, a propósito de los caracteres de la prestación, su relevancia social, su posibilidad, su licitud, su determinación, su patrimonialidad.

VI. clases de prestación

48. obligaciones de “dare”, “facere”, “non facere”, “praestare”*

Esta clasificación de las obligaciones en razón de la naturaleza de la prestación es de la mayor antigüedad²³⁰ y la más usada, fuera de ser la acogida por los distintos ordenamientos (arts. 1495, 1605, 1610 y 1612 c. c.; 498 a 502 c. de p. c.). Las prestaciones pueden ser, valga repetirlo, ya positivas, ya negativas: las primeras pueden consistir, ora en la dación o la entrega de un bien, ora en la sola conducta del obligado, de donde se derivan las expresiones de dar y de hacer²³¹; las segundas consisten en la abstención de un determinado comportamiento²³². Así se describe globalmente la conducta constitutiva de la aspiración y el interés del acreedor, que el deudor debe realizar, señalando el aspecto o el momento sobresaliente de ella, sin que esto quiera decir que el fin u objetivo de la relación crediticia se circunscriba, según el caso, a un dar, a un hacer o a un no hacer, exclusivamente, pues es bien sabido y elemental que cada cual de esos procederes implica algo de uno o varios de los restantes²³³. Así, p. ej., la obligación de dar, como también la de entregar, cuando la cosa es un cuerpo cierto, lleva en sí la de custodia, que es un hacer esmerado; la de hacer la revisión, la reparación o el mantenimiento de una máquina o un equipo, implica de por sí

* Cfr. GROSSO. *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p. 11 y ss.; G. PIGNARRE. A la redécouverte de *O* *REOLJDWLRQ* *GH* *SUDHVWDUH* *HQ* *5pYXH* *WUL* *HANSVUDHQ* *OH* *GH* *GURLW* *FLYLO* *Q* *Q* *Q* *Q* *D* *GHILQLFLyQ* *GH* *OD* *REOLJDFLyQ* pr. no dice ciertamente gran cosa acerca del contenido de la prestación. El *alicuius solvendae rei*, para referirse al contenido de toda prestación, tiene un sentido descriptivo. Una indicación más particularizada la encontramos en el citado D. 44, 7, 3 pr. de Paulo [...] La tripartición *dare, facere, praestare*, ha sido objeto de críticas. Proviene del aislamiento de un concepto más específico, contrapuesto al concepto genérico [...] Tal el significado del *dare* con relación al más comprensivo del *facere*; y en cuanto al *praestare*, además, no es fácil determinar el significado técnico que adquiere, y por eso mismo, también puede asumir un significado tan vasto y comprensivo que parecería abarcar, dentro de una visión particular, el *dare* y el *facere* [...] El término *dare* es usado frecuentemente, lo mismo en las fuentes que en el lenguaje común, en un sentido bastante genérico para indicar la entrega de un objeto en las más variadas formas [...] Pero la adopción del concepto técnico del *dare* emerge, por cierto, de las fuentes, cabalmente en relación con la obligación, en el sentido de que es individualizado en las varias prestaciones posibles y contrapuesto al *facere* [...] En este sentido el *dare* concierne a la transferencia de la propiedad o a la constitución de otro derecho real. Se habla entonces de *dare rem* o de dar otro derecho [...] Individualizada así la categoría del *dare*, el *facere* resulta comprensivo de todos los demás comportamientos que pueden configurar una prestación en la obligación. En esta comprensión general, en esta contraposición del *facere* al *dare*, en el *facere* está también comprendido el *non facere*, o sea la abstención [...] Parecería que el *dare* y el *facere* hubieran agotado el campo, de modo que no quedara espacio para un tercer miembro: el *praestare* [...] Puede aceptarse que el *praestare* posee un significado inherente de garantía y que cabalmente para la indicación del elemento de garantía, propio de la obligación, se llegó en general a designar la prestación [...] Así, el *praestare* mantiene frecuentemente su significado *SURSLR* *GH* *JDUDQWtD* *>* *@* *JDUDQWtD* *REOLJDFLyQ* *VE* *WUDGLFLRQDO* *HQ* *ODV* *OHV* *HQ* *OD* *GRFW* distingue en las tres categorías clásicas: *dare, facere, praestare*. Esta distinción e *WUDGLFLRQDO* *HQ* *ODV* *OHV* *HQ* *OD* *GRFW* BONFANTE. *Corso di diritto romano*, IV, *Obbligazioni*, cit., p. 45 *Praestare* *JDUDQWtD* *LQREOLJDFLyQ* *Obbligazioni*, cit., n.º 47, p. 180.

²³¹ Cfr. DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., livre I, sect. II, IV.

²³² *7LHQHQ* *SRU* *REMHWR* *XQD* *FRVD* *ODV* *REOLJDFLRQH* *GH* *µGDU* *WUDQVIHULU* *VX* *SURSLHGDG* *R* *WUDQV* real especial [...] Tienen por objeto hechos, las prestaciones de hacer y las negativas, dicho objeto consiste en la cosa misma, en cuanto resultado de la actividad creativa del deudor (p. ej. prestación de construir un edificio); en el conservar la cosa en el estado en que se encontraba al momento de la constitución de la relación (prestación de custodiar); en la presencia de la cosa *HQ* *XQ* *OXJDU* *GLVWLQWR* *SUHVWDFLyQ* *GH* *WUDQVSRUWDU* *HQ* *OD* *QR* *RFXUD* *GH* *XQ* *KHFKR* *LYLVLELOLWj* *H* *LQGLYLVLLELOLWj* *GH* *REOLJDFLyQ* *GH* *REOLJDFLyQ* Padova, 1965, I, p. 453 y s.

²³³ Cfr. GALGANO. *Diritto privato*, 7.ª ed., Padova, 1992, p. 184 *QGXD* *OEOPHQWH* *WRGD* *REOLJDFLyQ* *GH* *HQWUHJDU* *R* *GH* *GH* una obligación de hacer, cuyo objeto consiste en el hecho o la acción de entregar la cosa debida, mas ello no sirve para calificar *FDU* *OD* *YHUGDGHU* *QDWXUDHJ* *GH* *HVWD* *REOLJDFLyQ* *TXH* *VH* *GHWHUPLQDSUR* *HO* *REMHWLYR* *T* 14 de octubre de 1940, I, 270.

No sobra anotar que el verbo “prestar” en el lenguaje usual se utiliza más que todo limitado a las operaciones de mutuo y de comodato: “prestar dinero”, “prestar cosas”, “me prestó”, “le presté”.

237 Cfr. M. FABRE-MAGNAN, *H. Q. REOLJDWLRO* $\rightarrow$ *Gr. REOLJDWLRO* *théorie de droit civil*, n° 2, Paris, 1996, p. 87 y. s. y. nota 15, con cita de J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n° 7, p. 19.

VII. obligaciones de dar

49. obligaciones de dar*

Ciertamente el dar, como caracterización de una determinada prestación, por cierto la más antigua y, en todo caso, aquella que cuenta con una disciplina más amplia y detallada en los códigos, no es, y no lo ha sido, en manera alguna perspicuo. Por el contrario, es una expresión polisémica, por lo cual, en la interpretación y la aplicación de las normas correspondientes a dicha prestación, tanto las generales como las dictadas dentro de la regulación de los efectos de las figuras contractuales en singular, ha de precisarse en qué sentido se la toma a fin de no incurrir en yerros o contrasentidos²³⁸.

50. dar en sentido estricto y en sentido genérico

En sentido estricto, la obligación de dar corresponde a la categoría romana de *dare rem* y, por lo mismo, consiste, técnicamente, en el deber de transferir el dominio total o parcial de una cosa o de constituir un derecho real sobre ella (art. 740 c. c.)²³⁹; sin embargo, ha de recordarse que en el propio derecho romano “el *dare* indicaba [también] la entrega de un objeto a cualquier título, incluso sin transferir un derecho sobre él”, como también ha de tenerse presente que en el sentir y el hablar general de las gentes hay una sinonimia entre dar y entregar, de suerte que no resulta descabellado señalar que la prestación de dar comprende el “transferir, restituir o entregar” una cosa²⁴⁰, actuaciones que abarcan toda la gama de posibilidades de conducta del obligado relativa a un objeto, corporal o incorporeal, respecto del acreedor²⁴¹, pero teniendo bien presente que la transferencia o la constitución

* V. A. CHIANALE. *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; J. HUET. *Des différentes sortes de la propriété*, Paris, 2001; M. FABRE-MAGNAN. *Le don*, Paris, 1996, p. 85 y ss.; G. MACCARRONE. *Obbligazione di dare, incoerenze dogmatiche e preconcetti*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2000.

²³⁸ ³/DV□GLILFXOWDGHV□TXH□JUDYLWDQ□VREUH□OD□REOLJDFLyQ□GH□GDU□HQ□ODV□UHODFLRQH□FRPSOHMDV□TXH□de la propiedad no son nuevas. Ya en el derecho antiguo se dieron discusiones ardorosas a este propósito, que se pueden explicar por el hecho de que la noción de propiedad romana, deformada por los glosadores y el pensamiento iusnaturalista, se encuentra contaminada por una tremenda polisemia. ¿Qué es la obligación de dar? Mito para los unos, realidad aprehendida diferentemente para los otros, la noción es hoy objeto de numerosas controversias. Lejos de haber unanimidad en la doctrina, DOOt□VH□VXVFLWDQ□SUREOHPDV□HVSLQRVRV□LQFOXVR□HQWUH□OR□GNDXWRU□VH□TXH□VH□WHQ□VX□H□LVWHQ□M□REOLJDWLR□GH□SUEH□VH□DUH□cas. de 4 de diciembre de 1925, XXXII, 129□□D□SURSyVLWR□GHO□GLIHUHQWH□VLJQLIFDO□jurídico de las voces *dar* y *entregar*’□

³ *Dare* consiste en transferir la propiedad de una cosa. Se traduce por dar, que acá no es tomado en el sentido corriente de este término, que proviene de *donare*□□□TXH□VLJQLIFDO□WUDQVIHULU□OD□SURSLHGDG□D□WtWXOR□JUDWXLWR□>«@□6H□obligación de dar abarcaría en realidad más ampliamente toda transferencia de derecho real sobre una cosa, e inclusive la de XQ□VLPSOH□GHUHFKR□WUDQVLWRUL□GH□XVR□GH□OD□FRVD□□R□DXQ□HO□HMHUFLFLR□GH□XQ□GHUHFKR□UH□*dare* ≠que no es una obligación± se puede definir por la sola transferencia de la propiedad de una cosa, sabiendo que esta definición basta para englobar las transferencias no solo de todos los derechos reales, sino también de los derechos de FUPGLWLR□FABRE-MAGNAN. /H□PWKH□GH□O□REOLJDWLR□GH□GRQQUH□

²³⁹ ³/D□FRVD□TXH□HO□GHXGRU□VH□K Donación por imperio, y el acreedor no puede convertirse en su propietario más que por la tradición [...] que le hará el deudor al cumplir su obligación [...] hasta el momento de esta tradición el acreedor no tiene más que el derecho de pedir OD□FRVD□□QR□WLHQH□HVH□GHUHFKR□PiV□TXH□FRQSYD□OD□SHUVRQD□GI□KUNKEL. *Derecho privado romano*, cit., §§ 71.2 y 72. Cfr. POTHIER. *Traité des obligations*, cit., n.º 154.

²⁴⁰ Cfr. RESCIGNO. *Obbligazioni*, cit., n.º 51, p. 190□□²EOLJDFLRL□V□GHI□Las que tienen por contenido la transferencia de un derecho o la entrega de un bien [...] Obligación traslativa, en el dar se juntan la atribución traslativa y la dación PDWHULB□FABRE-MAGNAN. /H□PWKH□GH□O□REOLJDWLR□GH□GRQQUH□n.º 63, p. 108.

²⁴¹ Cfr. BIGLIAZZI-GERI. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 19.

Dare rem, hacer la tradición del derecho, transferirlo o constituirlo, según que se trate, en su orden, de adquisición derivativa traslaticia o constitutiva (infra n.º 82), es, pues, el derecho prometido, y no la cosa, el objeto de dicha obligación, que, además “contiene la de entregar” materialmente el bien; desdoblamiento o subsunción que dejan muy en claro los arts. 1605 y 1606 c. c.

La transferencia implica, como es obvio, la presencia del mismo derecho o la de uno de mayor contenido en el *solvens*²⁴⁹, como también la capacidad de ambas partes²⁵⁰. Es que la tradición es un negocio jurídico, abstracto y de cumplimiento (art. 878 c. co.)²⁵¹, cuya validez está sometida al lleno de los requisitos de los negocios jurídicos en general y de los específicos suyos (arts. 1502 y 740 y ss. c. c.), entre los cuales cabe destacar, a más del título (*causa*) (art. 745 c. c.), que el tradente sea titular del derecho que transfiere o tenga poder del titular (arts. 1633 [1 y 2] y 744 c. c.) y disponibilidad actual, o sea que él no haya sido relevado de la administración-disposición de lo suyo y el bien no haya sido embargado y secuestrado (arts. 98 [3] y 152 Ley 222 de 1995 y 1521 [3.º] y 1636 [2.º y 3.º] c. c.). Así mismo cabe resaltar que cuando el *solvens* no es titular mal pueden realizarse la traslación o la constitución del derecho, como corresponde al cumplimiento de la obligación de dar, y que el *accipiens* no adquiere más derecho del que tenía aquel pseudo-tradente²⁵², pero que, en llegando después a adquirir el tradente el dominio, “se entenderá haberse transferido este desde el momento de la tradición” (art. 752 c. c.)²⁵³. En fin, que cuando “la cosa pagada” es

253 Aquí el ordenamiento, en tutela de los derechos del acreedor de obligación de dar, si bien puntualiza la derivación y, por ende, la imposibilidad de que la mera acreencia cree un derecho sin antecedentes en el *solvens* □□SUHYLHQH□OD□ILJXUD□GH□OD□IDOVD□WUDGLFLyQ□□SDUD□OD□FXDO□HQ□PDWHULD□GH□LQPXEHOHV□DVLJQD□XQD□FROXPQD□SURSsD□HQ□HO□IROLR□C títulos TXH□OD□HQYXHOYDQ□□WDOHV□FRPR□OD□HQDMHQDFLyQ□GH□FRVD□DMHQD□R□OD□WUDQVIHUHQFLD□GH□SURSLR□□DUNyina Dcto. 1250 de 1970, v dispone que en el evento de que después de hecha la falsa tradición, con

fungible y el acreedor la recibió y consumió de buena fe, el pago se valida con la consumición (art. 1633 [3] c. c.)²⁵⁴.

53. la tradición de bienes sujetos a registro

La tradición de los bienes sujetos a registro público se hace mediante la inscripción del título en el registro correspondiente (art. 756 c. c.)²⁵⁵, y en tal caso es independiente de la entrega física del bien, a la cual está igual y complementariamente obligado el deudor (art. 1880 c. c.) y cuya ejecución puede demandar el acreedor por el trámite de proceso abreviado (arts. 414 [10], 431 y 415 y ss. c. de p. c.).

Es claro que la tradición que se practica por anotación del título en el registro público respectivo, a diferencia de la que se hace por medio de la entrega del bien, no exige concurso alguno del deudor: el acreedor puede tomar la copia de la escritura pública o el documento privado por cuyo medio se celebró el contrato y llevarlo directamente a la oficina correspondiente; es más, esto es lo que suele ocurrir y, clarificando las situaciones y examinando la conducta que compete a cada parte, puede decirse que el registro es una carga del acreedor, al punto de no poder reprocharle al deudor la omisión de esas diligencias²⁵⁶. Y si se presentan varios títulos otorgados por una misma persona en favor de varias, separadamente, la primera de estas que obtenga la inscripción será preferida, y si ninguna la ha conseguido prevalecerá el título más antiguo (art. 1873 c. c.).

El código de comercio de 1971 introdujo el requisito adicional de la entrega de la cosa para la plenitud del fenómeno de la tradición de dichos bienes (arts. 922, 1427 y 1445 c. co.), de suerte que, con arreglo a ello, la tradición mercantil no se cumple hoy sino una vez surtidos los dos pasos, cualquiera que sea el orden en que tienen lugar. En materia de compraventa comercial de inmuebles (p. ej., con empresas constructoras de vivienda: art. 20 [15] c. co.) y de vehículos automotores²⁵⁷, el código del ramo introdujo una agregación, que, dejando de lado la solidez de sus fundamentos, creó una disparidad con el derecho civil, tanto menos plausible cuanto mayor la dificultad de precisar, llegado el caso, si el contrato es

inscripción, en materia de bienes sujetos a registro, a lo que habría que agregar: o con la mera entrega en los demás casos, el tradente adquiera el derecho trasladado o el derecho constituyente, operará retroactivamente en favor del *accipiens* la adquisición del derecho que fue objeto de la tradición (arts. 752, 1874 y s. c. c.).

²⁵⁴ Es este un caso de legitimación por apariencia-buena fe cualificada o de ampliación del poder dispositivo por apariencia (cfr. R. SCOGNAMIGLIO. *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile* dir. da GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, trad. esp. de F. HINESTROSA. *Teoría general del contrato*, Bogotá, 1971, p. 42 y s.), en donde, sin reparar en la buena fe con que haya obrado el *solvens*, la actuación se valida en fuerza de la apariencia de titularidad y disponibilidad de este y de la confianza justificada con que obró el *accipiens*, tanto cuando recibió, como al momento de consumir la cosa, que ha de ser IXQJLEOH□□³DTXHOOD□GH□TXH□QR□SXHGH□KDFHUVH□HO□XVR□TXNQVHQHCHQWHLND/VXIHQDWKORQOLHDDIVERQ□OD□³FRQVXPLEOH□□□FRQ□OD□LQFOXVLYQ□GH□³ODV□HVSHFLHV□PRQHWLDLV□□HQ□HVWD□FDWHJRU□D□□³HQ□FXDQVFRPR□WDOHV□663□BUEY□De manera que, según el caso, el verdadero dueño o la persona en cuya tutela se ordenó y practicó la traba (art. 1521 [3.º] c. c.) están expuestos a que el acreedor satisfecho les oponga a su acción reivindicatoria (directa en el primer caso, y consecuencial de la nulidad en el segundo: art. 1748 c. c.), la excepción de haber recibido y consumido la cosa de buena fe, esto es ignorando y pudiendo ignorar su alienidad o su inenajenabilidad.

²⁵⁵ Folio de matrícula inmobiliaria en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, para los bienes raíces (arts. 756 c. c. y 8.º y 27 Dcto. 1250 de 1970); la Oficina de Tránsito, para los vehículos automotores (art. 922 [par.] c. co.), antes, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (Dcto. 1255 de 1970); el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, para las aeronaves (art. 1792 c. co.); la Dirección Marítima y Portuaria, para las naves (art. 1441 c. co.); la Superintendencia de Industria y Comercio, para patentes, modelos y dibujos, marcas, nombres, enseñas (art. 616 c. co.); la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, para las obras artísticas, científicas y literarias (art. 1.º Dcto. 547 de 1979).

²⁵⁶ Cfr. cas. de 18 de julio de 1944, LVII, 451 y s.

²⁵⁷ Cfr. cas. de 21 de julio de 1971, tomo y página; 10 de noviembre de 1976; 12 de febrero de 1977, CLV, 34 a 41.

El deber de conservación es inherente a la obligación de entregar; la custodia es una prestación “satélite” de esta (art. 1606 c. c.), que no de la obligación de dar, salvo cuando la entrega es el modo de ejecutar la tradición (art. 754 c. c.) o hace parte de ella (art. 922 c. co.). A lo que se agrega que, en tratándose de entrega, a cualquier título que se haya de hacer, al tenor de los arts. 1605 y s. y 1603 c. c., el ordenamiento nacional parte del supuesto de que “con todos los cuidados de un buen padre de familia se llega normalmente al resultado consistente en conservar una cosa en buen estado”,²⁶⁴.

La obligación de entregar, al margen de si esa entrega implica tradición (arts. 754 c. c. y 922 [1] c. co.) o el otorgamiento de un derecho de goce mediante tenencia, o la restitución, se diferencia, naturalmente, de los deberes preliminares de guarda a cargo del deudor (“obligaciones accesorias”²⁶⁵), de cumplimiento indispensable para la ejecución de la prestación de entregar, a la cual se adosan. Si la cosa debida es una especie o cuerpo cierto (*res certa*)²⁶⁶, esto es, un individuo determinado por sus caracteres singulares y no sustituible²⁶⁷, el deudor que lo ha de dar o entregar tiene el deber de conservarlo hasta su entrega (art. 1605 c. c.)²⁶⁸, conservación que impone su custodia y que en esta “se emplee el

264 HUET. HV□ GLIPUHQWHV□ VRIDWHRQ□ GHEW□ SOXV□ SDUWLFXOLHUPHQW□ GH□ O□ REGLEDWLRQ□ GH□ GRQQHU□ F

²⁶⁵ Cfr. LARROUMET, *Droit civil, Obligations*, 1, cit., n.º 58 y s., p. 54 y s.

²⁶⁶ 96L□XQ□FRQM□XQR□GH□XQLGDGHV□GH□FLHUWR□JpQHUR□□SHUR□ELHQ□GHWHPULQDGR□R□VLQJXODULJDGR□FJDQDGR□YDFXQR□□WDO□μUHEDXR□CDWDD□μXQDPHQQD□LLD□□SKKHCHOMH□EFROVAto o cosa singular, susceptible de acción de dominio o reivindicación por su totalidad o por una cuota determinada. La Corte se pronuncia por la afirmativa, siempre que el *conjunto*, como tal, esté bien singularizado, aunque no se determine individualmente cada una de sus unidades componentes, cosa esta imposible e inútil en algunos casos [...] Para apreciar el conjunto como cuerpo cierto o cosa singular, sí es indispensable conocer su localización, número de unidades o las características generales a que se ha DOXGLGR□□EDVeiniciembre de 1955. LXXXI. 687 y s.

267 Este tema, uno de los más ricos e interesantes en la historia del derecho privado, ha de estudiarse a la luz de ella, para observar cómo se fueron conformando las instituciones, en el empeño de captar el sentido y la dimensión de los principios que sucesivamente han animado a las normas relativas a la responsabilidad en general y a la contractual en especial, y los riesgos del cuerpo cierto. De él se tratará aquí a propósito del contenido de la obligación y, más adelante, con ocasión de la imposibilidad sobrevenida como modo extintivo de las obligaciones, y de la responsabilidad por incumplimiento de estas. A propósito, consúltense: C. A. CANNATA. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, y la bibliografía allí citada; PERNICE und LABEO. *Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 2.^a ed., Halle, 1878, p. 339 y ss., 345 y ss.; JORS-KUNKEL. *Derecho privado romano*, cit., §§ 119.2, 110 y 141.1.a; SCHULZ. *Derecho clásico romano*, trad. esp. de J. SANTA CRUZ T., Barcelona, 1960, n.^{os} 885, 919, 941 y 1000; BETTI. *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, cit., §§ 159 a 162; G. GORLA. *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934; M. KASER. *Das römische Privatrecht*, 1, München, 1954, § 118.3, p. 424 y ss.; 2, § 258, p. 255 y ss.; V. ARANGIO-RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958 (1933); G. VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979; F. DELFINI. *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999; R. CARDILLI. *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico, en El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, t. II, 2001, p. 253 a 308.

268 Sin poder afirmar que la lista sea completa, repasando los dos códigos se encuentran estos casos dispersos de obligaciones de guarda y cuidado: *código civil*: tutelas y curatelas: art. 481; usufructo: arts. 846, 847, 861; uso y habitación: art. 877; prestaciones mutuas: art. 963; legado: arts. 1176, 1180, 1181, 1193; albaceazgo: arts. 1356; venta a prueba: art. 1879; arrendamiento de cosas: arts. 1997, 2005; de predios rústicos: arts. 2037 a 2040; de obra: arts. 2053 a 2057; de transporte: arts. 2072 a 2073; sociedad: art. 2110; mandato: arts. 2155, 2179; comodato: arts. 2203, 2204; depósito propio: arts. 2247,

272 ¹&XDQGR□HV□XQ□FXHUSR□FLHUWR□OR□TXH□KDFH□HO□REMIWBPoGHa□Dida□Reia□DL y Qidao□□@□
conveniente para la conservación de la cosa debida, hasta tanto el pago se haya hecho; y si por falta de cuidado la cosa
SHUHFLHUD□□R□VH□GHWHLURUDUD□□YHQGU□D□REOLJDGR□DO□SDJR□GH□GDxRV□POSHEMXERV□TXH□UHVXOWI
des obligations, n.º 142.

satisfacción parcial (arts. 1543, 1648, 1736 y 2203 c. c. y 1032 c. co.), según el caso, por causa de la imposibilidad sobrevenida acaecida en circunstancias que no vinculan su responsabilidad²⁷³, y la *perpetuatio obligationis*, con la natural consecuencia de la *condemnatio pecunia*, sola (*quanti ea res erit*) (art. 1737 c. c.), o acompañada de la indemnización de perjuicios propiamente dicha (arts. 1730, 1731, 1735, 1607 *in fine* y 1648 c. c.)²⁷⁴.

El *custodiam praestare*, en su sentido natural e inmediato de guarda, vigilancia, cuidado, ha significado siempre tanto el responder por la custodia como estar obligado a la atención y el cuidado que ella impone²⁷⁵. El deudor de cuerpo cierto debe conservar la cosa, cuidarla como le sea debido. Ello quiere decir, ciertamente, un deber de diligencia, como conviene a una obligación de medios: emplear aquellos que correspondan a los caracteres de la

²⁷³ ³HFLU que el deudor queda liberado si justifica ciertas causas, no significa solamente que queda dispensado de la prestación misma que constituía el objeto del contrato (ya de suyo está dispensado, puesto que se parte del supuesto que esa prestación, de hecho o de derecho se ha vuelto imposible), significa, más enérgicamente, que inclusive queda dispensado de los propios daños y perjuicios, que si él hubiera sido responsable, habrían reemplazado a la prestación. Del art. 1147 *code civil fr.* se sigue que el deudor se libera cuando justifica una causa extraña que no le es imputable. El art. 1148 parece traducir: *fuerza mayor* o *caso fortuito*. Esta, a lo menos, es la hipótesis principal. Pero se admite que pueda haber otras causas de liberación adicionales [...] Entre ellas, dos son indiscutiblemente operantes: el *hecho del acreedor* y el *hecho de un tercero*; una tercera es materia de discusión: la *ausencia de culpa*. CARBONNIER. *Théorie des obligations*, cit., n.º 157. Para determinar la UHOHYDQFLD PLVPD GHQWMDQHHLUFR FDXVDV TXH QR YLQFXODQ OD UHVSQRVDELOLGDG GH GHXGRU decir exclusivamente *casus* (*casus sentit debitor*), es preciso tener en cuenta, ante todo, lo previsto por el respectivo ordenamiento, tanto en términos generales, como respecto de la relación específica, si que también lo dispuesto a propósito por las partes (cfr. arts. 1604 [4] y 1732 c. c.), y en cuanto a la actitud preventiva de aquel, es indispensable poner de relieve desde ahora que el código civil nacional no contiene la prevención de los arts. 1147 *code civil fr.* y 1218 *codice civile*, de vinculación de la responsabilidad del deudor por inexecución o ejecución imperfecta de la prestación, a menos que demuestre que ello ocurrió por causa extraña a él o que no le es imputable, sino que se reduce a la cláusula general de diligencia y cuidado (arts. 1604 [1], 1606 y 1731 c. c.).

²⁷⁴ ³⁶L OD SpUGLGD GH OD FRVD GHELGD RFXUUH SRU HO KHFKR GH GHXGRU HV HYLGHQWH TXH OD extinguida, y que debe convertirse en la obligación del precio de esta cosa, pues el acreedor no puede por su hecho liberarse GH VX REOLJDFLYQ KDFHU SHUGHU DOBBERHFGRADEVZBNGPOLWR, 661 ³⁵HVDUFLPLHQWR GH daños es la reparación del mal sufrido. Mediante él, el perjudicado es puesto en la misma situación que si no hubiera experimentado el daño; recibe *omne quod eius interest* HV GHFLU HO LQWHUpV HQ TXH HO GDRS QR VH KXELHUD KUNKEL. *Derecho privado romano*, cit., § 105.2. Ahora bien, la doctrina, y aun la propia legislación (cfr. arts. 495 y 504 c. de p. c.), han solido considerar la *aestimatio pecunia* más a manera de perjuicios, que como el débito secundario o subrogado de la prestación específica. Así, p. ej., ID. ORF FLW ³³RU OD IRUPD GH HMFHXWDUVH HO UHVDUFLPLHQWR HVWH consistir en la restitución del estado jurídico existente con anterioridad al daño, como en la reparación de la cosa dañada (restitución natural), o en la entrega de dinero equivalente al importe del daño (*resarcimiento pecuniario*). ANGIO-RUIZ. *La responsabilità contrattuale in diritto romano*, p. 6 y ss. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 726 QLHJD TXH SHUGLGD OD BODDFVQVSNWD FQDPELR GH BGMHMPOR SKHKKD HV XQD REOLJDFLYQ QXHYD VXUJLGD GH LQFXPSOLPLHQWR OD GH LQGHPLQ DU GD RV SHUMXLFLRV Con todo, el dictado del art. 1731 F F HV WHUPLQDQWH ³⁶L HO FXHUSR BGMHMPOR SHHHELOS RFXOSD obligación subsiste, pero varía de objeto UHJOD TXH GHEPMD SGMMOD De PAULO 5, 7, 4 Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi es stipulatu poterit, ac sie ea res exastaret ANGIO-RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 11 y ss.; BIANCHI, FOSSATI E VANZATTI. *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979; DELFINI. *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 44 y ss.

²⁷⁵ ³(O XVR GH OD SDODEN anfibológico, pudiendo ella designar, de un lado, la actividad humana de vigilar una cosa (D. 33, 9, 7; 15, 2 y D. 37, 9, 1, 25) y, de otro, la responsabilidad en cuestión, que los clásicos consideran como respuesta absoluta e indeclinable para ciertos riesgos a los cuales puede estar expuesta [...] riesgos normalmente evitables por quien sepa custodiar: D. 19, 1, 31 pr; D. 19, 2, 9, 5 ARANGIO-RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 162 y s. Así BETTI. *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1, cit., p. 369 HO FRQWHQLGR GH OD FXVWRGLD HQ VHQLGR WpQLFRF conservación, con miras a la restitución, es siempre el mismo; pero entre la custodia-vigilancia y la custodia-garantía media una diferencia conceptual que fue claramente advertida por los propios romanos en función de la distinta situación de los LQWHUHVHV FRQLGNDGRA Rive che sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano, cit., p. 128 y s., insiste en todo momento en la dualidad de acepciones del concepto: cfr. en espec. cap. V Custodiam praestare no expresa un criterio de responsabilidad, sino una obligación contractual [...] significaba estar obligado a *procurar aquel resultado que con OD FXVWRGLD SRGID YLHUSGMMOD* Resultado era de suyo incumplimiento imputable. Pero, entiéndase bien que UHVXOWDGR HQ HVWH VHQLGR QR HUD OD VDQLGDG GH OD FRVWDIA WGRBVSQFH FRPR Vt HQ SUHVHUYDFLYQ GH FLHUWRV SHOLJURV

279 Cfr. DEMOGUE. *Traité des obligations*, 6, cit., n.º 116 y ss., pp. 124 y ss. La contraposición de las máximas latinas *res perit creditori* y *res perit domino* sólo tiene lugar a propósito de la conservación de cosas vendidas, o permutadas, o aportadas a persona jurídica, que, según el sistema románico, se consideran de propiedad del vendedor hasta la tradición, y conforme al sistema francés, de propiedad del comprador a partir de la celebración del contrato de enajenación, pues en la custodia original, correspondiente a las cosas pertenecientes al acreedor y en manos del deudor, pendientes de restitución, coinciden en la misma persona las calidades de *creditor* y *dominus*. Cfr. ARANGIO RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 147; DELFINI. *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 6 y ss. y 43. Cfr. arts. 579 y ss. y 584 y ss. c. c. argentino.

naturaleza de la prestación y la forma como se le tomó, o lo que disponga la ley, o si, por el contrario, acontece luego de haber entrado el deudor en mora (art. 1608 c. c.), situación esta en cuya razón los riesgos se trasladan de plano al obligado, con una sola excepción: que este compruebe que el caso de fuerza mayor o fortuito se habría presentado, y con los mismos alcances, aun entregada oportunamente la cosa a su destinatario (arts. 1607, 1648 y 1732 a 1733 c. c.). Es claro que cuanto se dice de la *mora debitoris* o *mora debendi* se considera referido a la mora culpable (*per debitorem stetit qua ominis solvatur*), con exclusión del retraso imputable a fuerza mayor (art. 1616 [2] c. c.), en el perfecto entendido de que esta justificación de la mora no puede ir más allá de lo que perduren los efectos del obstáculo, que, obviamente, debió presentarse con anterioridad al momento en que el deudor entró en mora, para que pueda merecer aquel tratamiento temperado.

Originariamente la custodia implicó la asignación de ciertos riesgos al deudor de restitución de cosa de propiedad del acreedor que él tenía en su poder, dentro de un régimen que en lo general correspondía a lo que hoy suele denominarse “responsabilidad objetiva”²⁸⁰. La *fides* era la medida del deber de conducta, y el deudor no solamente había de omitir lo que pudiera impedir su cumplimiento, sino que también debía poner todo lo que estuviera a su alcance para la realización cabal de la prestación²⁸¹.

60. culpa, diligencia, “casus”

Relativamente al contenido de la prestación, o sea al *factum debitoris* propio de la obligación de entregar, es de anotar que la necesidad de apreciar las circunstancias en función de la idoneidad misma de la vigilancia y del interés de cada parte en la relación²⁸² movió al surgimiento y al desarrollo de los conceptos de *culpa* y *diligentia* y condujo a hablar de grados de una y otra, que se corresponden entre sí²⁸³, y que la preocupación por encontrar patrones de referencia hizo pensar en la figura del *diligens pater familias*, “como

²⁸⁰ Cfr. KASER. *Das römische Privatrecht*, 1, cit., p. 424 y s.; BARON. *Die Haftung bis zum höhere Gewalt*, p. 203, citado por CANNATA. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, cit., p. 25; ID. Ob. cit., p. 10 y 122 y ss.; ARANGIO-RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 85. Custodia, en el sentido técnico de responsabilidad absoluta por la seguridad de la cosa, excepto frente a *vis maior* y *casus fortuitus*. The Roman Law of Sale, Oxford, 1957, p. 33.

²⁸¹ Así KASER. *Das römische Privatrecht*, 1, cit., p. § 118, p. 423 y s.; BARON. *Die Haftung bis zum höhere Gewalt*, loc. cit.

²⁸² Cfr. CANNATA. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, cit., p. 129; ARANGIO-RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 29 y s.

²⁸³ ³⁶H GHV DUUROOD HQWRQFHV SRU XQD GRFWULQD FLHUWDPHQWH QR pifomlud gemiddelfexsd frqo DVt arreglo al cual, en general, el que no tiene interés en la relación sólo responde por *dolus*, en tanto que el interesado ha de responder también por *culpa*. KASER. *Das römische Privatrecht*, 1, cit., p. 424. (O FRQFHSWR GH EXOSD QDFH concepto intermedio entre *dolus* y *casus* (considerando *iniuria datum*: el daño involuntario, pero originado en un comportamiento socialmente reprochable). Con ello se restringió el sentido de *dolus* al ilícito voluntario [...] Esto tuvo como consecuencia la división de la culpa en *culpa contraria* a la *fides* (*culpa lata*, equiparada al dolo), y otra (*culpa levis*), no contraria a la *fides*. Culpa grave = negligencia; conducta que un hombre honesto no se permite nunca, pues la considera HVFDQGDOMARTON. *Un essai de reconstruction du développement du système classique romain de responsabilité civile*, en RIDA, 1949, p. 185 y ss.; CANNATA. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, cit., p. 11 y ss. Ni la equiparación de *culpa lata* o *magna negligentia* DO GROR QL OD SURSLD LGHD GH FXOSD ODWD VRQ FOVLFD responsabilidad contractual presenta en el *Corpus Iuris* toda una graduación de hipótesis, que van del incumplimiento voluntario y malicioso hasta el acaecimiento natural, imprevisible e inevitable por parte del hombre: el *dolus*, la *culpa lata* o *dolus proxima*, o *quae dolo equipatur*; la llamada *culpa in concreto* o ausencia de la diligencia que el deudor suele tener en las cosas propias, la culpa verdadera, llamada también *culpa levis*, para distinguirla de la lata, para los romanistas *culpa in abstracto*, para contraponerla a la *culpa in concreto*; la *negligentia*, más frecuentemente indicada en su opuesto de la *diligentia* que se exige del deudor y que inspira la actitud que un *diligens pater familias* debe adoptar; la custodia, que a tiempo que absorbe en sí ese máximo de diligencia, tiene también un elemento de responsabilidad objetiva; en fin, la *vis maior* o *casus fortuitus* TXH VLHPSUH WLHQH HILFDRLNGOIRHLZDWPBODILTA *responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 29; y cfr. p. 237. DHTXLYDOHQFLD VH UHILHUH D OD UHVSQRVDELOLGDG HQ TXH LQFXUUH HO JUDYH QR D OD FDUJDSCHEODSMD 1960, XCII, 279.

“ideal ético con ropaje jurídico”²⁸⁴. De todas maneras la responsabilidad iba hasta la *vis maior*, en el sentido de que no eran de cargo del deudor la pérdida o el deterioro fortuitos: algo similar a lo que hoy se entiende por obligación de resultado por los sostenedores de dicha categoría, pero con juzgamiento concreto y temperado²⁸⁵. Y una anotación fundamental para establecer la identidad del régimen nacional: la diferencia entre las normas de los arts. 1604 a 1606 c. c. y las de los arts. 1147 *code civil fr.* y 1218 *codice civile*, como quiera que estos dos últimos preceptos vinculan la responsabilidad del deudor si este no prueba que el retardo o la inexecución se debieron a una *causa extraña o no imputable* a él²⁸⁶.

61. “res perit venditoris”

Ese régimen se extendió a la obligación del vendedor respecto de la cosa vendida: *custodia venditoris*: el “*periculum emptoris* era *periculum vis maior*, puesto que el *venditor* respondía de *custodia* hasta el momento de la *traditio*”²⁸⁷, de manera que delante de tales acontecimientos extraordinarios el vendedor quedaba libre de su obligación relativa a la cosa vendida, en tanto que el comprador no podía repetir el precio pagado, ni considerarse exento de la obligación de pagar el que tuviera pendiente: el vendedor podía, pues, exigir el pago del precio, y se entendía que de esa manera había un equilibrio en las cargas, dado que el comprador tenía derecho a frutos y aumentos de la cosa a partir del contrato²⁸⁸ (cfr. art. 1876 c. c.). En el derecho justiniano se aligeró la responsabilidad del vendedor por causa de imposibilidad sobrevenida, sin embargo de lo cual mantuvo su crédito relativo al precio en caso de pérdida no imputable a él, con desventaja evidente para el comprador²⁸⁹. Pues

²⁸⁴ ³/D□ FXOSD□ HV□ GHILQLGD□ HQ□ PXFKRV□ SDVDMHV□ GH□ ODV□ IXHQWHV□□ PiV□ R□ PHQRV□ UHWRFDGRV□ SRU□ ORV□ diligencia propia de un padre de familia cuidadoso. En el derecho posclásico, con carácter general, la *culpa* no es otra cosa que lo opuesto a *diligentia*’□ JORS-KUNKEL. *Derecho privado romano*, cit., p. 257□□ ³SELHUWDPHQWH□ HO□ GHVDUUROOR□ SRVFOiVLF□ con su actitud moralizadora, que la filosofía griega había preparado y que el cristianismo robusteció, colocó en el centro de la responsabilidad la tendencia a ver el supuesto de hecho subjetivo, la culpa como postura reproachable [...] Rige el principio general de responsabilidad por culpa, a causa de la conculcación de la *diligentia*, y ciertamente la conducta del *diligens pater familias* como medida abstracta, como dirección y medida de la conducta concreta. Esta medida del padre de familia FXLGDGRVR□□ VXUJLGD□ GH□ OD□ pWLFD□ JULHJD□□ SXGR□ FRPXLFDUVH□ D□ ODV□ WHRU□ DYKABH□ LHQWDOHV□ SRU□ PI□ Das römische Privatsrecht, 1, cit., p. 253 y s. y 257. Cfr. MARTON. *Un essai de reconstruction du développement du système classique romain de responsabilité civile*, loc. cit.

²⁸⁵ CANNATA. Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano, cit., p. 130 y ss.

²⁸⁶ Cfr. BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 87 y ss.

²⁸⁷ Cfr. ARANGIO-RUIZ. Responsabilità contrattuale in diritto romano, cit., p. 147 y ss.; ID. La compravendita in diritto romano, II, Napoli, 1956, § 13; CANNATA. Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano, cit., p. 134 y ss.; JORS-KUNKEL. *Derecho privado romano*, cit., p. 326 y ss.; SCHULZ. *Derecho clásico romano*, cit., n.º 929.

²⁸⁸ ³(O□ YHQHGHRU□ VH□ REOLJDED□ D□ FRQVLGHUDU□ OD□ FRVD□ FRPR□ VL□ IXHUD□ SURSLD□ GHA□ FRPSUDGRU□□ 'HEiD□ comprador y había asumido también la responsabilidad por culpa y custodia. Todo esto le hacía acreedor a una recompensa y tal era el precio convenido en el contrato. La regla aludida, en su contexto clásico, lejos de ser injustificada, constituye la VROXFLYQ□ LGHDO□ GHO□ SUREONPDG□ SQWHEG□ Responsabilità contrattuale in diritto romano, cit., p. 147 y ss. Cfr. SCHULZ. *Derecho clásico romano*, cit., n.º 919, p. 509 y s. Cfr. vs. DE ZULUETA. *The Roman Law of Sale*, cit., p. 34.

²⁸⁹ ³(Q□ GHUHF□ Justiniano, el vendedor era solamente responsable por culpa, y la recompensa del precio resulta tal vez desproporcionadamente elevada, en relación con los deberes que sobre él pesaban, aunque la norma opuesta: *periculum est venditoris*, sea todavía peor SRU□ VXV□ FRQVHF□ SQWHEG□ *Derecho clásico romano*, p. 510□□ ³ILQJXD□ Pi□ LPD□ KD□ VLGR□ nunca tan discutida como esta, especialmente desde el punto de vista de la oportunidad. Ella implica que, pereciendo la cosa [...] por causa de fuerza mayor antes de que el vendedor la hubiera entregado al comprador, este último no sólo no podía (como es natural) pretender algo, sino que continuaba obligado a pagar el precio [...] Los principios frente a los cuales la regla *periculum est venditoris* constituye una derogación de equidad discutible, pueden resumirse así: la regla general es que los casos de fuerza mayor liberan a todos los deudores [...] Es justo que el vendedor no siga obligado entonces frente al comprador, pero, cuando habiendo seguido siendo propietario o poseedor de la cosa hasta el momento de la pérdida, el vendedor puede exigir del comprador que le pague el precio, parece injusto el destino de este de tener que soportar una responsabilidad por lo fortuito [...] Al comprador se le aplica, es cierto, la regla general *cuius commoda eius et incomoda* [...] pero los riesgos FRQWUDULRV□ VRQ□ PXFKR□ PiV□ IUHFXHQWHV□ TXH□ ODV□ HYH□ KXQD□ EDGHLA□ IDYRUDEOHV□□

bien, el código de comercio de 1971 invirtió ese desequilibrio al estatuir que “en la venta de cuerpo cierto el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito antes de la 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. 929), y análogamente para la hipótesis de aportación de bienes a sociedad (arts. 27 a 28)²⁹⁰.

62. la variedad de regímenes de responsabilidad

En el último siglo la renovación de la ciencia romanista fue total en esta materia, y ello permite observar con enorme desconfianza el empeño de buena parte de la doctrina civilista de aplicar a todas las obligaciones de entregar cuerpo cierto una misma solución: bien como si la única defensa permitida al deudor fuera el caso de fuerza mayor, bien como si en toda oportunidad le bastase aducir y probar ausencia de culpa para exonerarse de cualquiera responsabilidad²⁹¹. El análisis cuidadoso y desprevenido del deber de custodia, caso por caso —y así ha de adelantarse—, lleva a concluir que la realidad social y normativa impone variedad de soluciones, y muestra, además, que no es cierto aquello de que “sin culpa no hay responsabilidad, es decir, no hay obligación de indemnizar”²⁹², como quiera que se dan situaciones en las cuales al deudor de nada le vale alegar y probar diligencia y cuidado, si se quiere máximos, pues la ley lo coloca por fuera del campo de la culpa, al reducir las posibilidades de exoneración de responsabilidad, no sólo excluyendo la relevancia del comportamiento diligente, sino inclusive yendo más lejos, al no bastarse con la prueba de cualquier *elemento extraño*, sino llegando al punto de excluir alguno o algunos de ellos: “responsabilidad agravada”²⁹³, cual acontece en los casos del posadero y de “los

compravendita in diritto romano, cit., p. 251 y ss. VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, III, *Obligaciones*, cit., p. 442, sostiene que

“HQ□ GHUHFKR□ FRORPELDQR□ GHEH□ UHVROYHUVH□ HQ□ HO□ VHQLWGR□ GH□ GDU□ SUHYDOHQFLD□ D□ ODV□ UHJODV□ DSOLFDFLyQ□ SDUWLFXODU□”

²⁹⁰ Cfr. DEMOGUE. *Traité des obligations*, 6, cit., n.º 113 y ss.

²⁹¹ “D□ REOLJDFLyQ□ GH□ FRQVHUYDU□ FRPSRUWD□ UHVSQVDELOLGDG□ GH□ SOHQR□ GHUHFKR□ VL□ OD□ FRVD□ QR□ HV□ SU□ DEMOGUE. *Traité des obligations*, 6, cit., n.º 166, p. 172□□□ (O□ FDU□ FWHU□ μ□ GHVFDUQDGR□ □ GH□ OD□ REOLJDFLyQ□ GH□ GDU□ HV□ V□ los redactores del *code* quisieron tratarlo, fueron incapaces de consagrarle un solo artículo [...] El influjo de la fuerza mayor es tal, que podría preguntarse si la obligación de dar no es una obligación de garantía. Una conclusión tal nos parecería excesiva. Las obligaciones GH□ GDU□ VRQ□ VRODPHQWH□ GHWHUHQGDV□ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 1, Paris, 1957, n.º 669, p. 742 y s. Para URIBE HOLGUÍN. *Cincuenta ensayos*, cit., n.º 48□□□ QR□ HV□ SRVLEOH□ probar que la cosa pereció a pesar de la custodia del deudor, sin demostrar por qué causa pereció: de lo contrario, la REOLJDFLyQ□ GH□ FRQVHUYDU□ OD□ FRVD□ VHU□ D□ GH□ PHGLRV□ □ HO□ GHXGRU□ QR□ VHU□ D□ UHVSQVDEOH□ GH□ seguridad para los derechos, inclinándose más a favor de los acreedores, la doctrina se ha dividido y hay juristas que van más allá de la exigencia de la prueba de la simple ausencia de culpa y no exoneran al deudor de responsabilidad sino cuando éste logra demostrar la existencia de una causa precisa del daño y que el daño no le es imputable [...] Tratándose de obligaciones de dar cuerpo cierto, la sola ausencia de culpa no descarga responsabilidad; es necesario, además, que el deudor demuestre HO□ FDVR□ IRUWXLWR□ □ TXH□ pVWH□ *ROCHA DE ALFONSO ENRIQUE*, cit., p. 333 y 339. Cfr. CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 11, cit., n.º 1068-70, p. 524 y s.; 527 y s.; OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 726, p. 608.

²⁹² Cfr. IHERING. *Der Geist des römischen Recht*, p. 40 y ss., citado por CANNATA. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, cit., p. 8□□□ (Q□ *de magnum* de las teorías sobre la culpa, y por la dificultad de discernir directrices precisas y unívocas de la doctrina, la jurisprudencia, tanto en Francia como en Italia, ha desempeñado un papel considerable, no sólo en la apreciación de los hechos, sino también en la formulación de principios generales. En este campo la Corte Suprema, aún hoy, no se limita a censurar las decisiones de los jueces de mérito por el aspecto de falta de motivación sobre un punto decisivo de la controversia, sino que, asumiendo directamente el control de la calificación jurídica de la culpa, termina por desarrollar una apreciación de los hechos que va mucho más allá de la función que le compete como juez de OHJLWLPLGDG□ *Tratatto breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 5 [*Tratado de la responsabilidad civil*, trad. esp. de AIDA KEMELMEJER, Buenos Aires, 1996].

²⁹³ Cfr. VISINTINI. *Tratatto breve della responsabilità civile*, cit., p. 78.

296 Cfr. ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 111; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, cit., p. 246 y s.; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, 2, § 255, 2.

65. género indefinido y género limitado

Aquí es particularmente importante repasar e interpretar el contenido del título y observar hasta qué punto, de acuerdo con él y con las circunstancias antecedentes y posteriores, ha de entenderse circunscrito o limitado el género, para así poder juzgar el comportamiento del deudor y determinar los límites a la injerencia del acreedor, teniendo presente que en materia de géneros, en principio, impera la conocida regla *genus non perit* o *genera non pereunt*, que le impone al deudor el deber de entrega de las cosas debidas con asunción de íntegros los riesgos, de manera que mientras haya individuos de los caracteres indicados habrá de realizar la prestación real (débito primario), con posibilidad de aducir la fuerza mayor impeditiva del cumplimiento sólo en cuanto al retardo (art. 1616 [2] c. c.), pero no en lo que atañe a la inejecución definitiva³⁰¹.

Acerca del género limitado conviene tener en cuenta que esa circunscripción puede obedecer a una declaración de las partes, como cuando se estipula: “en cuanto alcance la provisión o el *stock*”, o “vendo tantas reses de tal hato”, como también puede derivar de una disposición legal: p. ej., arts. 848 y 858 c. co., o de la naturaleza de las cosas: como cuando se contrata sobre una cosecha, un embarque, o sobre lo que hay en un depósito o almacén, o respecto de la producción de una fábrica o taller (cfr. art. 1877 c. c.)³⁰².

66. escogencia de los géneros

La escogencia de esos bienes corresponde al deudor, salvo que por ley, o por negocio

298 (O)DFUHHGRU□QR□HVWw□LQWHUHVDGR□HQ□XQ□HMHPSODU□GHWHUPLQDGR□ELHQ□SRU□WUDWDUVH□GH□XQ□
UHVXOWDU□WRGDV□ODV□SLHDV□LJXDHOV□DV□FDXVD□GH□OD□MÁSICUS□TPOKILU□IGHIADIA□FDFLyQ□HQ□VHULI
obligacionales, I, cit., p. 95.

300 Así MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 97 □ TXLHQ □ DJUHD □ TXH □ ³FRPR □ FDUDFWHU □ VWLFD □ GHO □ JpQ □ toma en consideración también en particular *la pertenencia a una determinada provisión* o la procedencia de una cierta producción [...] El sentido económico de esta delimitación es que el deudor no quiere estar obligado al mercado para el VXPLOLVWUR □

301 REOLJDFLyQ GHGDUUμFRPSRUWD¶ VLHPSUH¶X
SRUORFXDOGDFDELGD DMDZEXHURepsRREllitá civile, 1, cit., p. 743.

302 Cfr. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, cit., p. 245.

p. ej., porque se presenta un incendio fortuito u ocurre un saqueo en sus bodegas, o la producción se ve interrumpida por una explosión de las máquinas, o por prohibición intempestiva de la importación de materias primas, o, incluso, por una huelga de sus trabajadores. Y también hay lugar a averiguar por la situación del deudor en el evento de perecimiento o deterioro de los objetos una vez seleccionados y despachados, o luego de haber sido ofrecidos al acreedor, o sea con posterioridad a la llamada *mora creditoris*. En fin, no por marginal ha de perderse de vista la eventualidad de que el género debido resulte fuera del comercio por una disposición legal, administrativa o policiva, sobrevenida en el entretanto, determinante de una imposibilidad absoluta.

69. el agotamiento del género

El agotamiento del género, tanto por razones de hecho como por determinaciones normativas, en cuanto constituya una imposibilidad absoluta y no simplemente una incapacidad individual, o aun en razón de esta, cuando se trata de la producción del deudor, y siempre que se le pueda calificar de fuerza mayor, lo exonera de deuda y responsabilidad (cfr. art. 930 c. co.), naturalmente en cuanto ello acontezca sin haber incurrido el deudor en mora, dentro de un cierto paralelo con las obligaciones de especie³⁰⁹, pero con un mayor rigor, habida cuenta de la responsabilidad absoluta, de principio, a cargo del obligado³¹⁰. Lo cierto es que, agotado o desaparecido el género limitado de modo no imputable al deudor, este no está obligado a ejecutar la prestación con cosas no comprendidas en él³¹¹, lo que quiere decir que se libera. Igual tendrá que ser el tratamiento en la hipótesis de imposibilidad absoluta de entregar el género indefinido; sólo que este caso es más difícil que se configure en la práctica. Piénsese, p. ej. en el compromiso de suministrar géneros cuyo comercio es prohibido luego legal o administrativamente³¹².

70. concentración de la prestación

La concentración de la prestación, o sea la selección definitiva de los bienes, se da con el pago, y en tal supuesto nada hay que decir sobre riesgos, toda vez que, recibidas las cosas por el acreedor, él, como dueño de lo que tiene en su poder o en otras manos, asume las consecuencias de lo que le llegue a ocurrir a lo suyo. Empero, cabe pensar en los efectos de la concentración o concreción de la obligación en la cosa o las cosas apartadas y alistadas para el pago, a propósito de conflictos entre las partes sobre el carácter definitivo o no de dicha selección: el deudor no puede cambiar los bienes y el acreedor tampoco puede exigir

³⁰⁹ El *genus limitatum* impone, ciertamente, al deudor un deber de custodia, más intenso cuando la elección no es de su resorte, respecto de todos los individuos comprendidos en él; pero a la vez le permite exonerarse en términos análogos a los de la obligación indeterminada por medio de la imposibilidad en el contenido prestacional, que continúa siendo posible como una individualidad concreta, sino que dicho contenido sigue siendo objeto de la obligación. Cfr. F. von Canaris, *loc. cit.* Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, cit., p. 368.

³¹⁰ El § 275 BGB SUHYLHQH³ 6L³ HO³ REMHWR³ HV³ GHWHUPLQDGR³ VRODPHQWH³ SRU³ HO³ Jp³ QHUR³ HO³ GHXGRU³ UHVS³ género sea posible, aun encontrará QGRVH³ HQ³ LPSRVLELOLGDG³ SHUVRQDO³ VLQ³ KDEHU³ LQFXUULGR³ HQ³ FXOSD³ BIANCA. *REEOLJDJLRQH* n.º 62, p. 112.

³¹¹ BIANCA. *REEOLJDJLRQH* n.º 62, p. 112.

³¹² ³/D³ REOLJDJLRQ³ JHQpULFD³ VH³ KDFH³ LPSRVLEOH³ FXDQGR³ SXHGD³ GHPRVWUDUVH³ TXH³ KD³ GHVDSDUHFLGR³ tQ³ obligación. Se trata de una hipótesis marginal, pero que puede darse. En esta hipótesis, si el perecimiento o la imposibilidad no dependen del hecho del deudor, este queda exonerado definitivamente del cumplimiento. En caso contrario, la obligación sigue en pie con todas las coQVHFXHQFLDV³ MXLQGLFDW³ delle obbligazioni, cit., p. 26. Para el deudor de una cosa GH³ Jp³ QHUR³ LQGHILQLGR³ QR³ KD³ IXHUJD³ PD³ RU³ OLEHUDWRULD³ GLVWLQWD³ CARBONIERE³ GH³ SXHVWD³ IXHUJD³ civil, obligations, cit., n.º 74. Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, loc. cit.

su cambio, desde que reúnan las condiciones preestablecidas³¹³; y sobre los riesgos de las cosas escogidas. Es obvio que aquí todo gira en torno de lo que haya de entenderse por “concentración” de la prestación, que tiene que manifestarse con nitidez e irrefragabilidad, como sería el envío de las mercaderías a su destinatario o su ofrecimiento real³¹⁴.

71. “mora creditoris” y riesgo del género

El § 300 BGB dispone, como “efecto de la mora del acreedor”, que “[c]uando la cosa debida está determinada solamente por el género, el riesgo corre para el acreedor desde el momento en que entra en mora, por no aceptar la cosa ofrecida”. La diferenciación entre prestaciones que el acreedor ha de recoger o buscar y aquellas que se le han de entregar o enviar es de trascendencia en la tarea de puntualizar cuándo se concretó la prestación y, por ende, poder apreciar fáctica y socialmente con precisión la conducta de una y otra parte a la luz de los patrones del contenido prestacional³¹⁵.

72. ejecución forzada

Para la ejecución forzada de las obligaciones relativas a géneros distintos del dinero, el código de procedimiento civil autoriza al acreedor para exigir, junto con su entrega, el pago de perjuicios tasados en una suma mensual estimada bajo juramento (art. 493). Señalada la oportunidad para que el deudor los presente y obrando este de conformidad, el juez, delante de la ausencia del acreedor o de su renuencia inmotivada a recibirlos, designará secuestre para que se haga cargo de ellos y declarará satisfecha la obligación. Y si lo que sucede es que el acreedor objeta la calidad de los bienes, el juez también procede a su secuestro hasta cuando falle la objeción, previo dictamen de peritos, rechazándola y declarando cancelada la obligación en todo o en parte, o acogiéndola y ordenando al deudor presentar los géneros debidos, o pagar su valor, junto con el monto de los perjuicios (art. 499 c. de p. c.). No prevé el código expresamente la ejecución *in natura* de estas obligaciones; sin embargo, nada se opone, ni conceptual ni prácticamente, a que, en forma análoga a la ejecución específica de las obligaciones de entregar cuerpo cierto (art. 499 [4] c. de p. c.), se proceda a secuestrar los géneros en poder del deudor y a disponer su entrega al acreedor para la satisfacción de la acreencia, quedando a salvo su derecho a la indemnización (moratoria) complementaria³¹⁶.

IX. obligaciones pecuniarias*

³¹³ Cfr. BARASSI. *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, cit., p. 250.

³¹⁴ ³&RQ□ OD□ FRQFHQWUDFLyQ□□ HO□ ULHVJR□ GH□ OD□ SpUGLGD□ IRUWXLWD□ GH□ ODV□ FRSER□ VHOHFFLRQDGDV□
Schuldrecht, cit., p. 114. Cfr. BARASSI. *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, cit., p. 250; MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, 1, cit., p. 99□□³QWHV□GH□OD□HVFRJHQFLD□□QR□SRGU□HO□GHXGRU□DOHJDU□SpUGLGD□R□GH□
proveQJDQ□GH□IXHUJD□PD□RU□R□FDV□~~246RLUWZGEBART de DOW~~□□

³¹⁵ ³(Q□KDELHQGR□KHFKR□HO□GHXGRU□RIHUWD□UHDO□DO□DFUHHGRU□□R□HO□HQY□R□FDEDO□R□DSDUWDGR□ORV□
que este los recoja, él debe solamente las cosas seleccionadas. Por consiguiente, *el riesgo de la prestación* es del acreedor, o
VHD□TXH□HO□GHXGRU□VH□OLEHUD□SRU□OD□SpUGLGD□GH□OD□SRUFLYQ□R□FDQWELGD□GH□HO□
Schuldrecht, cit., Rn. 158, p. 81.

³¹⁶ Cfr. M. GIORGIANNI. *7XWHOD□GHO□FUHGLWRUH□* ~~En el *Procedimiento de ejecución civil*, 1975, p. 860, con cita de~~
casación francesa del 5 de junio de 1972.

* Cfr. T. ASCARELLI. *Obbligazioni pecuniarie*, en *Comm. del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1.ª ed., reimpr., Bologna-Roma, 1971; H. ALEGRÍA y J. C. RIVERA. *La ley de la convertibilidad*, Buenos Aires, 1991; A. A. ALTERINI. *El reajuste de las deudas dinerarias mediante los intereses*, en *Revista Jurídica de la Asociación de abogados de Buenos Aires*,

Una observación fundamental delantera a propósito de la obligación pecunia-ria es la de su individualidad propia, distinta de las demás, en atención a la naturaleza misma de su objeto: dinero³¹⁷, que muestra caracteres singulares³¹⁸. Mucho se ha discutido, sin que el debate pueda considerarse cerrado, acerca de si el dinero es o no un género³¹⁹, y más

n.º 3, 1992; ID. *Desindexación de las deudas*, Buenos Aires, s. d. (1996); O. ALVIAR. *Los instrumentos de dirección monetaria en Colombia*, 6.ª ed., Bogotá, 1980; AA. VV. *Indexación en el derecho argentino y comparado*, Jornadas auspiciadas por la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Rosario, 1976, Buenos Aires, s. d. (1979); AA. VV. *Las obligaciones dinerarias*, III Foro nacional de derecho mercantil, Bogotá, 1987; C. D. BARRERA-TAPIAS. *Las obligaciones en el derecho moderno*, Bogotá, 1995; BONET CORREA. *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981; J. S. BRANA et M. CAZALS. *La monnaie*, Paris, 1997; J. CARBONNIER. *Théorie des obligations*, cit., *Théorie de la monnaie*, p. 15 y ss.; G. CARLI e F. CAPRIGLIONE. *Inflazione e ordinamento giuridico*, Milano, 1981; F. CAPRIGLIONE. *Moneta*, en EdD., Aggior. III, Milano, 1999; B. CARREÑO-VARELA. *El tratamiento jurídico del dinero*, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 317, 2000; J. CUBIDES-CAMACHO. *Obligaciones*, 4.ª ed., Bogotá, 1999; L. CURRIE. *Moneda en Colombia, comportamiento y control*, Bogotá, 1987; G. DE WENDY. *Revaluación de deudas dinerarias*, Buenos Aires, 1976; A. DI MAJO. *Obligazioni pecuniarie*, en EdD., XXIX, Milano, 1979; ID. *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996; J-P. DOUCET. *ALQGHIDWV*, 1965; J. G. FLEMING. *The Effect of Inflation on Civil Liability*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXX, 1982; G. FRANCO. *La rivalutazione dei crediti pecuniari*, Milano, 1992; F. FUEYO-LANERI. *Corrección monetaria y pago legal*, Bogotá, 1978; G. GANDOLFI. *La rivalutazione dei crediti pecuniari (nella prospettiva di una codificazione europea)*, en *Scritti in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998; L. N. GURFINKEL DE WENDY. *Depreciación monetaria, revaluación de deudas dinerarias*, Buenos Aires, 1976; E. W. KEMMERER. *Oro y patrón oro*, trad. esp. de M. SERRA MORET, 2.ª ed., Buenos Aires, 1959; B. INZITARI. *La moneta*, en *Trattato di dir. commerciale e di dir. pubblico della economia*, dir. da F. GALGANO, vol. 6, Padova, 1983; B. INZITARI y M. C. MALINCONICO. *ALQHILDFDL GHOD*, determinazione degli interessi bancari mediante ³UHODVW, mancanza di univocità e precisione dei criteri di riferimento, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Padova, 1992; B. INZITARI. *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000; R. LIBCHABER. *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, 1992; V. LOJONACO. *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955; R. LÓPEZ CABANA. *La convertibilidad de la nueva moneda nacional*, en *Libro Homenaje al Prof. Félix A. Trigos Represas*, Buenos Aires, 1993; F. A. MANN. *The Legal Aspect of Money*, 4.ª ed., Oxford, 1982; A. MERINO GUTIÉRREZ. *Alteraciones monetarias y obligaciones pecuniarias en el derecho privado actual*, Oviedo, 1985; L. MOISSET DE ESPANÈS, J. MOISSET ITURRASPE y C. F. TORRES. *El desagio*, Santa Fe, s. d. (1985); L. MOISSET DE ESPANÈS, R. D. PIZARRO y C. G. VALLESPINOS. *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, 1981, W. NAMEN VARGAS. *Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria*, en *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, 3, Bogotá, enero-junio 1998; F. NAVIA ARROYO. *Obligaciones dinerarias y corrección monetaria*, en *Externado, Revista de la Universidad*, 1, abril, 1984; NUSSBAUM. *Money in the Law National and International*, Brooklyn, 1950; A. R. NUTA, A. BELLA y R. F. NAVAS. *Obligaciones dinerarias*, Buenos Aires, 1994; E. NUZZO. *Rivalutazione e conguaglio monetario*, en EdD., Aggiorn. I, Milano, 1997; A. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *El incumplimiento recíproco del contrato y la corrección monetaria*, Bogotá, 1992. M. PÉDAMON. *ARU DX UHJDUG*, en *Moneta*, cit., 1976; E. QUADRI. *Danni nelle obbligazioni pecuniarie*, en *Questioni attuali di diritto privato*, Napoli, 1992; ID. *La riforma del saggio degli interessi legali*, en *Scritti in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998; L. F. RESTREPO URIBE. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*, Bogotá, 1984; G. SOUCI. *La especificidad jurídica de la obligación de pagar una suma de dinero*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, Paris, 3, jul-sept. 1982 (trad. esp. en *Externado, Revista de la Universidad*, 2, Bogotá, agosto, 1984); G. STAMMATI. *Moneta*, en EdD., XXVI, Milano, 1976; TRASBOT. *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, en *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offerts à G. Ripert*, II, Paris, 1950; G. VISINTINI e A. DI AMATO. *La valuta*, en *Trattato di dir. commerciale e di dir. pubblico della economia*, dir. da F. GALGANO, vol. 6, Padova, 1983; J. WEATHERFORD. *The History of Money*, New York, 1997; A. YORAN. *Solutions judiciaires et OpJLVODWLYHV DX FRQVHTXHOFHV GH OJLOJODWLRQ VXLGHQ FRQWUDVHT HOD GHVYONQZIRKLV HPHQW VDQV*, General report, XI Congreso internacional de derecho comprado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 1982.

³¹⁷ ³6yORHQ WLHPSRV *pecunia* para indicar prevalectientemente el dinero o, menos frecuentemente, el patrimonio en sentido económico. La explicación usual del término es la de que deriva de *peccus* (-oris), mediante una generalización de la palabra que indicaba el ganado, la mayor riqueza en los tiempos primitivos. Pero el estudio de la etimología indoeuropea *peku*, en sus aplicaciones en el ámbito indo-iraniano, itálico y germánico, indujo a BENVENISTE (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1 [1969]), a sostener que el primer significado de *pecunia* fue precisamente el de patrimonio mueble (tomando patrimonio en el sentido económico de riqueza); lo que, de ser cierto, confirmaría aún más nuestra UHFQVWUXFWLYQ. *Diritto privato romano*, cit., p. 431, nota 42.2.3.

³¹⁸ SAVIGNY KLJR UHHUHQFLD D OD FDLGDG FDL PLVWHULRVD TXH VHSUD D DO GLQHUR GH ODV GHPIV FRY

³¹⁹ Por lo general la doctrina da por sentado que la de dinero es una obligación de género. LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 13, III UHFKDJD GH SODQR HVD SRVLEOLGDG *no es requisito para la obligación de género* [...] La obligación de dinero no es obligación GH FRVD SRU HOOR WDPSRFR HV REOLJDFLYQ GH JPHUR QL REOLJDFLY

dar-entregar (transferir) una cantidad de unidades monetarias³²³, y que son, sin duda, las más universales y frecuentes de todas³²⁴. Es inusitada la obligación surgida de responsabilidad “contractual” o “extra-contractual” cuya prestación no consista en pagar una suma de dinero (obligación resarcitoria), correspondiente al valor de los daños y perjuicios sufridos por la víctima demandante; íntegras las obligaciones derivadas del enriquecimiento sin causa son pecuniarias; así mismo, las más de las obligaciones nacidas de hechos jurídicos varios (“ley”), por no decir todas (p. ej., alimentos, contribución al cerramiento en el lindero común, cuota de gastos y expensas comunes en propiedad horizontal); y en lo que respecta al negocio jurídico como fuente de la relación crediticia, ha de observarse que la más abundante de las obligaciones, casi que indefectible, es la pecuniaria. Sin ir más lejos, es inusitado el contrato que no la contiene, cualquiera que sea el nombre de la prestación: precio, porte, canon, prima, tasa, regalía. A lo que se agrega lo ya anotado repetidamente en cuanto a la exigencia de que la prestación que no sea pecuniaria ha de ser, indefectiblemente, apreciable en dinero (*infra* n.º 177), a fin de asegurar la efectividad del deber del deudor (*perpetuatio obligationis*) por medio del subrogado pecuniario del débito primario, que, como se sabe y se ha repetido, es la vía más socorrida para asegurar la satisfacción del interés del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, así sea indirectamente.

En fin, han de resaltarse la importancia y la magnitud desbordadas de la actividad financiera en el mundo actual, con multitud de operaciones, todas en dinero, muchas con el empleo de nuevas figuras negociales (atípicas), a lo largo y ancho del globo, a toda hora, con infinidad de actores y agentes³²⁵. Sin embargo de lo cual, curiosamente, es exiguo el número de preceptos con los que los códigos regulan el funcionamiento de esta clase singular de prestaciones; apenas atienden a lugar del pago, intereses, pago en moneda extranjera, y pare de contar; al paso que abundan las disposiciones administrativas reglamentarias de los servicios de las entidades financieras.

75. definición de moneda

Moneda, dinero, plata, *pecunia*. Aquí, para comenzar, interesa señalar qué es, pero, sobre todo, cuáles son sus funciones y, por lo mismo, sus proyecciones económicas, financieras, crediticias, en lo que corresponde al derecho de obligaciones³²⁶. La definición de “moneda”

³²³ 6H□VLJXH□KDEODQGR□GH□³GDU□XQD□VXPD□GH□GLQHUR□□QRaBENWpQWm-rias,En,HO,SDUR,deGH□ODV□REOL cantidades abultadas, raramente se hace en billetes y monedas, sino, de ordinario, por medio de cheques, remesas, abonos en cuenta, transferencias electrónicas, por razones de comodidad, pero, ante todo, de seguridad.

³²⁴ ³/D□REOLJDFLyQ□GH□SDJDU□XQD□VXPD□GH□GLQHUR□□SRU□DVt□GHFLUOR□□OOHQD□OD□YLG□□HV□XQD□HVSHI XQD□REOLJDFLyQ□GH□HVD□FODVH□HV□RPQLSUHVHQWH□HQ□ODV□GLVWLQWDV□UDNOV□GH□GHUHFKR□□SXH especificidad jurídica de la obligación de pagar una suma de dinero, cit., n.º 1.

³²⁵ Gráficas y dicientes las metáforas de K. DUDEN. *Gestaltwandel des Geldes und seine rechtliche Folgen*, 1973, p. 9, citado por INZITARI. *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 21□□OD□FLUFXODFLyQ□GHO□GLQHUR□QR□HV□VD□OD□RSHUDFLyQ□G que traslada, acumula, divide innumerables trocitos (de dinero) moviéndolos de un lugar a otro, sino, mejor, la de un molusco enorme que sin interrupción contrae y expande su cuerpo, en una dirección o en otra, alargando y moviendo sus tentáculos en un movimiento continuo, manteniendo siempre el cuerpo estrechamente ligado a la unidad de los aparatos y de la RUJDQLJDFLyQ□EDQFDULD□

³²⁶ ³UREOHPDV□WDOHV□FRPR□OD□SRaBENWpQWm-rias,En,HO,SDUR,deGH□ODV□REOL Y la sanidad de la moneda, no le conciernen al jurista, más interesado en los planteamientos de los economistas en razón de los cuales, cuentas bancarias, giros postales, bonos, giros bancarios, letras de cambio y cheques son considerados como moneda, y bien podrían ser tratados legalmente FRPR□PRQHG□□HQ□XQ□FRQWH□WR□HVSHFLDO□FRPR□HV□HO,En,HO,SDUR,deGH□ODV□REOL Di-QHUR□□LQVWUXPHQWRV□QHJRFLEOHV□□HPLWLGRV□SRU□HO,En,HO,SDUR,deGH□ODV□REOL no es idéntico al derecho de crédito. [Aunque] De un lado, los abogados fácilmente admiten que para los economistas el dinero bancario se tiene, incondicionalmente, por moneda. Pero, de otro lado, los economistas han que reconocer que para casi todos

o, más bien, la puntualización de su concepto, es fundamental, universal, individual y colectivamente, por múltiples razones. ¿Definición económica, definición jurídica, legal?³²⁷. Ningún ordenamiento da respuesta conceptual, pero todos se ocupan –a veces hasta la exageración– de su disciplina³²⁸. La moneda es un “bien”, un “bien mueble”, una “mercancía”³²⁹, sólo que trasciende su identidad como tal: del valor intrínseco del metal se pasa al factor “confianza”, y en oportunidades al de “impotencia” (del curso legal al curso forzoso), representativo y destinado a pasar de mano en mano (“medio circulante”). “Moneda es todo aquello que sirve o funciona como instrumento de cambios”. De la moneda de cebada, pasando por la de ganado, siguiendo con la metálica (“monedas”), se llega a la de papel (“billetes”): real, estatal, bancaria, también superada por el dinero electrónico, de todos modos con un carácter de “documento” con sello, respaldo e imperio de un Estado o de una unión estatal³³⁰. Pero la moneda es un símbolo antes que nada, o dicho con algún acento filosófico: una creación cultural³³¹, cuya trascendencia económica y política es inconmensurable.

Valga indicar que el sistema de Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC– fue creado por medio del Decreto Extraordinario 677 de 1972, complementado por el 678 del mismo año, el 1229 de 1972, el 1269 de 1972, el 1227 de 1990, el 1730 de 1991 y el 663 de 1993, y reglamentado por los decretos 1730 de 1991 y 663 de 1993, así como que a partir su

los abogados, por principio, el dinero bancario es moneda solamente con el consentimiento, expreso o implícito, del

³²⁷ Resulta del mayor interés la discusión acerca de las diferentes perspectivas disciplinarias del derecho y la economía acerca de

financiero, incluyendo el banco central. Las diversas formas de medir el circulante (M0, M1, M2 y así sucesivamente)

³²⁸ Como quiera que muchas veces los problemas financieros (económico-político-monetarios), que de ordinario son complejos

y de manejo difícil, se agravan súbitamente, que su atención es reclamada clamorosamente y con apremio, y que tienen

resonancia y repercusiones enormes, incluso en el ámbito internacional, ha sido y sigue siendo socorrido por parte de los

traducen en intervención (ibid., 2), para la cual, a más de la ley (art. 150 [3, 13 y 19] E.C., G@&3 PHGLDQ ODV IDFXOWD

H[WUDRUGLQDULDV DO 3UHVVLGHQWH 50H100] que se han venido otorgando con abundancia y largueza; y

SRU ~OWLPR ORV SRGHUHV GH LQWHUYHQFLYQ FRFUHWWDGRV DO ODV DFWLYLGDGHV ILQDQLHUD E

UHODFLRQDGR FRQHO PDQHMR DSURYHFKDPLHQWR HQ LQYHUVLYQ 3551358] CHFXUMV VU GH FDSWDFLYQ conFXUUHQ SRU RWUD SDUWH ORV SRGHUHV VREHUDQRV GHOD %DQFR GH OD 5HS~EOLFD FRPR EDQFD

PRQHWULD FDPELDULD FUGLVLKLD; LeDMM (1992). De donde se siguen la coincidencia de funciones,

poderes, aXWRULGDGHV OD YDULHGDG GH FODVHV GH QRUPDV YHUWLGDV VREUH HO SXQWR GH PRQ

manifestaciones, con riesgo, a veces incurrido, de ser contrastantes o repetitivas o fuera de la órbita de competencia

constitucional y legal de aquellas. Y para hacer mayor el conflicto y la consiguiente inseguridad jurídica, la Corte

&RQVLWXFLRQDO DYDQ] HQ VX DILUPDFLYQ GH LQWUSUHW H[FOXVLYR 241 CRQL 555H IDOORV KDFHQ WUQVLWR D FWWLMDQDODDQWV

ejercicio asiduo y resultado oscilante de tales

poderes en materia de normas de índole monetaria y financiera (cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-700, de 16 de

septiembre de 1999, y C-955, de 26 de julio de 2000).

³²⁹ Y cuyo valor propio, naturalmente no escapa a las vicisitudes de la ley de la oferta (M1, M2 OD GHPDQGD GH VX R YDU FRQ OD FRXQWUD HFRQYPLFD (OD YDORU GH GLQHUR HV HQWHQGLGR SRU ORV HFRQRPLVWDV FRPR

(aunque la relación es variable) que esta se deteriora cuando la oferta de dinero crece más velozmente que la demanda, para

finen tales como las operaciones del tráfico y el mantenimiento de liquidez de los agentes económicos.

³³⁰ RFXPHQR GHQWR GH XODLDFLQD ya en el art. 251 F GH S F 3 HQ JHQHDO WRGR UHSUHVHQWDWLYR R GHFODUDWLYR < HQ FXDQR DO OD SUHVHQLD GH (VWDGR FXD VREH

moneda acuñada y el billete, valga observar el advenimiento de una moneda única, primero virtual y real a partir de febrero

76. funciones de la moneda

77. la moneda como instrumento de cambio

Se destaca como función de la moneda³³⁸, ante todo, la de *instrumento de cambio*, vehículo para la intermediación. Dijérase que esa es su razón de ser. De otra manera no se podría dar el intercambio de cosas y servicios. La observación del trueque y la permutación y su comparación con la compraventa permiten sopesar ese significado y esa función del dinero: *medio de cambio*. De la moneda surge la figura de “precio”, presente en toda operación jurídica patrimonial³³⁹. Aquella, por eso y para eso, es un instrumento de medición del valor de cambio de los bienes y servicios, un *medio de valoración de los precios*. Quepa indicar que el ordenamiento en varias oportunidades se vale del dinero como medio de apreciación de bienes, al margen de cualquier cambio: p. ej., para proceder a la partición de bienes comunes entre los asignatarios o copropietarios (arts. 1392 y 2338 c. c.), para juzgar si hubo o no lesión enorme en la enajenación de bienes raíces (art. 1947 c. c.), para determinar el monto de los perjuicios en materia de responsabilidad civil (arts. 1613 y ss.,

339 &DQRQ IOWH SULPD UHJDtD KRQRUDULR VXHOGR VDODULR VRQ HQWUH RWUDV DFHSFLRQ
contraprestación dineraria de la de un bien o un servicio en determinados contratos.

2341 y 2356 c. c.).

78. el dinero como unidad de cuenta

Lo dicho a propósito de la necesaria apreciabilidad de las prestaciones en dinero pone de manifiesto esta función de la moneda como *unidad de cuenta*. Sin por ello descartar la posibilidad de una moneda “ideal”, “imaginaria”, “virtual” o “fantasma”³⁴⁰, que sirva de común denominador para agilizar el comercio entre economías que emplean monedas diferentes. Igualmente, el dinero sirve como *medio de acumulación de poder adquisitivo*. Es *poder de riqueza*, un poder patrimonial (*eine allgemeine Vermögens Macht*), es “poder de compra”³⁴¹, como manifestación de aquel. Si se piensa en la apreciación de un patrimonio, se dirá que asciende a tantas unidades de medida o de cuenta; pero si se discriminan los integrantes de él, se verá cuántas unidades muestra “en contante”, que le dan al titular un poder de adquisición, y que son resultado y expresión de una acumulación de riqueza. En fin, la moneda es un *instrumento de pago de obligaciones* diferidas, esto es, que sirve no solo para el pago de contado, sino también para el futuro (liquidez y liquidabilidad). Acá es oportuno destacar que los títulos-valores de contenido crediticio por excelencia: letras, cheques, pagarés, versan necesariamente sobre dinero (orden o promesa incondicional de pagar una cantidad determinada de él: arts. 671 [1], 709 [1.º] y 713 [1.º] c. co.). Ello impone pensar en la permanencia de los valores (precios), o mejor en la importancia de que la moneda mantenga su “valor” (estabilidad y convertibilidad) y, por ende, su poder liberatorio intrínseco³⁴². Todas esas funciones, sin que importe en qué orden se las enuncie o su jerarquización, ponen de presente la naturaleza y el servicio sociales del dinero.

79. el dinero como instrumento de pago

En lo que respecta a la moneda como objeto que identifica y caracteriza multitud de prestaciones, en su estructura y en su desempeño, interesa señalar primordialmente su función como medio de pago, con poder liberatorio, en principio exclusivo. En esa dirección, ha de anotarse la pluralidad de monedas y de indagarse sobre la legitimidad de su respectiva utilización para operaciones internas, el cubrimiento de la moneda nacional y su poder liberatorio.

La historia de la moneda (y de las monedas) es riquísima en expresiones de competencia entre los poderes políticos y económicos, de imposiciones y defraudaciones por parte de ellos, de envilecimientos veloces y mayúsculos de la moneda o de su poder adquisitivo, hasta las experiencias de la segunda posguerra³⁴³, los empeños de alcanzar una estabilidad

³⁴⁰ Cfr. NUSSBAUM. *Money in the Law and International*, cit., p. 39; STAMMATI. *Moneta*, cit., n.º 1; DI MAJO. *Obbligazioni pecuniarie*, cit., n.º 3.

³⁴¹ SAVIGNY. *Obligationenrecht*, I, p. 405, citado por MANN. *The Legal Aspect of Money*, cit., p. 26 y por DI MAJO. *Obbligazioni pecuniarie*, cit., n.º 2, fue el primer jurista en ocuparse de esta función del dinero, dicho sea de paso, con una posición antinominalista.

³⁴² El derecho a la estabilidad monetaria es un derecho fundamental del ciudadano, y el mantenimiento del valor de la moneda es uno de los deberes primordiales del Estado. La Constitución de 1991 prevé al respecto, en un precepto de naturaleza reglamentaria (art. 373) y sin mayor comentario: “(VWDGR SRU LQWHUPHGLR GH %DQFR GH OD SHS~EOLFD PDQWHQLPLHQWR GH OD FDSLGDGD GTXLVLWLYD GH OD PRQHGD)”.
&RQ DQWHULRULGD D OD *UDQ HSUHVLYQ HO PHFDQLVPR GH HVWDELOLDFLyQ LQWHUQDFLRQDO GH OD

³⁴³ &RQ DQWHULRULGD D OD *UDQ HSUHVLYQ HO PHFDQLVPR GH HVWDELOLDFLyQ LQWHUQDFLRQDO GH OD que funcionó relativamente bien en tiempos de paz. Sin embargo, su operación dependía de la libre convertibilidad, que

insensibilidad, sentimentalismo, y de ser vacilante y oscilante, menesterosa de apoyo en soluciones extranjeras no siempre pertinentes. ¿Cuál la legitimidad y cuál la licitud de aquellas cláusulas? ¿Qué decir del surgimiento de monedas paralelas por iniciativa del propio Estado? ¿Habrán de tratarse todas las relaciones crediticias pecuniarias con el mismo criterio, o cabe hacer distinciones y en razón de qué? Las incógnitas irresolubles y ago-biantes siguen siendo cómo vivir en medio de la inestabilidad monetaria³⁴⁹ y cuáles han de ser la posición y el papel del derecho y de su operador en dicha endemia, como quiera que no sería aceptable que este asumiera una actitud de fermento cultor de la “juridicidad”, de espaldas al conflicto social o diciendo atenderlo con sus abstracciones y su “lectura” (*rectius*, interpretación) del texto constitucional; como tampoco sería de recibo que el jurista, ante todo el iusprivatista, se hiciera de lado para darle paso a la macroeconomía, devota de la “globalización” y desentendida del modo de ser singular de cada pueblo, acá, del nacional y de los principios jurídicos, si que también al constitucionalismo económico, poco sensible al valor de la seguridad del tráfico.

81. composición del interés y corrección monetaria. el interés como compensación

En fin, una observación, elemental pero de grande alcance, en lo que atañe a los componentes y a la función de los intereses. Si se pregunta qué factores influyen en la formación del interés y en las fluctuaciones de la tasa, la respuesta es bien sencilla: el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria ($c + r + d$). La ley de la oferta y la demanda pesa sobre el costo del dinero, como también sobre el nivel del rendimiento de otras inversiones (acciones, bonos, papeles de interés fijo); el riesgo de la clase de operación, el derivado del término al que se pacta y el individual, igualmente afectan la tasa de interés; en fin, y esto es importante subrayarlo, el índice de depreciación se traslada a la cuota de interés: por ese medio el prestamista se protege preventivamente de la desvalorización calculada o temida (o inclusive resulta protegido, como en los eventos de intereses *compensatorios* y, en especial, en el de los moratorios legales). En la determinación de la tasa de interés, indefectiblemente está presente el índice de depreciación de la moneda. En otras palabras dicha tasa refleja e incluye ese factor. Ello quiere decir que a las funciones propias ordinarias del interés: retribución del disfrute del capital y compensación del riesgo de este, se añade la de compensar la devaluación monetaria³⁵⁰. Por eso mismo no es dable liquidar el valor de una obligación incrementándolo con reajuste monetario e intereses a la vez, como quiera que aquel está incluido en estos³⁵¹.

³⁴⁹ Así, STAMMATI, *La moneta*, cit., n.º 33 □ 6H □ KDEOD □ GH □ 'FRKDELWDU □ FRQ □ OD □ LQIODFLyQ' □

³⁵⁰ Cfr. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 92.

³⁵¹ Cuando comenzaba a aceptarse la corrección monetaria, la jurisdicción llegó impávida al extremo de computar juntamente el reajuste y los intereses, con lo que incurría en un *bis in idem*, absolutamente ruinoso e injusto para el deudor. Posteriormente se percató de ello y planteó la alternativa o simplemente tomó en cuenta el factor depreciación que se refleja en los intereses. Cfr. cas. de 24 de abril de 1979, y salvamento de voto, CLIX, 99 a 117; 30 de mayo de 1996, CCXL, 705 a 712. Posteriormente vinieron rectificaciones de aquel contrasentido: cas. de 24 de enero de 1990, CC, 22 □ 31R □ VH □ SXHGH □ DFXPXODU □ HQ □ OD □ FRQGHQD □ pago de una suma de dinero, intereses comerciales de mora, los más altos del tráfico comercial, y corrección monetaria, so pretexto de aplicar el art. 1649, porque la condena al pago de esos intereses abarca todo el monto de la indemnización FRQWHPSODGRU □ HOOR □ De IMXite al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines suprhPRV □ GHO □ 'HUHFKR □ HV □ GHFLU □ RSXHVWR □ D □ OD □ μYLJHQFLD □ GH □ XQ □ RUGHQ □ MXV

³⁵⁷ El nominalismo fija el valor de la moneda por el solo *nomen* DSXHVWR□ D□ ORV□ VLJORV□ PROHWDULRV□

³⁶⁰ /D□H□LJHQFLD□GH□³LQWHJULGDG´□□SOHQISWXC□d□GH□así□equivale al art. 1649 [2] c. c. colombiano), es el fundamento último en que se apoya F. FUEYO LANERI. *Corrección moneta-ria y pago legal*, cit., p. 99 y s., para sostener la OHJDOLGDG□GHO□UHDMSXVWH□□D□ILO□GH□LOFOXLU□OD□³LOGHPOLIDFLvO´□GH□OD□SpUGLGD□GHO□SRGHU□DGTX

distinción entre obligación de valor y obligación pecuniaria (como quiera que necesariamente la deuda de valor está destinada a ser expresada en términos monetarios, es decir, a transformarse en una deuda pecuniaria), sino que, al contrario, es decisiva la identificación del momento en el que la deuda ha de ser medida en unidades monetarias que tengan curso legal”³⁶⁹. Así, tales obligaciones quedarían al margen de las variaciones del valor del dinero, libres de los riesgos de su deterioro³⁷⁰. Esto se planteó inicialmente en materia de estimación de perjuicios, en el supuesto de imposibilidad de resarcimiento *in natura* o vuelta de las cosas a su estado precedente (*omnis condemnatio pecuniaria*), y se extendió luego a los eventos de “conversión” de la prestación específica en la genérica pecuniaria y, seguidamente, a los de restituciones mutuas en caso de nulidad o de resolución del contrato, eventos en los que la ley protege el “derecho de las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato” (art. 1746 c. c.), y de obligaciones de reembolso de gastos y expensas. Más difícil resultaba su inclusión en la categoría obligaciones *ex contractu*, toda vez que en ellas media la estipulación particular de una suma de dinero a secas, como “la” prestación misma. Sin embargo, terminó por imponerse la necesidad de atender a exigencias singulares de diversidad de situaciones concretas con criterio de equidad, que ponían de presente el “contraste entre legalidad y equidad”, de modo de privilegiar la paridad económica sobre la jurídica, antes de abrir la puerta a las cláusulas de “salvaguardia” o de “seguridad del valor del dinero”, o sea con una inocultable discriminación de acreedores y créditos³⁷¹, de modo de sustraer a algunos al “imperio del principio nominalista”³⁷².

“A diferencia de las *obligaciones pecuniarias corrientes*, la magnitud de determinadas obligaciones no se establece por su importe nominal, sino por el valor determinable en dinero de un objeto o de una cuota patrimonial. Se habla entonces de *deudas de valor* [*Wertschuld*]³⁷³, en contraposición a las deudas de *importe de valor* o de *suma* o *cantidad*, que constituyen la forma normal de obligación pecuniaria”³⁷⁴. Las obligaciones de “suma de dinero” (*Geldsummen-schulden*) son las propiamente pecuniarias, con la exigencia o, cuando menos, la tendencia a la fijeza de su importe (principio nominalista), que solamente se quiebra delante de verdaderas catástrofes económicas, por desgracia abundantes a lo largo de la historia. “En las de valor, desde un comienzo, el dinero es apenas expresión de un valor determinado y cambiante”³⁷⁵. Estas obligaciones, en lo que respecta a su cuantía, no están referidas o, mejor, no están vinculadas a una cantidad monetaria, sino a un valor patrimonial. “En alguna medida, son deudas cualitativas y no cuantitativas, de donde se

³⁶⁹ FERRI. Tendenze giurisprudenziali in tema di svalutazione monetaria, 1949, citado por INZITARI. Profili del diritto delle obbligazioni, cit., p. 213.

³⁷⁰ ³DV□GHXGDV□GH□YDORU□WLHQHQ□VLJQLILFDFLyQ□HQ□ELHQHV□FRPR□GHXGDV□GH□YDORU□FXDQGR□QR□HJLV ha de dar en aplicación concreta del principio de equidad, razón por la cual no puede el juzgador, sin pecar de injusto, dejar de averiguar si el capital sobre el cual se pretende aplicar la corrección monetaria corresponde realmente al que es objeto de pago o restitución, en el bien entendido que una afectación que en ese orden se haga de manera indiscriminada o sin el menor análisis, trastoca la función que debe cumplir todo ajuste monetario, pues en vez de servir éste de bálsamo corrector que beneficia al acreedor de una suma de dinero, frente a los cambios económicos ostensibles que suceden con el transcurso del tiempo, puede pasar a ser fuente de enriquecimiento injusto, el cual, por serlo, en ningún caso se puede auspiciar ni pro-SLFLDU□□FDV□GH□H del 2000, exp. 5142, sin publicar.

³⁷¹ Es el caso de las obligaciones de salario y otras prestaciones a favor de los trabajadores.

³⁷² Cfr. DI MAJO. *Obbligazioni pecuniarie*, cit., n.º 15.

³⁷³ ³(O□WpUPL□R□Schuld fue empleado por primera vez en 1926 SRU□HO□7ULEXQDO□D□PSU□D□Obbligazioni pecuniarie, cit., nota 214.

³⁷⁴ LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 13, VI.

³⁷⁵ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 171, p. 88.

Los “intereses” son los frutos del dinero³⁸¹, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria (sea de restituir, sea de pagar el precio de un bien o de un servicio), durante el tiempo que perdure la deuda, en cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje del capital o “principal”³⁸². Como caracteres sobresalientes de ellos se suelen destacar, aunque con ciertas reservas³⁸³: su *accesoriedad* con relación al capital: la obligación de pagarlos “es siempre dependiente de la obligación principal: sin ella no puede nacer, ni continuar” (WINDSCHEID); su *homogeneidad* con relación a esta: siempre son un bien fungible y consisten en “algo de lo mismo” (cfr. art. 2230 c. c.); su *periodicidad*: se devengan por unidades de tiempo: días, meses, anualidades; los intereses se adquieren día a día, el cálculo se suele remitir a cifras año o mes, sobre las cuales se procede a la liquidación; y su *proporcionalidad*, en cuanto que su medida corresponde al monto del principal: la tasa o rata es un porcentaje del capital y, por lo mismo, el monto de los intereses resulta de multiplicar tal cuota o porcentaje por la cifra del capital y el número de unidades de tiempo que sean³⁸⁴.

SUESCÚN-MELO. Régimen de obligaciones de dinero y en particular sobre tasas de interés, en *Revista de derecho privado*, vol. II, Bogotá, Universidad de los Andes, 1988. ID. Comentarios sobre el régimen de tasas de interés, en *Derecho privado*, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Bogotá, 1996, t. 1; O. T. SCOZZAFAVA. Gli interessi monetari, Napoli, 1984; AA. VV. La disciplina degli interessi monetari, a cura di F. MARINELLI, Napoli, Jovene, 2002.

INZITARI. *Trova del armo delle obbligazioni*, cit., p. 227.
 382 /RV□LQWUHVHV□VR□DTHXOODV□SUHVVD□FESQHYEDDFEIVPESIDYONKRRRPL, que se agregan a esta por
 HHHFWR□GHO□WUDQVFUXVR□GHO□WLHPSR□□TXH□VH□FDDEBADA□HQIA□QD□EMRWDT□GHHEHO□□□
 cit., nota 1□□³(VH□PHGLR□GH□SURGXFFLYQ□WLHQH□ORS□MDSHFWRV□PEHUJHODRO. El primero es la
 renuncia que hace el dueño a consumir su capital durante cierto tiempo. El segundo es la utilización por el prestatario de ese
 mismo capital durante igual tiempo. ± El interés no es otra cosa que el precio que se paga por la disponibilidad del capital, el
 cual, dentro de los factores de la oferta y la demanda del capital disponible, se halla determinado por el tiempo que se preste
 \SRU□XD□SULPD□GH□FRPSHQVDFLYQ□DORV□ULHJRVA□LQKHLSQUWH□D□D□STUPVADEN9376XLIV,
 615.

384 (VD□OD□UDlyQ□SRU□OD□FXDO□VH□FRQVLGHUD□□WUDWD□FRPR□³O□TXLGD'□OD□REOLJDFlyQ□GH□SDJDU□LQWH
pendiente de aquella operación aritmética (art. 491 [2] c. de p. c.).

soportaba en el préstamo marítimo, el mutuante pudiera pactar válidamente *usurae*, en medida superior a la tasa normal (ilimitadamente en la época clásica; hasta el 12% en la época justiniana...)»³⁸⁵.

Estimo que esta evocación de las primeras manifestaciones del mutuo de dinero y de los intereses remuneratorios es útil con el fin de aproximarse con mayor objetividad y realismo a los problemas de los intereses frente a la economía y a la regulación jurídica actuales de las deudas de dinero³⁸⁶.

Así, delantadamente, sin perder de vista que el origen de los intereses está en el contrato de mutuo o préstamo y que los más de los eventos prácticos de obligación de pagar intereses se encuentran en otras tantas aplicaciones de dicha figura, ha de destacarse que obligación de pagar intereses puede darse en toda obligación pecuniaria, de la que son ejemplos sobresalientes en los tiempos modernos las de pagar el precio o, mejor, la contraprestación dineraria de una prestación *in natura* de bienes o de servicios, cuando la cancelación de ella se difiere en el tiempo, en varios contados o por cuotas periódicas, que es la generalidad de los casos en una economía de contratos a crédito, como fue la de la mayor parte del siglo XX y es la actual, que auspicia el consumo y ampara la liquidez monetaria.

85. intereses remuneratorios e intereses moratorios

En fuerza de la función que prestan, los intereses se clasifican en varias categorías:

a. remuneratorios o correlativos

Con carácter puramente retributivo, que son aquellos que se devengan durante el tiempo que media entre el surgimiento de la obligación y el día en que ha de cancelarse, y corresponden al beneficio o la ventaja que implica para el deudor tener a su disposición el dinero a él prestado o no tener que satisfacer aún el precio del bien o del servicio de que ya entró a disfrutar. Contraprestación de la ventaja de poder tener o conservar un dinero, derivada de un contrato; de ahí su natural ciertamente contractual. Hipótesis a las que se agrega la de la apertura de crédito (promesa de mutuo, art. 1400 c. co.), en la que el promisorio está llamado a remunerar o retribuir el beneficio que le significa la seguridad de poder contar con el dinero en determinada oportunidad.

b. moratorios (“dommages-interets moratoires”)³⁸⁷

³⁸⁵ PACCHIONI. *Manuale di diritto romano*, 3.ª ed., Torino, 1935, p. 511 y ss. Cfr. GUARINO. *Diritto privato romano*, cit., n.º 82.4.2, p. 744 y s.

³⁸⁶ ³/D□KLVWRULD□GH□OD□UHIOH□LyQ□WHyULFD□VRBUEH□OD□DEG□EFF□Q□GH□IQW□
justificación: la tutela de las deudas pecuniarias tendió a sustraerse de los principios comunes sobre la responsabilidad
FRQWUDFWXDO□SRU□GDxRV□□FRQFUHWiQGROD□HQ□QWHRHEHMHF□LyQ□EWE□WWD□FWH□□GH□DQWR□μOLEUH□□GH□WRG□
GH□FDU□FWHU□PDWHULDO□□GDxR□DO□DFUHHGRU□R□EHQHILFLR□GHO□GHXGRU□□>□□□@□□(De□DOXVLyQ□D□OD□□
mora) constituyó, se ha dicho, un artificio constructivo para justificar el pago de ellos en un ambiente hostil a los *usurae*□□
Una vez aceptado como lícito el cobro de intereses, prohibido por las pautas religioso-morales canónicas (si que también
coránicas), la tasa se situó entre el 4% y el 6% anual, susceptible de incremento cuando se trataba de intereses moratorios.
Otro aspecto interesante en el devenir de los intereses es el de que en un principio pesaba la carga probatoria del perjuicio,
situación de la que se pasó a la presunción *iuris et de iure* de este, en la medida de la tasa legal, reparación tarifada, y a la
permisión de que se demuestre daño adicional, para una reparación complementaria (art. 1153 *code civil fr.*).
³⁸⁷ ³(VWDU□REOLJDGR□D□OD□SUHVWDFLyQ□GH□LQWHUHVHV□TXLHUH□GH□LyQ□EWE□WWD□FWH□□EWE□WWD□FWH□□EWE□WWD□FWH□□
situación patrimonial de una persona [...] Los intereses son una compensación a favor del acreedor por su privación
WUDQVLWRULD□GHO□JRFH□GH□DTXHOOWINDS□EWE□WWD□FWH□□EWE□WWD□FWH□□EWE□WWD□FWH□□EWE□WWD□FWH□□
cas. de 24 de septiembre de 1937, XLV, 755 y ss.; cas. de 9 de mayo de 1938, XLVI, 425.

Que cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida³⁸⁸, presunción *iuris et de iure* de la producción de un quebranto por la sola mora del deudor, lo que no obsta para que el acreedor pueda optar por la pretensión de resarcimiento ordinario, caso en el cual tendrá que probar el monto del perjuicio sufrido³⁸⁹. Se considera que el dinero es un bien productivo, sus frutos son los intereses. Y por esa razón, cuando el acreedor no entra en posesión del dinero a él debido, se reconoce el perjuicio que injustamente está recibiendo con la mora del deudor; perjuicio que no será menor del interés legal³⁹⁰, dispensado de prueba³⁹¹, pero que puede ser superior, caso en el cual han de probarse su realidad y su cuantía³⁹².

c. intereses compensatorios

En el derecho italiano se encuentra esta categoría de intereses, aquellos “que prescindiendo de la mora del deudor y también de la simple exigibilidad de la deuda, aparecen en algunos casos específicamente previstos en la ley”³⁹³ (*dommages et interets compensatoires*), especie a la que me parece poder asimilar las distintas previsiones normativas de obligaciones pecuniarias que, en consideración a distintos factores, están llamadas a

³⁸⁸ Bien puede sostenerse que es este un caso sobresaliente, por no decir el único, de presunción, y de derecho, de la ocurrencia de un perjuicio. En los `HYHQWRVQRUPDOHVGHUHVSRQVDELOLGDGSRUQLQFXPSOLPLHQWRGHREOLJDFLyQVRISHVDODFUDJDGHSUREDUWDQWRHOSHUMXLFLRHQVtFRPRVXPDJQLWXG$FiaSRUORPLVPRTGHVXRHOHDFUHHGRSintereses moratorios está dispensado de demostrar que efectivamente sufrió un quebranto y el monto de él. Otra cosa es si opta por la indemnización ordinaria, caso en el cual, al dejar de lado la ventaja que le otorga el ordenamiento (arts. 1617 c. c. y 884 c. co.), habrá de probar lo uno y lo otro, y no obtendrá sino aquello que resulte demostrado en el proceso. Todo análogamente a lo que ocurre con la cláusula penal (arts. 1599 y 1600 c. c.). Cfr. el temperamento del art. 1224 [2] codice civile: “§ 1 acreedor que demuestra haber sufrido un daño mayor le espera el UHVDFLPLHQWRXOWHULRU3HUR@VWHQRVHGHEHVLVHFRQYLQRODPHGLGDGHORVQLQWHUVH3RVQLQWHUVHPRUDWRULRVPLUDQDODIDVHGHOHUVDFLPLHQWRGHGHObligación accesorio, sino consecuencial. La excepción a la regla general se tiene en la presunción iuris et de iure de la existencia de daños y de su medida (la de los intereses legales) y en la consiguiente exoneración al acreedor de toda prueba. Lo que no impide, sin embargo, que este, cuando considere que sufrió daños mayores, pueda suministrar la prueba del caso y obtener la LQHPQLJDFLyQPDRUFUHHVBRQZHQWH al. Obbligazioni e contratti, cit., p. 38.`

³⁸⁹ “`RVQLQWHUVHPRUDWRULRVPLUDQDODIDVHGHOHUVDFLPLHQWRGHGHObligación accesorio, sino consecuencial. La excepción a la regla general se tiene en la presunción iuris et de iure de la existencia de daños y de su medida (la de los intereses legales) y en la consiguiente exoneración al acreedor de toda prueba. Lo que no impide, sin embargo, que este, cuando considere que sufrió daños mayores, pueda suministrar la prueba del caso y obtener la LQHPQLJDFLyQPDRUFUHHVBRQZHQWH al. Obbligazioni e contratti, cit., p. 38.`

³⁹⁰ El 6% anual, art. 1617 [1.º] c. c. En Chile, la Ley 18.010 de 1981 señaló el interés corriente como interés legal moratorio en las operaciones de crédito (art. 16 `DSOLFDEOH3HQWRGRVORVFDVRVHQTXHODVOHVXSRWUDVGLVSRVLF` `OHJDO3DUW` `OXFURFHVQWHPLQPRTXHOFUHHGRde mayo de 1953, Ley 15.111, FDSusOH-Melo. Régimen de REOLJDFLRQHVGHGLQHURHQSDUWLFXODUVREUHWDVDVGHQLQWHUVFLWderesOHKDEODLQVLTXHVHXQGDHQODDSWLWXGUFRRQFLGDHWDOPHQWHODGLQHURGHURGXFLUFupGLWRVTXH3RVQLQWHUVHPRUDWRULRVYDOHQFRPRUHVDFLPLHQWRGHGDxRSRUHOHUVWDUGRVHGHGHQ prueba de parte del acreedor, de haber sufrido un daño, por ser considerado el dinero un bien que por su naturaleza produce intereses, de modo que la falta de entrega del capital produce al acreedor, consecuencialmente, un daño automático. Sin embargo, el acreedor puede probar haber sufrido un daño mayor que el resarcible con la tasa de interés legal. Es, en especial, el caso del daño por inflación: al acreedor que recibe con retardo el pago, los jueces le reconocen, como resarcimiento del mayor daño, interHVHVVSXSHULRUHVDODOHJDOFDOFXODGRVDODWOMHAGHGHVYDORLcDFLyQPRQHWULD p. 205 3DUDHOHUFRRQFLPLHQWRGHODLQHPQLJDFLyQVXSOHPHQWDULD3HoyenHQHVWHUTXHODHOD independiente del retardo HVGHFLUXXSHUMXLFLRTXHQRVHFRQIXQGDFRQODSULYDFLyQGHORVUHQ p. ej., ha habido una variación del cambio; los bienes del acreedor han sido embargados por sus acreedores; el acreedor hubo de fallar en un negocio interesante; sufrió dificultades de tesorería; hubo de hacer gastos y diligencias; aumentó el costo de ODVUHSUDFLRQHVTXHLEDODKDFHUMFRQODVXS Obbligazioni e contratti, cit., n.º 845 y nota 5, p. 497. El inciso tercero del art. 1080 c. co. (art. 83 Ley 45 de 1990) prevé (que en caso de mora del asegurador en el pago de la LQHPQLJDFLyQ3@ODVHXUDGRRHOEHQHILFLDULRWHQGUIQHGHUHFKRDDGHPDQGDUDHQOXJDUGH inciso anterior [es el inciso primero, que dispoQHODSDJRGH3ODWDVDVPiLPDGHQLQWHUVPRUDWRULRYLJHQWHH TXHVHGHFWHHOHSDJR@ODLQHPQLJDFLyQGHSHUMXLFLRVFDXVDGRV88Junio de PRUDGHODVHX 2001, exp. 5719, sin publicar.`

³⁹³ LIBERTINI. *Interessi*, cit., n.º 33.

devengar intereses, sin necesidad de mora del deudor y al margen de ella, esto es, de suyo durante el plazo³⁹⁴, de que es ejemplo la previsión del art. 1163 c. co., respecto del mutuo comercial, de que “salvo pacto expreso [!] en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo”³⁹⁵, norma que posiblemente dio lugar a la frase inicial del art. 884 ibid., a su turno remitible al art. 218 c. c. t. de Panamá de 1869, adoptado para toda la República por el art. 12 de la Ley 57 de 1887, dentro de la previsión de que: “Cuando en los negocios de comercio hayan de pagarse réditos de un capital, sin haberse especificado por convenio el interés...”, tan sólo acompañada de aquellas otras de los arts. 885 c. co.: “Todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haya al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta”; 1251: “El saldo que sea llevado a una cuenta [corriente] nueva, causará los intereses pactados y, en su defecto, los legales comerciales”; 1271: “El mandatario no podrá emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante y, si lo hace, abonará a este el interés legal desde el día en que infrinja la prohibición...”, y otro tanto en el caso de haber dado a los fondos del mandante un destino diferente al indicado por él.

En todo caso, la figura del interés remuneratorio de naturaleza legal generalizado, dicho en otros términos, la prevención de interés en las obligaciones pecuniarias salva convención o disposición legal en contrario, es ajena a nuestro derecho, en el que el interés compensatorio es excepcional³⁹⁶.

86. interés nominal e interés efectivo

El otorgamiento del crédito a un determinado plazo y con interés remuneratorio es susceptible de modalidades varias en lo que se refiere a la oportunidad de pago de los intereses: intereses anticipados, sea con descuento del capital mutuado o mediante la agregación a él de la suma correspondiente al interés durante el plazo respectivo, intereses vencidos, “plazo muerto” (especialmente en los mutuos a largo tiempo): término durante el cual los intereses se causan pero no tienen que ser cancelados inmediatamente. La oportunidad de pago de los intereses repercute directamente sobre la tasa del interés e impone distinguir entre la tasa “nominal” y la tasa “efectiva”. Es esta tasa la que indica la “verdadera rentabilidad obtenida” por el acreedor.

El “parágrafo” del num. 3 del Decreto 663 de 1993 prevé que “toda tasa de interés legal o convencional en la cual no se indique una periodicidad de pago determinada se entenderá expresada en términos de interés efectivo anual”, y la Superintendencia Bancaria, en concepto O. J. 206 de 1983, estimó que es menester diferenciar el interés nominal del interés efectivo, para calcular la tasa y liquidar el monto de los intereses cobrados. Esa misma entidad, en circular externa n.º 7 de 1996, hizo las precisiones correspondientes.

87. interés nominal e interés real

³⁹⁴ En el mismo sentido, TRUJILLO CALLE. *De los títulos valores*, I, cit., n.º 229, p. 221 y s.

³⁹⁵ Correspondiente a la consideración de que el préstamo de dinero en materia mercantil no tiene por qué ser gratuito, como el civil, dado el natural oneroso de las operaciones entre comerciantes, en tanto que la producción automática de intereses en el ámbito civil estaba y continúa circunscrita al concepto de sanción por incumplimiento (intereses moratorios).

³⁹⁶ En Chile, la Ley 18.010 de 1981 (art. 12) LQYLWLy HVD UHJOD DO SUHYHQLU D JUDWXLGDG QR VH SUHVXPH dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o VREUH FDSLWDO UHDMXVWDGR HQ VX FVVR.

Partiendo de la definición de interés como la retribución o la compensación a cargo del deudor de una suma de dinero que corresponde al acreedor, por poder conservarla en su poder, proporcional al tiempo y al monto del adeudo, y siendo evidente que para la conformación de la tasa de interés se suman el costo puro del dinero, el costo o precio del riesgo y el índice de depreciación monetaria o de inflación, resulta indispensable distinguir la tasa *nominal* de interés, o sea aquella que incluye dicho índice, como corresponde al anhelo de conservar el valor intrínseco de la obligación en tutela del acreedor, de la tasa *real* de interés, costo o precio del dinero, despojado de aquel factor externo³⁹⁷.

88. regulación de los intereses

89. intereses durante el plazo

³⁹⁷ ³/D□ GHWHUPLQDFLY□ GH□ OD□ PHGLGD□ GH□ OD□ WDVD□ OHJDO□ HQ□ OD□ H□SHULHQFLD□ MXUtGLFD□ FRQWHPSRUQ reception, por parte del legislador, de la medida de la productividad media del dinero, como regla general de remuneración de la liquiGH□ PRQHWDFDAR□ *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 77. Cfr. cas. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, 2.º semestre, vol. 1, 910.

399 D □ HJSUHVLYQ □ 'LQWHUpVdeGHUpeçisadD obviamente es *legal* aquel interés previsto o impuesto por la ley, en contraposición al interés *convencional*, dispuesto por las partes (*accidentalia negotia*). De ordinario interés legal es interés moratorio, en tanto que el interés remuneratorio exige estipulación a propósito, sin perjuicio de encontrar, tanto en el código de comercio, como en el civil, cual se anota enseguida en el texto, hipótesis, por cierto excepcionales, de intereses legales remuneratorios.

⁴⁰¹ ^{3/}D□SUKLELFLYQ□EHODaEW.[□] sólo es aplicable al mutuo, en razón de la naturaleza especial de este contrato, que, aunquando esencialmente gratuito, permite al deudor el pago voluntario de intereses, aun de los no estipulados. Esto porque la ley supone que cuando el mutuario satisface intereses al mutuante, aun sin estipulación, cree tener la obligación natural de SDJDUORV□□EBVdmoGH de 1953, LXXIV, 414.

Así, por disposición del art. 513, “El tutor o curador pagará intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla; y cobrará a su vez los del saldo que resulte a su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida” (norma esta aplicable al albacea con tenencia de bienes, por reenvío del art. 1367); el art. 1746, en materia de restituciones mutuas debidas en razón de la declaración de nulidad de un acto o contrato, aplicables por *analogia legis* a la resolución (art. 1546), en fuerza del efecto retroactivo de la decisión destructora de los efectos finales del contrato, preceptúa que “será cada cual [de los contratantes] responsable [...] de los intereses y frutos [...] según las reglas generales”; conforme a lo previsto en el art. 2182 [1], “[El mandatario] [d]ebe al mandante los intereses corrientes de dineros de este que haya empleado en utilidad propia”⁴⁰², [en tanto que] “[l]os intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, [los debe] desde que haya sido constituido en mora”, en redacción que pone en claro que aquellos dineros causan intereses compensatorios⁴⁰³; según las voces del art. 2395, “El fiador tendrá acción contra el deudor principal, para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor. [y] Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales”, lo cual permite aseverar que el respectivo capital devenga intereses legales compensatorios; de acuerdo con la norma del art. 2318, el que “ha recibido de mala fe dinero o cosa fungible que no se le debía, debe también los intereses corrientes”.

Ahora, pasando a las obligaciones de “valor”, y dentro de ellas siguiéndole el curso a las obligaciones indemnizatorias, es evidente que, como toda deuda de dinero, devengarán intereses moratorios al no ser canceladas en la oportunidad señalada en la sentencia. La discusión se abre a propósito de si la cantidad de dinero a la que ascienda la liquidación de los daños y perjuicios devenga intereses compensatorios, habida consideración de que de suyo es prolongado el tiempo que media entre la liquidación (que se habrá de dar dentro del término probatorio en primera instancia, o por tarde en el término abierto al efecto por el juez en vísperas de la sentencia [en últimas, la de segunda instancia], dado que hoy [num. 137, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989, reformatorio del art. 307 c. de p. c.] en el proceso civil no es factible condena *in genere* o en abstracto, liquidable en trámite posterior a la ejecutoria de la decisión (como sí ocurre aún en el proceso contencioso-administrativo, por expresa disposición del art. 172 c. c. a.) y el día en que disponga el fallo que ha de pagarse.

⁴⁰² Cfr. cas. de 3 de agosto de 1889, III, 325; 29 de febrero de 1912, XXI, 38.

403 ³>3@HUR□GHVGH□TXH□OD□VXPD□OOHJy□BI de Enero de 1955.□LXFDY452GH□

404 3/D □ PRUD □ HQ □ HO □ SDJR □ V □ OR □ COH □ DO existe en firme una suma líquida a cargo del deudor: cas. de 27 de agosto de 1930, xxxviii, 128. Cfr. cas. de 30 de septiembre de 1946, LXI, 112 □ V □ □ > 1 @ R □ HVWDED □ FODUDPHQWH □ GHWHUPLQDGD □ SD □ partes la existencia de una obligación pecuniaria a cargo de la demandada y a favor de la demandante en una cantidad O □ TXLGD □ OR □ TXH □ SRU □ IDOW □ GH □ FHUWH □ D □ H □ FOXH □ OD □ SRVLELOLGDG □ GH □ TXH □ OD □ GHXGRUD □ VH □ HQFR □ cas. de 10 de julio de 1995. CCXXXVII. 71 v.s.

esa regla (*definitio*), las víctimas resultaban recibiendo “moneda de quiebra”, antes que resarcimiento, peor todavía, al habérseles cerrado la posibilidad de “actualizar” la liquidación con la enmienda del art. 307 c. de p. c. ya mencionada. De ahí cierta inclinación a analizar y tratar esas situaciones de modo de procurar que la liquidación del daño no se disuelva y la condena resarcitoria satisfaga su cometido. ¿Intereses desde la fecha del insuceso, o desde la liquidación (que aprecia el daño *hic et nunc*)? En todo caso, si la obligación resarcitoria implica una deuda de valor, y por lo mismo su monto ha de representar el valor actual de la lesión sufrida por la víctima, la exigencia de que el justiprecio sea actual con relación al momento del pago⁴⁰⁵ la pondría de suyo a salvo del peligro de evaporación, por lo mismo que en la estimación habrían de incluirse a plenitud lucro cesante y daño emergente, lo cual descartaría de plano cualquiera posibilidad de cobro de intereses *ex tunc*. O sea que para conjurar aquel riesgo bastaría disponer la corrección monetaria (indización) del monto de la indemnización decretada o, simplemente, permitirla. Así, los intereses admisibles entonces serían los moratorios, a cargo del victimario vencido que no pague la indemnización en el tiempo señalado en la sentencia condenatoria.

90. intereses legales compensatorios en el ordenamiento comercial

El ordenamiento comercial abre la posibilidad de intereses remuneratorios legales (art. 884), que se concreta ante todo en el contrato de mutuo, a propósito del cual la regla del derecho civil se invierte: “Art. 1163. Salvo pacto en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero [...] recibidas en mutuo”; pero igualmente en los arts. 884 a 886, 942, 1251, 1388 y 1271 (cfr. *supra* c). El art. 884 prevé, como lo hacía el art. 219 del código de comercio terrestre, el caso en que, debiéndose legalmente intereses compensatorios, los contratantes no fijaron la tasa, vacío que la norma colma fijándola en el “interés bancario corriente”, sobre el cual habrá de primar la tasa estipulada (*accidentalia negotia*), sea mayor o sea inferior. Con una precisión terminante: no es que toda obligación pecuniaria de suyo esté llamada a generar intereses remuneratorios (compensatorios); sino solamente aquellas que la ley determina⁴⁰⁶. Ciertamente “legales” son todos los intereses que la ley prevé, o mejor, aquellos que puede cobrar el acreedor así no haya estipulación al respecto; solo que, como bien se sabe, en caso de mora se deben de suyo intereses, en últimas los señalados por el ordenamiento al efecto (arts. 1617 c. c.; 884 c. co.), en tanto que los remuneratorios son excepcionales y no se causan sino delante de estipulación o de disposición legal a propósito⁴⁰⁷.

91. intereses en las condenas de la administración pública

⁴⁰⁵ Cfr. cas. de 30 de noviembre de 1990, CCIV, 78 a 97.

⁴⁰⁶ Así, SNG de 25 de febrero de 1948, LXIV, 260; cas. de 28 de noviembre de 1989, CXCVI, 138 y 139; cas. de 16 de febrero de 1995, CCXXXIV, 232 y s.; SUESCÚN-MELO. *Comentarios sobre el régimen de tasas de interés*, cit., 571 y ss. ID. *Comentarios sobre el régimen de tasas de interés en obligaciones denominadas en divisas extranjeras*, cit., p. 15 y s. OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 452, p. 285, censura al código de comercio SRU□□KDEHU□□VHJXLGR□□OD□□WUDGLFLyQ□□FDVXtVWLFDO□□UHVSHFWR'□□HQ□□YH□□GH□□HVVWDEOHFHU□□GLFKD□□DXWRULJDFLyQ□□SDUD□□WRGDV□□ODV□□REOLJ□□QHJRFLRV□□PHUFDQWLOHV□□VDOYR□□SURKLELFLyQ□□HQ□□FRQWUDULR'□□

⁴⁰⁷ La Corte, en cas. de 15 de julio de 2002, exp. 6972□□LQGLFy□□TXH□□FRQ□□UHODFLyQ□□D□□ORV□□LQWHUHVHV□□μOHJDOHV□□FR□□TXHGD□□H□□FOXLGD□□OD□□SRVLELOLGDG□□GH□□DFXGLU□□D□□XQ□□WLSR□□GH□□LQWHUHV□□GLVWLQWR□□GH□□EDQFDUL□□FR□□ que para los negocios mercantiles establece el art. 884 GH□□F□□GH□□FRPHUFLR'□□FRQ□□UHLWHUDFLyQ□□GH□□VX□□GRFWULQD□□GH□□ septiembre de 2001, exp. 5876.

Por su parte el Consejo de Estado (sección tercera), a más de indicar que el art. 4.º [8.º] de la Ley 80 de 1993 previene que “[s]in perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”, ha sido terminante en la afirmación de que “no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o el componente inflacionario de la depreciación del dinero”⁴¹⁰.

En lo que respecta al interés moratorio, que para el código civil es el “interés legal” por antonomasia, las pautas que dicho ordenamiento establece son de una claridad, sencillez y elegancia (en el idioma y en su concepción política) incomparables: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las siguientes reglas: 1.^a Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal⁴¹¹, o empiezan a deberse los intereses legales en caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual; 2.^a El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo; 3.^a Los intereses atrasados no producen interés. 4.^a La regla anterior se

[illegible]

aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”⁴¹².

93. intereses moratorios e indemnización de perjuicios

Es claro que, como lo puso de presente y lo ha reiterado la Corte: “La indemnización de esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos: a. Sólo procede la *moratoria*, o sea la que se puede exigir cuando el deudor no cumple a su tiempo. Nunca la *compensatoria*, o sea el dinero que se tiene derecho a exigir cuando el deudor no cumple o cumple parcialmente [...] b. No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios. Basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse. La ley los presume, suponiendo que todo capital en dinero gana intereses y que el solo hecho de que el acreedor no lo recibiera oportunamente, le ha privado de inversiones lucrativas. Tampoco el deudor es oído si pretende probar que su mora no ha perjudicado al deudor o le ha traído beneficio. Esta derogación del derecho común se explica por la dificultad de avaluar el daño imputable a la tardanza [...]”⁴¹³.

En cambio, no parece tener las mismas solidez y razonabilidad la última afirmación de aquella sentencia⁴¹⁴: “ch. El pago de intereses constituye la única indemnización. No puede pedirse otra adicional. Tampoco está al arbitrio del acreedor demandar o la indemnización avaluada o el interés convenido”⁴¹⁵, a cuya sustentación provee luego contradiciendo el parecer de A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ relativo al art. 1559 c. c. chileno, transcribiendo el art. 1153 *code civil fr.* y el texto subrogatorio de ley de abril de 1900⁴¹⁶, invocando doctrina francesa y, por último, poniendo de presente que el señor BELLO en el proyecto de 1853, al redactar el art. 1708, antecedente del 1559 del código chileno y del 1617 del colombiano, previno expresamente la salvedad de la “fuerza [de] las disposiciones especiales que autoricen una plena indemnización en ciertos casos”, excepción borrada del texto definitivo⁴¹⁷. Para, a la postre, manifestar: “Como en el presente negocio no se ha alegado ni probado intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del acreedor, sino apenas los daños de la desvalorización del franco ocurrida durante la mora del deudor, no hay necesidad de decidir si en Colombia puede condenarse a perjuicios distintos de los intereses moratorios cuando la tardanza obedece a dolo del deudor”⁴¹⁸.

A lo cual ha de observarse, en primer término, la impertinencia de las dos normas del derecho francés, dada su disparidad de raíz con la norma del art. 1617 c. c., como quiera que ambas descartan expresamente la posibilidad de cobro de indemnización diferente de los intereses moratorios, salvo las pautas del comercio, y que la última abre una excepción adicional: la mala fe del deudor moroso; en tanto que el precepto nacional se limita a

⁴¹² Similarmente el inciso primero del art. 1224 *codice civile*.

⁴¹³ Cas. de 24 de septiembre de 1937, XLV, 755, reiterada en cas. de 9 de mayo de 1938, XLVI, 425; 18 de mayo de 1938, XLVI, 521, y en cas. de 4 de abril de 1940, XLIX, 212.

⁴¹⁴ Cas. de 24 de septiembre de 1937, XLV, 755,

⁴¹⁵ Con anterioridad, en cas. de 28 de mayo de 1913, XXIII, 28. KDET D GLFKR OD & RUWH 1 & XDQGR HO FRPSUDGRU HVWi F pagar el precio, el vendedor tiene siempre derecho a indemnización de perjuicios, sea que exija el pago del precio, o que demande la resolución del contrato; pero los perjuicios son diferentes según la acción que elija. Si la acción se dirige a hacer efectivo el contrato, o sea al pago del precio, los perjuicios consisten en los intereses del dinero; pero si la acción que promueve es la resolutoria, entonces los perjuicios consisten en el valor del precio. VWHQ QR HQ HO SDJR GH LQWHU p VLQR HQ RWUD FRVI análogamente en cas. de 25 de julio de 1924, XXXI, 62.

⁴¹⁶ El art. 1153 *code civil fr.* RULJLQDO GHFD (Q ODV REOLJDFLRQHV TXH VH OLPLWDQ DO SDJR GH FLHUWD VXI (dommages et interets) resultantes del retardo en la ejecución no pueden consistir jamás sino en la condena a los intereses a la WDVD OHJDO VDOYR ODV UHJODV HVSHFLDOHV GH PPPIHJDO al precio. UWHWR inciso de OH GH este teno (DFUHHGRU D TXLHQ VX GHXGRU PRURVR OH KD D FDXVDGR SRU VX PDOD IH XQ SH UHWDUGR SXHGH REWHQHUR FRQGHQD DO SDJR GH GDxRV SHUMXLFLRV GLVWLQWRV GH ORV LQWHUHVHV

⁴¹⁷ Cas. de 24 de septiembre de 1937, XLV, 755 y ss.

⁴¹⁸ *Ibid.*, 757.

disponer que el deudor moroso debe intereses: los pactados a propósito, en su defecto los estipulados para el plazo, caso de ser superiores al interés legal, y en últimas estos, sin prohibición alguna de pretender la indemnización plena. Seguidamente ha de volverse por un análisis desprevenido de los antecedentes del art. 1617 c. c. en los Proyectos de BELLO⁴¹⁹: lo que es patente en el proceso de elaboración del precepto es que, habiéndose insinuado alguna limitación del cobro de indemnización distinta de intereses moratorios, a la postre dicho rumbo fue suprimido, al paso que la regla segunda, presente desde el primer proyecto, se mantuvo, con una disposición terminante, definitiva para eliminar cualquiera duda acerca de la permisión de cobro de perjuicios (sujeta a la prueba de ellos), alternativamente con el de intereses (libre de prueba del daño): “El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo”⁴²⁰. Lo que quiere decir, sin más, *a contrario sensu*, que sí puede cobrar resarcimiento de otros perjuicios, sólo que justificándolos.

Aquel entendimiento restrictivo de la primera regla del artículo y sus apoyos aparecen ya en CLARO SOLAR⁴²¹, así: “Esta regla establece una indemnización fija, una indemnización alzada e invariable. Por grandes que sean los perjuicios sufridos por el acreedor con el retardo del deudor en el pago de la cantidad adeudada, sea que este retardo haya provenido de simple negligencia, sea que haya procedido de dolo, el acreedor no puede exigir otra indemnización que los intereses de la cantidad debida que la ley señale”, con el agregado de esta interpretación caprichosa de la regla 2.^a: “La disposición no tiene otro objeto que modificar la regla general que obliga al acreedor a probar los perjuicios, cuya indemnización demanda. Nuestro código, ateniéndose más a las palabras de POTHIER, *para poderles exigir* (los intereses) dijo que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios, *cuando sólo cobra intereses*; sin que ello pudiera significar que pudiera cobrar otra cosa además [!], lo que expresamente rechazaba POTHIER”⁴²².

Apenas hay para qué advertir que la hipótesis de aceptación de “condena a perjuicios distintos de los intereses moratorios cuando la tardanza obedece a dolo del deudor” (circunscrita a dicha eventualidad), que sugiere la Corte, no tiene cabida, tanto porque entraría en abierta contradicción con la regla 2.^a del artículo⁴²³ como porque tampoco

⁴¹⁹ En el Proyecto de 1842, la regla 1.^a GHFDLS ajusta el valor de los intereses convencionales, si se han pactado intereses, y el valor de los intereses legales en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que DXWRULFHQ□XQD□SOHQD□LQGHPLJDFLYQ□HQ□ELHUVRO□DELVHGRUN□QD□WILHQ□QHfHVLGDG□GH□MXVWLILFDU□FXDQGR□VyOR□FREUD□LQWHUHVHV□EDVWD□HO□KHFKR□GHO□EDVWDG□HO□GURSH□GH□suprimir el artículo en plural los relativo a perjuicios en la regla 2.^a, y darle una redacción diferente a la regla 3.^a. En fin, en el Proyecto de 1853 la regla 1.^a decía una plena indemnización en vez de el cobro de intereses corrientes, se conservó intacta la regla 2.^a, y se eliminó de la regla 4.^a la permisión de capitalización de intereses al cabo de diez años de la demanda. Cfr. Obras completas de Andrés Bello, XIII, Código civil de la República de Chile, II, Caracas, 1955, p. 475 y s.

⁴²⁰ Estimo oportuno poner de presente que en cas. de 7 de mayo de 1924, XXXI, 2□OD□&RUWH□WUDV□GH□DQRWDU□TXH□³(V□REOLJ□hacer y no simplemente de pagar una suma de dinero, la que contrae un banco consistente en transferir telegráficamente un JLUR□D□RWUR□EDQFR□GHO□H□WHULRU□□DJUHJD□□>6@X□LQIUDFFLYQ□VH□ULJH□□HQ□FXDQWR□D□OD□LQGHPL□ordinarias y no únicamente por los arts. 1613 y 1617 del código civil. Pero si el demandante no prueba el daño emergente que alega como causa de la obligación, es decir, si no prueba el hecho de donde hace derivar el daño o perjuicio que alega el fallo GHEH□VHU□DEVROXWRULR□HQ□HVH□SXQWR□

⁴²¹ Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, n.º 1264 y s., p. 763 y ss.

⁴²² CLARO SOLAR. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, n.º 1265, p. 766.

⁴²³ En cas. de 5 de octubre de 1982, CLXV, 242, la Corte, en medio de su argumentación para administrar la necesidad de corrección monetaria, tomó completa la regla 2.^a del art. 1617 c. c., de modo de aceptar que el acreedor sí puede demandar RWURV□SHUMXLFLRV□GLVWLQWRV□GH□ORV□LQWHUHVHV□OHJDHV□□SHUR□TSH□DEH□□□□□DUORV□□□H□FRQTR□la obligación es de pagar una suma de dinero, si se pide indemnización de perjuicios por la mora, el acreedor que sólo cobra intereses por esta, no está obligado a justificar los perjuicios. Pero si pretende el resarcimiento de otro daño que no se satisfaga con los simples intereses de la suma de dinero debida, entonces es patente que irremisiblemente debe probar el SHUMXLFLR□SDGHFLGR□□H□RWUR□PRGR□QR□SRGU□D□IXOPLQDUVH□XQD□FRQGHQD□SRU□HVWH□DVSHFWR□□□3OD□posterior.

428 (VWDDQRUPD□SUHYp□TXH□GHQWUR□GH□FXDOTXLHU□SURFHVR□TXH□VH□VXUWD□DQWH□ODS□DGPLQLVWUDFLyQ□
irrogados a las personas y a las cosas, atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios
WpFOLFRV□DFWXDULDOHV'□

monto no han sido previstos en él [el contrato] y por ende al acto le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos”⁴²⁹.

El código de comercio, que en el art. 883 (derogado por el art. 99 Ley 45 de 1990) prevenía la obligación del deudor moroso de pagar intereses comerciales, “como se determina en el artículo siguiente”, dispuso en este (art. 884), y la norma se ha mantenido a lo largo ya de treinta años: “*Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés [hasta aquí el art. 219 c. co. t.], este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses*”. Tal texto generó confusión grande desde un primer momento. En efecto, dada esa redacción incoherente⁴³⁰, la imaginación hizo de las suyas, con las lecturas e interpretaciones más dispares. Ahora bien, siendo el supuesto común de las dos hipótesis la ausencia de pronunciamiento particular (estipulación) sobre los intereses, tanto los remuneratorios como moratorios, resulta patente la falta de sindéresis de la previsión y la disposición de la frase final: “y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses”. Cabe suponer que el precepto quiso introducir topes o límites máximos a los intereses convencionales y variar el régimen del derecho civil en cuanto al tratamiento del exceso. Sin embargo su empeño no fue afortunado, comenzando por el régimen de los intereses remuneratorios, que quedó en el vacío.

95. sustitución del artículo 883 y modificación del artículo 884 c. co.

En materia de intereses, la Ley 45 de 1990, a título de “transparencia de las operaciones”, trajo varias innovaciones: por una parte, el art. 65 sustituyó el art. 883 c. co., con esta redacción: “*En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación*”. O sea simplemente la prevención de que la mora en el pago de obligación pecuniaria genera de suyo intereses denominados, por eso mismo, moratorios; nada con relación a tope y exceso. Y, por otra parte, el art. 72⁴³¹ dispuso, con reforma no expresa del art. 884 c. co.: “Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por los respectivos intereses, más una suma igual a título de sanción”⁴³², y en un “parágrafo”, agregó: “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, esta velará por que las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse”.

⁴²⁹ Sent. de 28 de octubre de 1994, exp. 8092.

⁴³⁰ OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 451, p. 283 OR WLOGD GH 3DEVWUXVR \ HQUHYHVDG TRUJILLO-CALLE. *De los títulos valores*, I, cit., n.º 227, p. 220 DQRWD TXH 3KD VLGR QHFHVDULR VRVODDU HVWH WH LQWHUSUHWDFLRQHV DFRPRGDWLFLDV

⁴³¹ Cfr. a propósito de esta norma, TRUJILLO-CALLE. *De los títulos valores*, I, cit., n.º 227 y ss., p. 220 y ss.

⁴³² Según OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 451, p. 284 (O WH WZ Le p 5 de 1990)

[tiene] eficacia [no sólo en materia mercantil, sino] rHVSHFWR GH ORV QHJRFLRV MXUIGLFRV SXUDPHQWH FLYLOHV' > "@

A su turno, la Ley 510 de 1999 en el art. 111 subrogó el art. 884 c. co. así: “*Cuando en los negocios mercantiles haya[n] de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente [!] a una y media veces el bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 72 de la Ley 45 de 1999*”. Pero mantuvo el inciso segundo: “Se probará el interés bancario co-rriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.

De esa forma se aprecia, en lo que atañe a la sanción, que el código de comercio preveía la pérdida de “todos los intereses”, la Ley 45 dispuso la pérdida de “todos los intereses cobrados en exceso”, más una suma igual a este, y por último la Ley 510 volvió a prevenir que el acreedor “perderá todos los intereses”, a la vez que conservó la pena del otro tanto, con redacciones gramaticalmente deplorables y, lo que es más grave, en extremo confusas, proclives a interpretaciones contradictorias, tanto menos justificables cuanto más delicada y conflictiva es la materia, pues se mantiene viva la pregunta de qué es lo que pierde el acreedor: ¿será todo lo que ha percibido por concepto de intereses, o tan sólo el exceso? Problema de gran trascendencia, como quiera que no sólo ha de devolver la cantidad que resulte de una u otra interpretación de la norma, sino pagar otro tanto “a título de sanción”, y que la Superintendencia Bancaria, enarbolando tales preceptos, el tipo penal de usura y la calificación del pacto como “práctica insegura”, impuso, por así decirlo, *manu militari*, la reducción sucesiva de la tasa de interés válidamente estipulada a aquella certificada por ella mensualmente.

Como se lee, el art. 111 insiste de lleno en la anfibología del art. 884 original, como quiera que, partiendo del supuesto común de ausencia de estipulación sobre intereses, resulta castigando un exceso cuyo origen no indica y que circunscribe a los intereses moratorios. Todo lo cual pone de manifiesto, no sólo la impropiedad de la concepción y el tratamiento normativos del problema, sino las ligerezas y contradicciones conceptuales y expresivas de sus intérpretes⁴³³. A lo que se ha venido a añadir el nuevo intento de la Superintendencia de dictar una tasa de interés bancario, unitaria u homogénea, asimilada al interés preferencial o más próxima a él que al de los créditos ordinarios de libre asignación, y la alusión abierta a la figura penal de la usura⁴³⁴, para asegurar obsecuencia. Es más, y la precisión ha de hacerse con énfasis, la norma del art. 884 no previene estipulación alguna de intereses, sino cabalmente todo lo contrario, la omisión al respecto, de donde se infiere la carencia de sentido de su frase final, o sea que no hay lugar a pérdida y, menos aún, a sanción de pago de otro tanto por exceso. Valga repetirlo, señala el interés legal, tanto el remuneratorio (compensatorio): el bancario corriente, como el moratorio; una y media vez aquel. El resto

⁴³³ Cfr. TRUJILLO-CALLE. *De los títulos valores*, I, cit., n.ºs 228 a 233, p. 220 y ss.

⁴³⁴ El art. 235 c. p. de 1980, en la versión correspondiente al art. 1.º del Decreto 141 de 1980, que cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes. El art. 305 del código penal de 2000, que acaba de entrar en vigencia, tipifica y sanciona el delito de usura, en sus dos modalidades: la de interés excesivo y la de interés abusivo. La primera, que se refiere a la venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, incurrirá en prisión de dos a cinco años y multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales vigentes. La segunda, que se refiere a la venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés legal, incurrirá en prisión de dos a cinco años y multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales vigentes.

96. sucesivas doctrinas de la superintendencia en materia de intereses

Más tarde, en resolución de octubre de 1984, la Superintendencia dijo que habría de entenderse como interés corriente el acostumbrado en determinada plaza y que la fuente suya para certificarlo serían las operaciones bancarias. En circular contemporánea de aquella, aceptó que su función era certificar la tasa de interés y no regularla, y determinó que para los fines de establecer un tope al interés corriente debía aplicarse, sin más, el art. 2231 c. c.

Tiempo después (1996 y 1997), la Superintendencia, en sendas “circulares externas”, volvió sobre el tema de los “intereses legales” y los topes del interés convencional, con versiones extraídas de interpretación del art. 884⁴³⁵.

el cumplimiento de una obligación estatuye que en el caso de haberse pactado los intereses de plazo los moratorios serán el
GREOH GH DTXpOORV VL QR VH SDFWDURQ QL ORV PRUDWRULRV QL ORV UHPXQHJUDWRULRV DO
como se dispuso en la parte primera del artículo los moratorios serán el doble de ellos. La segunda parte del artículo consagró
WDELPq XQ OPLWH d ORV LQWHUHVHV PRUDWRULRV FRQ OD VDQLYQ FRUUHVSROGLHQWH d VX GHVI
FXDOTXLHUD GH HVWRV PRQRV HO DFUHHGRU SHUGHU WRGRV ORV LQWHUHVHV HVWRV PRQRV TXI
que determinan el interés moratorio cuando no se ha pactado, el doble del interés convencional de plazo y el doble del interés
EDQFDULR FRUULHQWH FXDQGR QR KXR FRQYHQFLY HQ ORV UHPXQHJUDWRULRV Qa GRUPD KDEOD GH
infringe la misma y el acreedor puede ser sancionado con la pérdida de los intereses moratorios y remuneratorios cobrados en
HIFHVR &LUT&OP

³SOLFDQGR □ H84 DUW no regulado por el anterior, podemos relacionar las diferentes hipótesis que pueden presentarse con la indicación de la solución aplicable a cada una de ellas: 1. En silencio del interés convencional remuneratorio, este será el bancario corriente. 2. El límite máximo estipulable del interés convencional remuneratorio será el interés bancario corriente más la mitad de este. 3. Si se pacta un interés para el plazo menor al bancario corriente y no se estipula moratorio, este será el doble del convencional remuneratorio. 4. Si se estipula un interés para el plazo superior al bancario corriente sin

97. posición de la casación civil en materia de intereses

Dado que el tema de los intereses comerciales, particularmente el de la tasa máxima de ellos delante del galimatías persistente del art. 884 c. co., es de trascendencia y actualidad grandes, con miras a una visión más amplia de la cuestión estimo conveniente transcribir las doctrinas sentadas a dicho propósito por la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, en orden cronológico, que muestran el desenvolvimiento accidentado de la jurisprudencia en materia de tantas importancia y actualidad.

Casación de 29 de mayo de 1981, CLXVI, 436 y ss.: “[E]s palmario que el mutuante de dinero sufre la desvalorización de las especies monetarias que entrega. Entonces, como prestación o retribución por la pérdida de la facultad de utilizar el dinero, por el riesgo que corre desprendiéndose de su dominio y por cuanto sufre la desvalorización del mismo, hoy día se ve con buenos ojos el cobro de intereses en el mutuo [...] Y como la tendencia del derecho moderno, contrariamente a lo que en el pasado pregonaban las escuelas económicas calvinistas y liberal, es la de proscribir o combatir la usura para impedir el aprovechamiento injusto de los estados de necesidad, el actual código de comercio ha señalado límites a la utilidad o ganancia que es propia de las actividades mercantiles, dirigidas todas a la obtención de lucro [...]

“En el preciso campo del mutuo de dinero, se estableció que el mutuario, salvo pacto expreso en contrario, deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero recibidas, pero como brota al entrelazar el art. 1163 con los arts. 883 y 884, los intereses legales comerciales sólo se deberán a falta de convenio, pues si las partes han preferido otra tasa de interés, será menester distinguir si esta es superior o no a la fijada entonces como interés bancario corriente por la Junta Monetaria, y si el tipo de interés es remuneratorio o moratorio [...]

“[D]urante el plazo se deben, en principio, los llamados intereses convencionales, es decir, los que las partes hayan pactado; pero si en la convención nada se dijo sobre intereses o sobre la tasa, entonces se deberán los bancarios corrientes.

que exceda de una mitad a este y no se dice nada sobre el moratorio, este será el doble del bancario corriente. 5. Si no se convienen intereses para el plazo y se pactan moratorios, estos no podrán exceder el doble del interés bancario corriente. 6. Si no se acuerdan intereses de plazo ni moratorios, los primeros serán el bancario corriente y los segundos el doble de ellos. 7. Si se pacta interés remuneratorio menor al bancario corriente, el moratorio convencional no puede exceder el doble del estipulado para el plazo. 8. Si se pactan sistemas de capitalización de intereses o de interés compuesto, los intereses remuneratorios estipulados en cualquiera de esas modalidades no podrán exceder el interés bancario corriente más la mitad de este. ± El moratorio no podrá exceder del doble del interés remuneratorio convencional ni del doble del interés bancario corriente; el remuneratorio no podrá exceder del interés bancario corriente más la mitad de este. En cuanto al límite máximo de intereses moratorios es preciso tener en cuenta que en el caso de que la tasa establecida para el interés de usura (art. 235 c. S. VHD LQHULRU VHQGUHVWD~OWLPD FRPR QXHYR OPLWHVHQ PDWHULD GH LQWHUHVHV' &L S. El 18 de febrero de 1997 ID PLVPD HQWLGDG DILUP TXH >ORV OPLWHV@ FRUUHVSRQG DQ DVVDV HIHFWLY LQGLFDGDV SDUD UHOHMDU OD YHU YHUGDGHU UHQWDELOLDG REWHQGD d d d d d TXH OD LQWHUHV en forma armónica y sistemática con el contenido del art. 235 del estatuto penal y en consecuencia, el monto máximo posible de cobrar a título de interés moratorio será, en principio, el doble del bancario corriente, siempre y cuando este no exceda en una y media veces el interés que para el período estén cobrando los bancos para créditos originarios de libre asignación, pues de ser así, deberá reducirse a este último límite, so pena de incurrirse en el delito de usura de cumplirse los demás requisitos GH HVWH WLSR SHQD' LQWHUHVHV D d d d d de 1997.

Ciertamente la redacción de las circulares corre pareja con la polisemia del art. 884 y mueve a evocar con nostalgia los arts. 2231, 1617 y 1601 c. c., si que también con exigencia de acudir a ellos por *analogia legis* (arts. 2.º y 822 c. co.) en la mira de alcanzar algunas claridad y seguridad en materia de intereses.

“En cambio, *durante la mora*, el mutuuario debe pagar, en principio, los intereses moratorios que se hayan convenido o, si no hubo pacto sobre este punto, pagará los intereses legales moratorios (art. 883), que son el doble de los bancarios corrientes [...]

“Pero, ¿qué sucede cuando por no haberse señalado la tasa de los intereses moratorios, o por haberse fijado una para el plazo, superior a la del interés bancario corriente, los intereses moratorios legales también excederían del doble del corriente? Difícil resulta entonces la inteligencia del art. 884 citado que, no obstante contener excelentes propósitos, es precepto notoriamente abstruso [...]

“[S]on varios los principios allí contenidos que, por ser de claridad meridiana, sólo admiten una sola inteligencia: 1.º Cuando en la convención mercantil nada se estipula sobre intereses de plazo o simplemente se guarda silencio sobre su tasa, se deben intereses bancarios corrientes. 2.º Cuando se estipulan intereses para el plazo no superiores a los bancarios corrientes y se guarda silencio sobre los moratorios, estos serán el doble de los convencionales. 3.º Cuando nada se conviene sobre intereses de plazo y, en cambio, se pactan moratorios que no excedan del doble del interés corriente bancario, entonces durante el plazo se deben los intereses corrientes bancarios. 4.º En ningún caso el interés de la mora podrá ser superior al doble del interés bancario corriente o al doble del interés moratorio convencional. En una palabra, está prohibido el pacto de intereses moratorios que sobrepasen el doble del interés corriente [...]

“¿Cómo determinar el máximo de la tasa de interés que puede pactarse durante el plazo? No lo ha dicho expresamente la ley [...] Como las normas legales no pueden interpretarse de tal manera que su inteligencia conduzca al absurdo, se hace indispensable llegar a la conclusión de que, en el sistema del derecho mercantil colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales del plazo una que exceda del doble del interés corriente bancario. Pero como no existe expresa prohibición de hacerlo, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite, deben ser fijados por el juez al doble del interés bancario corriente [...]

“[C]omo cuando *para el caso de mora*, se ha fijado un interés al doble del que las partes pactaron para el plazo o, cuando no habiendo señalado la tasa de intereses remuneratorios, se estipula expresamente por las partes una suma superior al doble del interés bancario corriente [...] por expresa disposición del art. 884 c. de comercio, el acreedor *perderá todos los intereses* ‘en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos’ [...]

“Y aunque es verdad que el art. 884 citado al fijar el tope máximo de intereses, lo hace solamente con relación a los moratorios y que la sanción que impone por la transgresión de ese principio es la pérdida de todos los intereses y no su reducción, es lo cierto que, como se explicó antes, hoy los intereses remuneratorios comerciales, es decir los del plazo, no se pueden pactar por encima del doble de los bancarios corrientes y que, por cuanto la sanción de pérdida de todos los intereses para cuando se pactan por encima del tope legal, sólo es aplicable a los moratorios y no a los del plazo, cuando estos se han convenido en suma mayor al doble de los bancarios corrientes, deben ser rebajados a este límite y no aplicarse la sanción de *pérdida* que sólo está contemplada en la ley para cuando se pactan moratorios en cuantía prohibida”.

Una opinión disidente en la Sala rechazó la existencia de vacío en el precepto y dedujo de él la limitación del interés remuneratorio al bancario corriente: “El precepto legal [art. 884] sólo menciona expresamente dos tipos de interés: el bancario corriente durante el plazo y el doble del mismo durante la mora. Para que esos montos puedan ser excedidos se requiere obviamente que las partes hayan señalado convencionalmente una tasa diferente. La posibi-

lidad de sobrepasar tales montos a que se refiere el artículo sólo puede comprender los que las partes hayan convenido ora para el plazo, ya para la mora. Estimo, pues, que las partes que celebran un contrato de mutuo mercantil en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, pueden fijar los intereses remuneratorios y moratorios que a bien tengan, sobre la base de que no sobrepasen los *montos* a que se refiere el artículo que se comenta: hasta el bancario corriente, es decir, como remuneratorio, y hasta el doble del mismo, en calidad de moratorio. Ese tope máximo que fija la ley, so pena de *perder* todos los intereses, se inspira en un principio diferente, cual es el de que el legislador en ciertos casos, con el sano propósito de impedir que se rompa el razonable que en justicia debe mediar entre las prestaciones económicas que como consecuencia de determinado acto jurídico pueden surgir para las partes que lo celebran, pone un límite a la autonomía de la voluntad [...] En síntesis, a las partes que celebran un negocio mercantil, les está vedado, so pena de perderlos totalmente, pactar intereses remuneratorios superiores al bancario corriente y moratorios al doble de este”.

Casación de 5 de octubre de 1982, CLXV, 242: “Aunque es sana la doctrina que enseña que para ordenar la corrección monetaria no es indispensable que quien tenga derecho a ella, expresamente lo haya solicitado así, parece claro que cuando esa corrección comporta la manera de resarcir un perjuicio, es menester probar que la desvalorización ha producido un daño. No se trata, pues, en este evento, de conservar el equilibrio de las prestaciones a que están obligadas las partes, de conservar el poder adquisitivo de la moneda, sino de reconocer la indemnización de un daño cierto padecido por uno de los litigantes.

“Por otra parte, la doctrina de la Corte que generaliza el derecho a la co-rrección monetaria, no puede extenderse a las obligaciones en que el acreedor, por cumplimiento imperfecto o por retardo de una obligación consistente en el pago de una suma de dinero, ha demandado expresamente se le paguen intereses como indemnización de perjuicios por la mora. En efecto, en tales circuns-tancias es el acreedor quien ha determinado libremente cuáles son los perjuicios cuya reparación demanda, sin que el juez pueda, sin desbordar los límites de su potestad jurisdiccional, reconocer otros perjuicios cuyo resarcimiento se ha demandado y que, además, no se han acreditado”.

Casación de 24 de enero de 1990, CC, 22: “se advierte que el interés bancario corriente lleva en sí la corrección monetaria”.

Casación de 28 de noviembre de 1989, CXCVI, 139: “La aplicación de tal mandato [el del art. 884 c. co.] a los negocios mercantiles, particularmente a aquellos en que deben pagarse sumas de dinero, no opera tampoco *ipso iure* en tratándose de intereses remuneratorios, pues para tal efecto es indispensable que la obligación de pagarlos sea el producto de un acuerdo de las partes, o de un mandato legal cual es el supuesto del que arranca el precitado artículo 884”.

Casación de 24 de enero de 1990, CC, 22: “Forzoso es no olvidar que con mucha frecuencia, y esta es, sin duda, la situación de común ocurrencia en materia comercial [...] cuando los jueces condenan al pago de intereses moratorios, se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo ni equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revalua-ción de la suma líquida adeudada”.

Casación de 29 de mayo de 1991, sin publicar: “De los dos anteriores preceptos [las reglas 1.ª y 2.ª del art. 1617 c. c.] se desprende que la indemnización compensatoria como la

moratoria comprenden el daño emergente y el lucro cesante, fuera de que, cuando se trata de la última, es decir, de la indemnización moratoria, el acreedor está legitimado para reclamar intereses y a la vez otros perjuicios, si así lo permite la equidad. En otros términos, que es lo que interesa precisar, el art. 1617 del c. c. establece claramente dos situaciones alrededor de la indemnización de perjuicios mortorios, a saber: una, que el deudor queda siempre obligado al pago de intereses; y otra, que el acreedor, a más del derecho que tiene sobre aquellos, también puede reclamar el pago de otros perjuicios que le haya causado el comportamiento morosos del deudor, siempre que, en este último caso, los demuestre [...] Por eso, y como dentro del concepto de perjuicios cabe la corrección monetaria en contraprestación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, calificada por la Corte como modalidad de daño emergente ella puede reclamarse indistintamente tanto cuando se pide la indemnización de perjuicios como cuando se persigue la satisfacción de los moratorios”.

En sentencia de instancia de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, 910 y s., dijo: “Al reconocerse intereses corrientes sobre determinada suma adeudada, se incluye como componente de la respectiva tasa la depreciación monetaria pues sabido es que, por norma general, y así lo exigen las reglas del mercado de capitales en un país donde impera la libre competencia económica [...] el tomador del dinero debe pagar al prestamista institucional, por sobre el denominado costo financiero estricto, un precio justo que al segundo le permita cubrir sus expensas operativas, crear reservas para hacerle frente a los riesgos en los que la depreciación monetaria juega sin duda un papel preponderante y obtener, en fin, un razonable aprovechamiento comercial [...] El interés legal comercial es asimilado al bancario corriente (art. 884 c. co.) [...] Ese interés no es compatible con la corrección monetaria, pues como en el cálculo del monto de este tipo de intereses se tienen en cuenta fenómenos como la inflación y la devaluación, equivaldría a un doble reconocimiento del mismo hecho. El interés bancario corriente involucra un porcentaje de corrección monetaria y otro de tasa pura”.

En casación de 19 de noviembre de 2001, exp. 6094, se dijo: “es sabido que la tasa de interés monetaria –distinta de la pura, esto es, la concerniente al reconocimiento privativo del uso de capital–, se desdobra en diversos factores, *v. gr.*: el rédito propiamente dicho; una tasa de seguridad por el riesgo asumido por el prestamista (tasa de riesgo); gastos de operación; monto compensatorio derivado del proceso inflacionario (tasa de inflación)”.

98. la prueba del interés bancario corriente

En el ánimo de conjurar oscilaciones y cancelar incertidumbres, la Ley 45 de 1990 (art. 66) dispuso que “[c]orresponde a la Superintendencia Bancaria certificar la tasa de interés bancario corriente con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos bancarios, analizando las tasas de las operaciones activas de crédito mediante técnicas adecuadas de ponderación [...] [y que] el interés bancario certificado regirá a partir de la fecha de publicación del acto correspondiente”; subrogó el art. 191 c. de p. c. (art. 67) para precisar que “El interés bancario corriente se probará con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria” y, de paso, eliminó la referencia a “los informes de los bancos de que trata el art. 278”, lo cual lleva consigo el riesgo de su entendimiento angosto como si de esa forma la prueba del interés corriente se hubiera

vuelto solemne y única⁴³⁶.

99. intervención del estado para el reajuste de intereses

A la actitud asumida por el art. 72 de la Ley 45 de 1990 de imponer devolución del exceso y pagar otro tanto, se le censuró en cuanto determinaba un enriquecimiento del deudor, “a título de sanción” del acreedor, e introducía, sin razón plausible, una especie de *punitive damage* extraño al sistema romanista⁴³⁷.

Claro está que ha habido y continúa dándose un vacío legal en materia de intereses comerciales, tanto menos explicable si se tiene en cuenta el ánimo avasallador del derecho comercial y la abundancia de las operaciones crediticias calificables de comerciales o, mejor, sujetas a dicho régimen. Frente a esa realidad y en el empeño de procurar salidas sensatas y equitativas, es natural tomar nota de que en numerosas operaciones de crédito, tanto domésticas como internacionales, se acude, especialmente para créditos a mediano y largo plazo, a la fórmula de la “tasa flotante”⁴³⁸, que debiéndose reajustar periódicamente, en el sentido, alza o baja, que corresponda al mercado, es de por sí la más previsiva y justa. Siguiendo esa orientación cabe poner de presente el poder interventor del Estado que lo autoriza, precisamente por medio de ley (arts. 21, 150 y 334 C. P.), a modificar “retrospectivamente” el contenido de contratos de ejecución sucesiva, escalonada o fraccionada en vigor, como lo muestra la experiencia de los contratos de trabajo y de arrendamiento⁴³⁹, con normas de vigencia inmediata hacia el futuro (retrospectividad y no retroactividad)⁴⁴⁰, y sugerir que así proceda para hacer general la tasa flotante, con caracteres previsivos y sistemáticos, sin las rigideces, forzamientos y contingencias de los expedientes a que se ha venido echando mano⁴⁴¹.

⁴³⁶ Así, p. ej., SUESCÚN-MELO. *Comentarios sobre el régimen de tasas de interés*, cit. p. 51. Sólo que, toda vez que de acuerdo con el principio fundamental del procedimiento moderno, acogido por el art. 175 F G H S F V L U Y H Q F R P R S U X H E D V > W R G R V P H G L R V T X H V H D Q ~ W L O H V S D U D O D I R U P D F L Y Q G H O F R Q Y H Q F L P L H Q W R G H O M X H J V y O R K D O L P L W I negocio jurídico solemne (solemnidad constitutiva, art. 187 c. de p. c.) o de probar el estado civil (art. 105 Dcto. 1260 de 1970 O D S U X H E D G H O L Q W H U p V E D Q F D U L R F R U U L H Q W H H V O L E U H O D F H U W L I L F D F L Y Q G H O D 6 X S H universalizar la demostración. Aclaración esta de valor apreciable a fin de evitar que se siga abriendo camino un entendimiento equivocado de la norma para hacerla ver como si conce-diera a la Superintendencia poderes de regular la tasa de interés, que constitucional y legalmente sólo competen al Congreso y a la Junta del Banco de la República (arts. 150 [21], 371 y 373 C. P.; 16 [e] Ley 31 de 1992), y limitara para el caso los medios probatorios. Cfr. sentencias de la Corte Constitucional C-021 de 27 de enero de 1994, I, 128; y C-489 de 3 de noviembre de 1994, XI, 62.

⁴³⁷ BARRERA-TAPIAS. *Las obligaciones en el derecho moderno*, cit., p. 42 y s. Sólo que acá, como sucede en el evento único del art. 997 c. c., en donde, el dueño que cause perjuicios a los vecinos con su conducción negligente de las aguas, en caso de U H L Q F L G H Q F L D K D E U i G H S D J D U O H V D O D V Y F W L P D V H O G R E O H G H O R T X H H O S E H M X L F L R L P S R U W D U I tarifada y de aplicación automática, a diferencia del *punitive damage*, en donde queda al prudente arbitrio del juez la calificación o, mejor, la descalificación de la conducta del agente, apreciar la gravedad de la culpa y determinar la cuantía de la pena, que no tiene carácter resarcitorio.

⁴³⁸ *Floating Rate*, con señalamiento de un índice: LIBOR (*London Inter Bank Offered Rate* = tasa intercambiaria de Londres) o *Prime Rate* (tasa preferencial de New York), y la agregación de unos puntos (+ tanto), DTF + tanto, y con revisión periódica: trimestral, semestral, anual.

⁴³⁹ Cfr. sentencia de Sala Plena de 30 de noviembre de 1948, LXV, 34 y ss., relativa a la constituciona-lidad del art. 3.º de la Ley 7.ª de 1943.

⁴⁴⁰ Valgan los precedentes de la intervención del Estado en materia de arrendamientos, a partir de la Ley 7.ª de 1943, con base en el art. 32 C. P., reforma de 1936. Cfr., al respecto, sentencia de la Sala Plena de 30 de noviembre de 1948, LXV, 34 y ss.

⁴⁴¹ Atolondradamente el Estado resolvió bajar el interés pactado legítimamente, con la amenaza del código penal, de medidas K H U R L F D V S R U O D S U I F W Y H D a d i c M I S T A C I O N de la tasa de usura. Cfr. F. HINESTROSA. (O S U L Q F L S L R S D F W D V X Q W V H U H Y D Q G D i a estipulación de intereses, ponencia al Seminario Régimen de intereses, revista *Contexto*, n.º 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2001, p. 32 V V (Q , W D O L D I P S H C y G a c i o n e l de los L Q W H U H V H V D V Q R V H D F H S W H O D L G H D G H O D Q X O L G D G S D U F L D O V R E U H Y H Q L G D I > G H O F R Q W U D W R I la realidad es que no se puede continuar dando efecto al pacto de intereses que se tornaron superiores a la tasa usuraria, para lo cual el momento relevante no es el de la estipulación, sino el de su cobro. La ley no tiene carácter retroactivo, al propio tiempo que la normatividad anterior no tiene alcance ultrDDFWLYR F F T V de la H de 2000. El art. 333 de la C. P.

Numerosos son los artificios de que se valen los prestamistas y los vendedores de bienes y servicios a mediano y largo plazo, para incrementar su utilidad en la concesión del crédito, como también el monto de la sanción del deudor moroso: cobro del estudio de la solicitud o de los títulos de los bienes ofrecidos en garantía, gastos de redacción del contrato, etc., en el primer evento; multas o cláusulas penales, señalamiento de sumas o porcentajes por costas judiciales, en el segundo.

Complementariamente ha de indicarse que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 [3.º] del Estatuto orgánico del sistema financiero, en las operaciones en las que se convenga reajuste monetario, comenzando por las de crédito a largo plazo para la adquisición de inmuebles, la corrección monetaria o reajuste se considerará interés y se le tratará como tal.

De antaño los ordenamientos se han ocupado de limitar la tasa o cuota de interés en el mutuo⁴⁴³, actitud que paulatinamente se fue extendiendo a las distintas operaciones de crédito asimilables a aquel o susceptibles de un tratamiento análogo, fijando topes diferentes, según se trate de intereses remuneratorios o de intereses moratorios, señalando un punto de referencia, naturalmente móvil o fluctuante, y determinando la forma y los alcances de la tutela del deudor. El código civil es diáfano al determinar los supuestos de hecho de las normas y fijar las reglas para su aplicación. Como quedó expuesto, conforme

⁴⁴³ un interés punitivo excesivo, su reducción al máximo permitido estipular.
 □(□GHUHFKR□MXVWLQLDQHR□EDWLDDEHLLYR□(4□SDUD□ODV□SHUVRQDD□2□qu□XVWRHE□mutuos
 especialmente peligrosos. En todo caso no se podía cobrar a título de intereses, incluso atrasados, *ultra alterum tantum* del
 FDSLWDO□GHERGR□*Diritto romano*, cit., p. 110.

al art. 2231, el interés remuneratorio convencional se considerará lesivo “cuando exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención”⁴⁴⁴, y el efecto de ello será su reducción por orden judicial “a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor”. Y en lo que hace al interés moratorio, el art. 1601, con oportunidad de la disciplina de la cláusula penal, prevé la reducción de lo que se haya pactado como sanción por incumplimiento del mutuo, “en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular”, es decir que el interés, tanto remuneratorio como moratorio, tiene por límite una mitad por encima del interés corriente a la fecha de la estipulación, y su rebaja, a petición del deudor, la hará el juez, a dicho interés corriente, el remuneratorio, y al máximo permitido estipular, el moratorio⁴⁴⁵. Y en cuanto a cómo determinar el interés corriente en este ámbito, dejado atrás el reenvío al interés cobrado por las cooperativas de crédito y en presencia de la absorción de las actividades crediticias por el “comercio”, regidas a propósito en un todo por las operaciones bancarias, es oportuno poner de presente el texto del art. 191 c. de p. c. (original de 1970): “El interés corriente (sin otro adjetivo calificativo) se probará con certificación de la Superintendencia Bancaria, quien lo fijará anualmente, o con los informes de bancos de que trata el art. 278, o con copia de las resoluciones de la Junta Monetaria respecto de operaciones especiales que esta regule”. Lo cual, a más de establecer una unidad de aplicación universal, trajo consigo las ventajas de la certidumbre y la facilidad probatoria, dada la reglamentación minuciosa de su determinación⁴⁴⁶.

Por el contrario, la regulación de los intereses en materia comercial adolece de imprecisiones e improvisaciones normativas y administrativas, tanto más perniciosas si se tiene en cuenta el espíritu expansivo y absorbente del “comercialismo”. A todas luces es aconsejable, entonces, introducir claridad, nitidez y certeza en dicho ordenamiento, y en ese orden de ideas, observar los efectos malsanos de la redacción contrahecha de las normas sobre tasas de interés y el empeño de reducir dichas tasas con el instrumento de la amenaza de sanción penal por el delito de usura, sobre la base de igualar el tope máximo de aquellas con el punto de partida de la usura⁴⁴⁷.

Habiéndose circunscrito las disposiciones del código de comercio a prevenir la pérdida para el acreedor de todos los intereses lesivos, sin duda con efecto retroactivo, inclusive con la pena privada de otro tanto a favor del deudor, como se anotó atrás, a la doctrina y la jurisprudencia les es menester dilucidar el punto relativo al tiempo que llegue a transcurrir a partir de la medida punitiva, como quiera que no se puede pasar de largo ante la mora en la restitución del capital, pues hasta ahora íntegro el debate se ha volcado sobre la disminución de la tasa al compás de la certificación mensual de la Superintendencia Bancaria, pero nada se ha dicho acerca del fenómeno inverso, esto es, de la eventualidad de incremento de la tasa certificada, caso en el cual es natural pensar en que con la misma lógica habría de elevarse el interés, sin sobrepasar la tasa convencional.

⁴⁴⁴ Conforme al art. 13 de la Ley 134 de 1931 $\square\square\text{OD}\square\text{GHWHUPLQDFLyQ}\square\text{GHO}\square^3\text{LQWHUpV}\square\text{FRUULHQWH}\square\text{IXH}\square\text{DGVFULWD}\square\text{D}\square\text{ODV}\square$. Cfr. SNG de 7 de marzo de 1956, LXXXII, 393.

⁴⁴⁵ Así, cas. de 23 de abril de 1912, XXI, 135.

⁴⁴⁶ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, n.º 448, p. 280.

⁴⁴⁷ Son por ello de la mayor pertinencia estas apreciaciones de INZITARI. *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 79, a propósito de la reforma italiana de 1990 $\square\square^3\text{6H}\square\text{WUDWD}\square\text{HYLGHQWHPHQWH}\square\text{GH}\square\text{XQD}\square\text{LQWHUYHQFLyQ}\square\text{OHJLVODWLYD}$ administrativa] hija de su tiempo (con una *ratio legis* SURSLD $\square\text{GH}\square\text{OD}\square\mu\text{OHJLVODFLyQ}\square\text{GH}\square\text{HPHUJHQFLD}\square\text{WtSLFD}\square\text{GH}\square\text{XQD}$ inclusive en materia civil [y comercial]), encuentra campo abierto la introducción de reglas justificadas más por su *carácter de atemorización*, que por su efectiva racionalidad y adherencia a las exigencias del tráfico jurídico, y mucho menos correspondientes a las exigencias complejas del sistema de derecho privado, ahora descuidado dentro de la escasa VHQVLELOLGDG $\square\text{GHO}\square\text{OHJLVODGRU}\square\text{FRQWHPSRUiQHR}\square$

En fin, en la hipótesis de pérdida de los intereses excesivos, a mi juicio, eliminada la estipulación de intereses en esas condiciones, habría de pasarse a la norma legal supletoria: el art. 884 c. co.: “si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente [!] a una y media veces el bancario corriente”⁴⁴⁸.

102. intereses de obligaciones en moneda extranjera

A este propósito, simplemente unas notas sumarias: la obligación pagadera en moneda extranjera, conforme lo prevé el art. 874 [2] c. co., se cancelará en dicha moneda, a menos que ello no fuere legalmente posible, caso en el cual el pago se hará en moneda nacional, de conformidad con la normatividad vigente para entonces. Obligaciones pactadas en moneda extranjera son, ante todo, las contraídas para pagar el precio de importaciones, fletes y seguros, o para financiar exportaciones, para pagar bienes y servicios del exterior con crédito de proveedores, las contraídas para reforzar el capital de trabajo. Y en ellas se distingue entre el crédito otorgado por establecimientos financieros o por proveedores radicados en el exterior, y el concedido por bancos o entidades financieras nacionales. Dentro de las vicisitudes de la balanza de pagos y de las políticas oficiales sobre empleo de divisas y endeudamiento privado externo, se observa la regulación habitual del crédito en moneda extranjera (dólares ame-ricanos, en fin de cuentas) derivado de operaciones autorizadas de cambio, para cuyo pago en divisas el deudor habrá de adquirirlas al cambio en esa fecha (arts. 14 y 247 Dcto. 444 de 1967; 28 Ley 9.^a de 1991), y cuyos intereses máximos también han solido fijar las autoridades monetarias, teniendo en cuenta la tasa representativa en los mercados internacionales⁴⁴⁹. Tema en el que es preciso diferenciar entre la regulación de la posibilidad y la cuantía del giro al exterior para el pago de capital e intereses a vendedor, proveedor o prestamista, y la relación entre estos y el deudor⁴⁵⁰. Al lado de las operaciones de cambio se encuentran las que tienen una razón diferente, que corren paralelamente.

Como quiera que, de suyo, la obligación en divisa extranjera tiene en moneda nacional un recargo, dado que incluye el alza del cambio, el costo de la obligación y, en particular, el de la financiación en moneda extranjera, lleva consigo el peligro de devaluaciones aceleradas o bruscas, que, obviamente, está llamado a repercutir sobre los intereses⁴⁵¹. Por lo mismo, es inusitado el trato que no incluya cláusula relativa a ellos, y será menester entonces resolver el punto de la posibilidad de lesión y, en caso dado, indicar su tratamiento.

Parece natural que, en el supuesto de ausencia o insuficiencia de convenio sobre interés en mutuo comercial en divisas extranjeras, se haya de aplicar la costumbre mercantil internacional (arts. 2.^o y 9.^o c. co.). Tanto en cuanto a la pertinencia de un interés “compensatorio” y la cuota respectiva, como, especialmente, a propósito del interés moratorio y de su tasa. Y otro tanto habría de decirse acerca de la limitación de la rata de

⁴⁴⁸ INZITARI. *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 78 □ □ DQRWD □ TXH □ ³ORV □ DFUHHGRUHV □ GH □ REOLJDFLyQ □ SHFXQLDULD □ □ perjudicados por la duración del proceso, dado que el deudor tendería a aprovecharse de esta grave disfunción del sistema MXGLFLDO □ SDUD □ SURFDVWLQDU □ HO □ SDJR □ GH □ VXV □ GHXGDV □ □ HQ □ OD □ VHJXULGDG □ GH □ TXH □ HO □ μFRVWR □ □ GH interésV □ OHJDO@' □

⁴⁴⁹ Por Resolución 53 de 1992, la Junta Directiva del Banco de la República fijó la tasa efectiva del 25% anual como la máxima que puede convenirse en operaciones en dólares de Estados Unidos de América. Cfr. art. 71 Ley 45 de 1990.

⁴⁵⁰ Cfr. SUESCÚN-MELO. Comentarios sobre el régimen de tasas de interés en obligaciones denominadas en divisas extranjeras, cit., p. 9 y ss.

⁴⁵¹ Sobre el riesgo cambiario, cfr. LEAL PÉREZ. *Títulos valores*, p. 33.

A las claras se pueden identificar dos tendencias en esta materia, una, la prohibitiva tradicional, aún campeante del todo en materia civil⁴⁵⁸, la otra, permisiva, con limitaciones fundadas en la necesidad de una tutela mínima del deudor⁴⁵⁹, en materia comercial (*favor creditoris*), con el agravante de que, como el art. 1.º c. co. previene que “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial...”, y según la norma del art. 21 *ibidem*, son mercantiles, no sólo los actos enunciados en el art. 20, entre los cuales están: “19. Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”, sino igualmente “todos los actos de los comerciantes relacionados con acti-vidades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”, el ordenamiento comercial resulta universal y omnipresente, en desmedro flagrante de quienes no son comerciantes, que constituyen la inmensa mayoría de los ciudadanos, agraviados, bien podría decirse, por una legislación que privilegia, sin más, el *favor creditoris*, y una doctrina que se esmera en exhibir los temperamentos y cautelas del derecho civil como algo obsoleto, que obstaculiza el desarrollo de las relaciones “globales”, sinónimo de avanzada.

⁴⁵⁸ OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 446, p. 278 y s., afirma que el código civil contiene "XQD□SURKLELFLYQ□GH□HO□FD□". No sólo en el campo del mutuo civil, sino también en todos los otros contratos en que VH□HVWLSXOHO□IUXWRV□GH□IUXWRV□FLYLOHV□.

En una casación aislada, de 28 de junio de 1898, XII, 366, se dijo, incluso a contrapelo de la norma del art. 937 c. co. de HQRQFHV□□³/R□TXH□SURKLELFLYQ□GHO□FyGLJR□FLYLO□ que los intereses o réditos que devengue una cantidad dada en mutuo, se acumulen a esta para que sigan ganando interés, que es lo que se ha llamado interés compuesto. Pero no hay disposición ninguna que prohíba que una cantidad que ha llegado a deberse por intereses vencidos se considere como un nuevo capital que pueda darse a interés por un nuevo contrato. Si el prestamista tiene derecho de cobrar al vencimiento del plazo los intereses del capital que ha prestado, no hay razón ninguna para que no pueda prestarlos como capital a un tercero o al mismo que los debe, sin que pueda argüirse, en este último caso, que los intereses vencidos no han sido pagados, porque es perfectamente admisible la ficción de la tradición, por lo cual se supone que fueron entregados al acreedor y que este formó GH□HOORV□XQ□QXHYR□FDSLWDO□SDUD□GDUORV□D□LQWHLPLV de □Q5, WQWZ pusklls Qbas EN Vn lugar, al hacer presente TXH□□³XQ□FXDQGR□VH□WUDWH□GH□XQ□FRQWUDWR□GH□FRPHUFLR□>□ intereses del saldo, si no se ha estipulado tal capitalización. En esta clase de contratos es permitido pactar interés compuesto (art. 743 c. co.), y este convenio es válido no obs-WDQWH□OD□SURKLELFLYQ□GHO□FyGLJR□FLYLO□□

459 Por Decreto L. 455, en Chile se autorizó el cobro de intereses debidos al menos por un año completo, mediante demanda judicial o convenio especial, y la Ley 18.010 de 1981 derogó el art. 2210 c. c. (equivalente al 2235 c. c. colombiano), para GLVSRQHU□ HQ□ VX□ OXJDU□□ °SRGU□ HVWLXSXODUVH□ HO□ SDJR□ GH□ LQWHUHVHV□ VREUH□ LQ renovación. En ningún caso la capi-talización podrá hacerse por períodos inferiores a 30 GtDV□□(Q□ILQ□□HVD□ SH circunscrita a las operaciones de crédito en dinero. Cfr. ABELUK. *Las obligaciones*, I, p. 314, quien es de opinión de que en VX□SDtV□°KR□HV□OtFLWR□SDFWDU□LQWHUHVHV□GH□LQWHUHVHV□

[illegible]

Puede decirse que de siempre se ha presentado contraposición de pareceres e intereses entre acreedores y deudores en lo que respecta a la remuneración de la detentación de dinero ajeno: los temas de los topes de las tasas de interés y de la capitalización de intereses, interés compuesto, anatocismo. Las sociedades a lo largo de los siglos, tanto por razones de equidad como, inclusive, de regulación providente de la economía, han sido adversas al cobro de intereses de intereses⁴⁶², de modo que, cuando no se le prohíbe de plano, como aparece en las cláusulas de los arts. 1617 [3.ª] y 2235 c. c., apenas se le tolera excepcionalmente y con restricciones fuertes, como conviene a esos principios y sentimientos, cual se lee en el art. 1154 *code civil français*⁴⁶³, y como lo prevenía el art. 937 c. co. terrestre colombiano de 1870 para el caso de mutuo⁴⁶⁴, a todas luces con redacción mejor que la de la norma del art. 886 c. co.⁴⁶⁵, precepto que, como los más del libro 4.º, deriva de la normatividad del *codice civile*, acá del art. 1282⁴⁶⁶.

En los ordenamientos que, excepcional y limitadamente, permiten el anatocismo, a él se puede llegar o por convenio entre las partes o por disposición de ley, con coincidencia plena de requisitos precisos y concurrentes, indispensables para que se dé aquel resultado: que se trate de intereses vencidos, sea para el momento de la demanda, sea para la oportunidad del convenio, esto es, que el deudor se encuentre en mora de pagar los intereses, y que la antigüedad del vencimiento, *rectius*, de la mora en la obligación de pagar intereses, tenga una medida determinada mínima (un año completo, seis meses).

En la jurisprudencia de la Sala de casación a propósito del anatocismo dentro del marco del art. 886 c. co. aparece este pronunciamiento en cas. de 23 de abril de 2002, exp. 5998: “Con relación a la capitalización de intereses, es indiscutible que la ley permite, en tratándose de obligaciones mercantiles, el anatocismo, excepción de los créditos otorgados para

462 (VVDVGLVSRVFLRQHVTLXLUHQSURWJHUHQDOGHXGRUQHGXQDFDUDRURHFLRQWLDLQSURJUHVLyQHJR
relaciones obligacionales, I, cit., p. 91) TLXHQDJUHQFLRQWLDLQdebería ser innecesaria la prohibición del interés del
interés, a causa de su breve prescripción, a tenor del § 197 >μ3UHVFULHQHQFXDWURDxRVODVSUWHQVLRQHVSRUQ
UHWUDVDGRVQ@'Q

especial, con tal que la demanda o el convenio verse sobre intereses sobre intereses debidos a lo menos por un año

466 \$IDOWD GH XVRV HQ FRQWUDULR ORV LQWHUHVHV YHQFLGRV SXHGHQ SURGXFLU LQWHUHVHV VyOR C efecto de convención posterior al vencimiento, y VLHPSUH TXH VH WUDWH GH LQWHUHVHV GHELGRV D ORV PHORV GXUL

Así, se entiende que la norma (art. 1282 c. c.) exija demanda específica para cada período de intereses vencidos⁴⁷⁰, que el pacto de capitalización no pueda tener por objeto sino los intereses con no menos de seis meses de mora, y que en ningún caso se permita convenir anatocismo *ad libitum*, cual lo prohíbe el § 248 [1] BGB⁴⁷¹, con respaldo jurisprudencial⁴⁷². Orientación y sentido estos últimos especialmente valiosos para el ordenamiento colombiano, teniendo presente que el art. 886 c. co. deriva del art. 1383 *codice civile*, y también siendo cierto que la misma norma, en los tres derechos, exige para el anatocismo, tanto en el caso de demanda judicial como en el de convención, un vencimiento por tiempo mínimo anterior a ella, y que en la capitalización convencional esta no puede darse de una vez para siempre en un solo acuerdo, sino que apenas puede versar sobre los intereses devengados y no pagados siquiera con un año de atraso, de donde se sigue la conclusión de que el deudor no está llamado a recibir un trato más desfavorable en el anatocismo por demanda que en el convencional, delante de un mismo fenómeno.

105. la capitalización de intereses presupone la presencia de una obligación de pagar intereses y la exigibilidad de estos

En efecto, los preceptos, todos, exigen, como se vio, que se trate de intereses vencidos, devengados, respecto de cuyo pago se encuentre en mora el deudor, lo cual no es dable imaginar de una obligación controvertida, de indispensable deducción jurisdiccional y que sólo viene a definirse en la sentencia, o más propiamente, con la ejecutoria de la sentencia estimatoria de la demanda.

470 *6HJ-Q □ OD □ LQWHUSUHWDFLyQ □ VHJXLGD □ SLPDULBANCIA. *FREEOLJD/LRQH*, n.º 100, p. 199. ID., PATTI E PATTI. *Lessico di diritto civile*, cit., p. 42 □ V □ □ □ (Q □ WRGR □
anatocistas relativos a intereses ya vencidos. Se trata, sin embargo, de una interpretación que no tiene una correspondencia
precisa con el texto normativo, que presupone que los intereses primarios estén vencidos, pero no excluye que la demanda
pueda contemplar los intereses destinados a vencer en el curso del juicio. Los intereses anatocistas pueden tener fuente en la
convención, pero sólo en cuanto la convención sea posterior al vencimiento de los intereses primarios. La convención
relativa a los intereses secundarios es radicalmente nula, si se estipula antes de que se hayan hecho exigibles los intereses
SULPDULBANCIA. *FREEOLJD/LRQH*, n.º 100, p. 199. ID., PATTI E PATTI. *Lessico di diritto civile*, cit., p. 42 □ V □ □ □ (Q □ WRGR □
caso, es cierto que la demanda vale sólo para los intereses ya vencidos, y no es idónea para hacer producir intereses
FRPSXHVWRV □ D □ OD □ GHXDG □ SULQLSDO □ GXUDQWH □ HO □ SHURGRSRWHDWLRQ □ ID □ PD □ SYLSTID □ GHPDQG □ □
INZITARI. *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 286 y s.

473 En tal sentido, TRUJILLO-CALLE, *De los títulos valores*, I. cit., n.º 228, p. 221.

La justificación y, en últimas, la explicación que se presenta del anatocismo es la necesidad o, mejor, el deseo de conjurar la pérdida que sufriría el acreedor por la ociosidad del dinero producto de los intereses del capital que se le debe. Es decir que por definición, conceptualmente, no podría darse esa prevención respecto de lo que no es exigible⁴⁷⁵. Sólo puede haber capitalización de los intereses que el deudor ha dejado de pagar, siéndole exigibles (art. 1608 [1.º] c. c.)⁴⁷⁶.

Valga anotar que, como se indicó, en el derecho colombiano reciente se han introducido otras hipótesis de capitalización de intereses, es decir, de intereses anatocistas, de que son ejemplo el citado de créditos para adquisición de vivienda y el de *operaciones de largo plazo* por parte de establecimientos de crédito, prevenido por el art. 121 del Estatuto orgánico del sistema financiero, en los que se destacan su excepcionalidad, la restricción de las posibilidades mismas y, sobre todo, la limitación de sus efectos en el incremento de la deuda.

Esmero y temperamento apenas naturales, dada la prevención, política, económica y moral sempiterna contra el anatocismo y sus consecuencias perversas, reflejada en la disciplina de tales especies, de la que es importante y pertinente resaltar que en ella los intereses capitalizados no pueden devengar los intereses nominales, sino la tasa corriente de interés menos el factor inflación o depreciación monetaria, es decir la tasa de interés bancaria corriente deflactada por el Índice de Precios al Consumidor –IPC–⁴⁷⁷.

475 Por tales razones no es comparable el planteamiento de INZITARI. *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 285, en el VHQLWR GH TXH ³⁰IV FRQYLQFHQWH UHVXOWD OD UHWHUHQFLD ³¹del ³²del ³³del ³⁴del ³⁵del ³⁶del ³⁷del ³⁸del ³⁹del ⁴⁰del ⁴¹del ⁴²del ⁴³del ⁴⁴del ⁴⁵del ⁴⁶del ⁴⁷del ⁴⁸del ⁴⁹del ⁵⁰del ⁵¹del ⁵²del ⁵³del ⁵⁴del ⁵⁵del ⁵⁶del ⁵⁷del ⁵⁸del ⁵⁹del ⁶⁰del ⁶¹del ⁶²del ⁶³del ⁶⁴del ⁶⁵del ⁶⁶del ⁶⁷del ⁶⁸del ⁶⁹del ⁷⁰del ⁷¹del ⁷²del ⁷³del ⁷⁴del ⁷⁵del ⁷⁶del ⁷⁷del ⁷⁸del ⁷⁹del ⁸⁰del ⁸¹del ⁸²del ⁸³del ⁸⁴del ⁸⁵del ⁸⁶del ⁸⁷del ⁸⁸del ⁸⁹del ⁹⁰del ⁹¹del ⁹²del ⁹³del ⁹⁴del ⁹⁵del ⁹⁶del ⁹⁷del ⁹⁸del ⁹⁹del ¹⁰⁰del ¹⁰¹del ¹⁰²del ¹⁰³del ¹⁰⁴del ¹⁰⁵del ¹⁰⁶del ¹⁰⁷del ¹⁰⁸del ¹⁰⁹del ¹¹⁰del ¹¹¹del ¹¹²del ¹¹³del ¹¹⁴del ¹¹⁵del ¹¹⁶del ¹¹⁷del ¹¹⁸del ¹¹⁹del ¹²⁰del ¹²¹del ¹²²del ¹²³del ¹²⁴del ¹²⁵del ¹²⁶del ¹²⁷del ¹²⁸del ¹²⁹del ¹³⁰del ¹³¹del ¹³²del ¹³³del ¹³⁴del ¹³⁵del ¹³⁶del ¹³⁷del ¹³⁸del ¹³⁹del ¹⁴⁰del ¹⁴¹del ¹⁴²del ¹⁴³del ¹⁴⁴del ¹⁴⁵del ¹⁴⁶del ¹⁴⁷del ¹⁴⁸del ¹⁴⁹del ¹⁵⁰del ¹⁵¹del ¹⁵²del ¹⁵³del ¹⁵⁴del ¹⁵⁵del ¹⁵⁶del ¹⁵⁷del ¹⁵⁸del ¹⁵⁹del ¹⁶⁰del ¹⁶¹del ¹⁶²del ¹⁶³del ¹⁶⁴del ¹⁶⁵del ¹⁶⁶del ¹⁶⁷del ¹⁶⁸del ¹⁶⁹del ¹⁷⁰del ¹⁷¹del ¹⁷²del ¹⁷³del ¹⁷⁴del ¹⁷⁵del ¹⁷⁶del ¹⁷⁷del ¹⁷⁸del ¹⁷⁹del ¹⁸⁰del ¹⁸¹del ¹⁸²del ¹⁸³del ¹⁸⁴del ¹⁸⁵del ¹⁸⁶del ¹⁸⁷del ¹⁸⁸del ¹⁸⁹del ¹⁹⁰del ¹⁹¹del ¹⁹²del ¹⁹³del ¹⁹⁴del ¹⁹⁵del ¹⁹⁶del ¹⁹⁷del ¹⁹⁸del ¹⁹⁹del ²⁰⁰del ²⁰¹del ²⁰²del ²⁰³del ²⁰⁴del ²⁰⁵del ²⁰⁶del ²⁰⁷del ²⁰⁸del ²⁰⁹del ²¹⁰del ²¹¹del ²¹²del ²¹³del ²¹⁴del ²¹⁵del ²¹⁶del ²¹⁷del ²¹⁸del ²¹⁹del ²²⁰del ²²¹del ²²²del ²²³del ²²⁴del ²²⁵del ²²⁶del ²²⁷del ²²⁸del ²²⁹del ²³⁰del ²³¹del ²³²del ²³³del ²³⁴del ²³⁵del ²³⁶del ²³⁷del ²³⁸del ²³⁹del ²⁴⁰del ²⁴¹del ²⁴²del ²⁴³del ²⁴⁴del ²⁴⁵del ²⁴⁶del ²⁴⁷del ²⁴⁸del ²⁴⁹del ²⁵⁰del ²⁵¹del ²⁵²del ²⁵³del ²⁵⁴del ²⁵⁵del ²⁵⁶del ²⁵⁷del ²⁵⁸del ²⁵⁹del ²⁶⁰del ²⁶¹del ²⁶²del ²⁶³del ²⁶⁴del ²⁶⁵del ²⁶⁶del ²⁶⁷del ²⁶⁸del ²⁶⁹del ²⁷⁰del ²⁷¹del ²⁷²del ²⁷³del ²⁷⁴del ²⁷⁵del ²⁷⁶del ²⁷⁷del ²⁷⁸del ²⁷⁹del ²⁸⁰del ²⁸¹del ²⁸²del ²⁸³del ²⁸⁴del ²⁸⁵del ²⁸⁶del ²⁸⁷del ²⁸⁸del ²⁸⁹del ²⁹⁰del ²⁹¹del ²⁹²del ²⁹³del ²⁹⁴del ²⁹⁵del ²⁹⁶del ²⁹⁷del ²⁹⁸del ²⁹⁹del ³⁰⁰del ³⁰¹del ³⁰²del ³⁰³del ³⁰⁴del ³⁰⁵del ³⁰⁶del ³⁰⁷del ³⁰⁸del ³⁰⁹del ³¹⁰del ³¹¹del ³¹²del ³¹³del ³¹⁴del ³¹⁵del ³¹⁶del ³¹⁷del ³¹⁸del ³¹⁹del ³²⁰del ³²¹del ³²²del ³²³del ³²⁴del ³²⁵del ³²⁶del ³²⁷del ³²⁸del ³²⁹del ³³⁰del ³³¹del ³³²del ³³³del ³³⁴del ³³⁵del ³³⁶del ³³⁷del ³³⁸del ³³⁹del ³⁴⁰del ³⁴¹del ³⁴²del ³⁴³del ³⁴⁴del ³⁴⁵del ³⁴⁶del ³⁴⁷del ³⁴⁸del ³⁴⁹del ³⁵⁰del ³⁵¹del ³⁵²del ³⁵³del ³⁵⁴del ³⁵⁵del ³⁵⁶del ³⁵⁷del ³⁵⁸del ³⁵⁹del ³⁶⁰del ³⁶¹del ³⁶²del ³⁶³del ³⁶⁴del ³⁶⁵del ³⁶⁶del ³⁶⁷del ³⁶⁸del ³⁶⁹del ³⁷⁰del ³⁷¹del ³⁷²del ³⁷³del ³⁷⁴del ³⁷⁵del ³⁷⁶del ³⁷⁷del ³⁷⁸del ³⁷⁹del ³⁸⁰del ³⁸¹del ³⁸²del ³⁸³del ³⁸⁴del ³⁸⁵del ³⁸⁶del ³⁸⁷del ³⁸⁸del ³⁸⁹del ³⁹⁰del ³⁹¹del ³⁹²del ³⁹³del ³⁹⁴del ³⁹⁵del ³⁹⁶del ³⁹⁷del ³⁹⁸del ³⁹⁹del ⁴⁰⁰del ⁴⁰¹del ⁴⁰²del ⁴⁰³del ⁴⁰⁴del ⁴⁰⁵del ⁴⁰⁶del ⁴⁰⁷del ⁴⁰⁸del ⁴⁰⁹del ⁴¹⁰del ⁴¹¹del ⁴¹²del ⁴¹³del ⁴¹⁴del ⁴¹⁵del ⁴¹⁶del ⁴¹⁷del ⁴¹⁸del ⁴¹⁹del ⁴²⁰del ⁴²¹del ⁴²²del ⁴²³del ⁴²⁴del ⁴²⁵del ⁴²⁶del ⁴²⁷del ⁴²⁸del ⁴²⁹del ⁴³⁰del ⁴³¹del ⁴³²del ⁴³³del ⁴³⁴del ⁴³⁵del ⁴³⁶del ⁴³⁷del ⁴³⁸del ⁴³⁹

477 Para la Corte Constitucional. Sentencia 383 de 12 de mayo de 1999, t. 4, mayo, 1999, parte 1.^a, 399 a 427, la capitalización GH□LQWHUHVHV□HQ□FupGLWRV□SDUD□YLHLHQGD□HV□LQFRQVWLWXFLRQD□ESTABA EN LAS UPAC□HQ□FXHQWD□T estaba en las UPAC) la corrección monetaria, como forma de conservar el poder adquisitivo del dinero prestado aun a pesar

107. obligaciones reclamables (cobrables) y obligaciones “portables”⁴⁷⁸ (transportables, remitibles)

Prestaciones (de entregar) hay en las que al acreedor le corresponde *ir a buscar* el objeto a la sede del deudor (su domicilio, el lugar de su empresa, o el de su establecimiento) (*Hohlenschulden*), de modo que lo de cargo del deudor será alistarlo y ponerlo a disposición del acreedor, para que él lo recoja, por lo cual, el costo y el riesgo de la operación de entrega son de cuenta de este. Otras prestaciones hay, con arreglo a las cuales el deudor ha de *llevar* el objeto al acreedor (a su domicilio, o a la sede de su establecimiento o de su empresa) (*Bringschulden*) y en ellas los costos y riesgos del acarreo son del deudor. Otras, en fin, en las que el deudor ha de *enviar* la cosa o los géneros debidos al acreedor (*Schickschulden*), en las que, naturalmente, los gastos de la remesa incumben al deudor, y de los riesgos se dirá, según distintos factores, que son suyos o que ha de soportarlos el acreedor.

478 *Portable* HV□HO□VXVUDQWLVR□IUDQFpV□□TXH□TXLHUH□GHFLU□³WUDQVSRUWDEOH□□TXH□VH□SXHG□OOHYDU□□ de llevar al acreedor a un lugar determinado, sin que él la reclame, a diferencia de *rente* o *redevance requérable*, renta que el DFUHHGRU□GHEH□LU□D□UHFODPU□SHUVRQDOPHQWH□□VHJ-⁴⁷⁹ *Qitcedna w lla Gs fang kus Esqenw Hoj Gd* □HQ□HO□ *francesa comparadas* de N. FERNÁNDEZ CUESTA, Barcelona, 1886, t. II, p. 401. Dado que estas expresiones no tienen la precisión y la concreción de aquella, y teniendo en cuenta que *portátil* VLJQLFD□³PRYLEOH□□IFLO□GH□WUDQVSRUWDU□□KH□SUT□ utilizar la locución *portable*, en bastardilla, cuya casticidad es incuestionable, habida cuenta de que deriva del latín *portabilis*.

A guisa de ejemplos, de esas posibilidades varias y para precisar sus caracteres y las diferencias entre ellas, tomando puntos de referencia normativos, repárese en las alternativas que abre el art. 923 c. co. para “la entrega de la cosa” en materia de compraventa: “Por la transmisión del conocimiento de embarque, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercaderías. Por la fijación que haga el comprador de su marca en las mercaderías compradas, con conocimiento y aquiescencia del vendedor. Por la expedición que haga el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 915. La expedición no implicará entrega cuando sea efectuada sin ánimo de transferir la propiedad, como cuando el vendedor ha remitido las mercancías a un consignatario, con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes”. Tómese nota de que el citado art. 915 previene que “[d]e modo general, cuando el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador en un lugar determinado, el contrato estará sujeto a la condición suspensiva de que ella sea entregada completa, sana y salva al comprador”; como también de lo estatuido a propósito de “la entrega de la mercancía” en el contrato de transporte: art. 1026 c. co.: “A falta de estipulación sobre el sitio [...] en que deba entregarse la cosa, la entrega de esta se hará en las oficinas o bodegas que tenga el transportador en el lugar de destino...”; art. 1035: “El destinatario podrá reclamar la cosa transportada [...] cuando se hayan pagado el flete y demás gastos del transporte...”; art. 1655: “Salvo pacto, reglamento o costumbre en contrario, el transportador recibirá y entregará las cosas bajo aparejo”.

Y, manteniendo la mirada en operaciones contractuales, piénsese, p. ej., en la ejecución de un contrato de suministro de materias primas o insumos (carbón, calizas, algodón, lana, hierro, cobre, energía, etc.), o de combustibles, la diferencia de tratamiento de la prestación misma y de sus vicisitudes, según que el destinatario haya de recoger aquellos o estos en la boca de la mina, o en las bodegas del productor o mayorista, o en los tanques de almacenamiento del distribuidor, o que el proveedor haya de llevarle esos bienes a la fábrica, taller, patio del suministrado. Así mismo, obsérvense, en tratándose de obligación de dar una suma de dinero, estas alternativas: el acreedor ha de enviar a un recolector o cobrador a recibir los medios de pago directamente del deudor; el deudor recibe la cuenta y ha de pagar su importe al acreedor en la sede de este; la deuda ha de ser o puede ser satisfecha mediante consignación del dinero en la cuenta bancaria del acreedor o en una abierta a propósito; el deudor ha de hacer el giro o la remesa del dinero al lugar debido, a la orden del acreedor. Y en este evento, mirando a las ocurrencias de las dos últimas décadas, no solo en el país, sino también en el exterior, así no sean frecuentes, en caso de extravío, retardo, devaluación, y aun de pérdida total o parcial del dinero por insolvencia del establecimiento, ¿quién habrá de asumir la pérdida?

¿Cúyos los costos y los riesgos de la actividad respectiva? ¿Cómo considerar y administrar la *mora debendi* y la *credendi*?

Corra la indicación en el título, o en la ley, o en la costumbre, interesa establecer de qué clase de prestación se trata, para saber a ciencia cierta cuáles son el lugar debido, la actividad y la actitud del deudor al respecto, y por ende, qué es lo que el acreedor puede esperar de él, o qué carga le incumbe y, por supuesto, cuál es el juego de las obligaciones, cargas y riesgos entre ellos. Si la obligación es entregar en la sede del deudor, lo que a este corresponde, se repite, es poner a disposición del acreedor el bien o los bienes debidos, y esperar a que el acreedor pase a recogerlos o mande a buscarlos. Si la obligación es de llevar el bien o los bienes a un lugar y dejarlos allá en poder del acreedor o, por así decirlo,

por consecuencia de cambio del lugar del domicilio o de la sede del establecimiento del acreedor, se elevan los costos o el riesgo del envío, el acreedor ha de asumir aquellos y soportar estos...”: § 270 del BGB.

“En los contratos que tienen por objeto la transferencia de cosas determinadas sólo por el género, la propiedad se transmite con la individualización hecha por acuerdo de las partes o de la manera establecida por ellas. Tratándose de cosas que deben ser transportadas de un lugar a otro, la individualización tiene lugar también mediante la entrega al transportador o al agente”: art. 1378 *codice civile*.

“Entendemos por lugar de la prestación (lugar del cumplimiento) el lugar de la actividad prestacional del deudor (y en rigor, la última fase de esta). Este lugar no tiene por qué ser identificado con el lugar en el que se produce el *resultado* de la prestación. Así, la obligación del vendedor puede consistir solamente en remitir al comprador la cosa comprada, caso en el que con el envío concluye su desempeño prestacional. Pero el resultado de la prestación, concretamente, la adquisición de la posesión y de la propiedad por parte del comprador, apenas se consiguen cuando este recibe la cosa [...] La pregunta de en qué lugar debe en definitiva el deudor ejecutar la actividad, no sólo tiene importancia en lo que respecta a qué es lo que puede el acreedor exigir de aquel, sino en cuanto a si fue realizada oportunamente y qué consecuencias se siguen cuando la cosa enviada por el deudor al acreedor perece o se deteriora por un *casus*. Se distingue entre *obligaciones para recoger, para enviar y para portar*. Cuando se trata de una *obligación para recoger*, el deudor solamente tiene que poner la cosa a disposición del acreedor y a lo más darle aviso de que puede recogerla. En la *obligación para enviar*, él tiene que remitir la cosa al acreedor, es decir, encaminarla a su destino. En ambos casos el lugar de la prestación es la sede del deudor. Por lo mismo, se considera que él ha procedido oportunamente cuando dentro del término entrega la cosa al acreedor que la reclama, o se la remite, en el caso de obligación para enviar. Si, por el contrario, se trata de una *obligación para llevar la cosa*, el deudor tiene que llevarla materialmente al domicilio del acreedor (o, a veces, al lugar señalado para la entrega). Así, en ese lugar es donde él ha de ejecutar la actividad definitiva, y la prestación habrá sido realizada tempestivamente cuando él, en el momento determinado o dentro del término establecido, materialmente ofreció la cosa”⁴⁸³.

Es interesante anotar que en el comercio internacional es frecuente la determinación del lugar y, por ende, la índole de la obligación de entregar por remisión a cláusulas de ese medio (*Trade Terms*), los llamados *Incoterms (International Commercial Terms)*, con la ventaja de su universalidad y la uniformidad de su interpretación⁴⁸⁴.

En materia de obligaciones de dinero cuyo pago ha de hacerse enviándoselo al acreedor, al romperse surge la inquietud de en qué momento se produce la satisfacción de este y la consiguiente liberación del deudor, si con el envío, remesa u orden de transferencia al banco, o si sólo con la recepción (efectividad), en cuanto atañe al punto de la ejecución oportuna de la prestación. Habiendo de sostenerse que, en principio, los riesgos del propio resultado y, lo que es más frecuente, de la oportunidad de este, los asume el deudor y, por lo mismo, que suya es la carga de seleccionar el medio que juzgue más seguro y expedito;

⁴⁸³ K. LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 7.ª ed., München-Berlin, 1964, § 17, IV, a, p. 201 y s. Cfr. también, § 12.

⁴⁸⁴ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 141 y nota 28, p. 74, con referencia a los Incoterms de 1953, en una nueva versión en vigor desde el 1.º de julio de 1990, publicación de la International Chamber of Commerce, y su texto más reciente: *Ramberg*, ICC-Guide to Incoterms, Paris, 2000.

serán de su cuenta los contratiempos que llegaren a presentarse, que van desde la pérdida del dinero hasta su llegada tardía al destinatario⁴⁸⁵.

XII. obligaciones de hacer

108. obligaciones de hacer *

Son aquellas cuyo objeto consiste en una actividad del deudor⁴⁸⁶, material (arts. 2053 y ss. c. c.) o intelectual (arts. 2063 y ss. c. c.)⁴⁸⁷, ora tomada como labor, ora considerada en su resultado (*opera, opus*).

109. importancia actual de las obligaciones de hacer

Antiguamente la importancia y la frecuencia de la obligación de hacer era marginal en comparación con las prestaciones de dar-entregar; los ejemplos se reducían a la obligación del mandatario y a la del arrendatario de transporte, con extensión a las obligaciones del artífice, del depositario y del vendedor en cuanto a la conservación de la cosa, e incluso a la del arrendador, en cuanto al mantenimiento del arrendatario en el goce de la cosa⁴⁸⁸. Por el contrario, en el presente, dadas su ocurrencia y su complejidad, el interés y la atención respecto de ellas son cada día mayores, a medida que se incrementan la consideración y el valor sociales y económicos de los servicios comparativamente con los de las cosas⁴⁸⁹, y “proporcionalmente a la división social del trabajo, cuya disciplina tiende a especializar la regla cuando la relación es inherente al ejercicio de una actividad profesional o, más singularmente, a una actividad de empresa”⁴⁹⁰, y pensando en el peso que en la vida contemporánea tiene la cooperación calificada: asistencia técnica, “promoción”, construcción, revisión, mantenimiento, reparación, asesoría, que exigen preparación técnica y profesional, habilidades y destrezas, y que en oportunidades dependen de la posesión de manuales de procedimientos, herramientas, piezas, repuestos de uso restringido y a veces secreto o confidencial. A lo cual se suma el realce alcanzado por prestaciones de hacer

⁴⁸⁵ Piénsese en pérdida por sustracción, falsificación de documentos o en intervención administrativa del establecimiento bancario, como también en casos de extravío, confusión o lentitud en el trámite. La extinción de la relación obligatoria no ocurre sino con la adquisición por parte del acreedor; otro es el tema de la responsabilidad en que incurra el intermediario del deudor para con su cliente.

* V. S. MAZZAMUTO. /*LDWWXDJLRQH GHJOL REEOLJKL 1978; DUWASALDSRQH VHXJLRQH LQ IRUPD VSHFLILFD GHOO TREEOLJR D FRQWUDU D EHE MBDGRORSNI*. La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer, en Estudios de derecho civil, I, Caracas, 1974.

⁴⁸⁶ *Q VHQWLGR ODWR VH GHILQH FRPR REOLJDFLRQHV GH KDFHU WRGDV ODV REOLJDFLRQHV TXH WLHQH jurídica que no consista HQ XQ BIANCA. /REEOLJDJLRQH n.º 63, p. 112; F. BELLIVIER et R. SEFTON-FREEN. Force obligatoire et exécution du contrat en droits français et anglais: bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, en Le contrat au début du XX^e siècle, Études offerts a Jacques Ghestin, Paris, 2001.*

⁴⁸⁷ *6LQHPEDUJR SDUD DOXQRV HQ VHQWLGR HVSHFLFR SUHFLVDPHQWH ODV REOLJDFLRQHV GH KDFHU la ejecución de una actividad material’ BIANCA. /REEOLJDJLRQH n.º 63, p. 113.*

⁴⁸⁸ Cfr. LARROUMET. *Droit civil, Obligations*, 1, cit., n.º 65, p. 63.

⁴⁸⁹ *Q WHPD GH ODV REOLJDFLRQHV GH KDFHU HV GH ORV PHQRV HVWXGLDGRV SRU OD GRFWULQD MXUTG en las codificaciones. En el ámbito de la teoría general de las obligaciones, el relieve adquirido por estas obligaciones resulta marginal, aún hoy; y esto por la hegemonía del dar-entregar que desde el Code Napoléon ha orientado la disciplina de los códigos según los principios generales, los cuales tenían para el caso como referencia más directa las obligaciones de dar [...] Es evidente el fenómeno por el cual, en las relaciones privadas, la obligación tradicional consistente en la entrega de una res determinada o de una res fungible viene a ser siempre sustituida o integrada por un conjunto de comportamientos REOLJDWRULRV HQ ORV TXH SUHYDOHFH XQ DFWLYLGDG GH KDFHU UHVXOWD FRPSURPHWLGD OD MAZZAMUTO. /LDWWXDJLRQH GHJOL REEOLJKL 1978, DUW s.*

⁴⁹⁰ L. MENGONI. /*H REEOLJDJLRQL HQ FLQTXDQW DQQLGHQ FRGLFLYLOH YRO*

En la materia son bien conocidos los brocárdicos iusnaturalistas *nemo precise cogi potest ad factum* y *ne homini libero vis fiat*, y aquel refrán inglés “de insondable filosofía jurídica”: *one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink*, que reflejan una realidad inocultable⁵⁰⁵, a la vez que muestran la carga “liberatoria” del ordenamiento⁵⁰⁶, las que, a su turno, enfrentadas a los criterios y a las necesidades contemporáneos, han de observarse con algún temperamento que permita valorar mejor los

506 P. RESCIGNO. Presentazione a MAZZAMUTO. /IDWWXD]LROH□GHJOL□REEOLJK]vGL□IDUH□□FLW□□□S□□

En el ordenamiento nacional se encuentra reconocida, de entrada, la posibilidad de la *condemnatio ad ipsam rem*, cuando el art. 1610 c. c. plantea como primera alternativa, a elección del acreedor, “el apremio al deudor para la ejecución del hecho convenido” (*rectius*, debido), que el código de procedimiento civil reitera en los arts. 493 [2] y 500 [1], en cierta forma exaltando la prioridad teórica de la ejecución *in natura* aun en esta clase de prestaciones. Sin embargo, la tutela jurisdiccional directa no va más allá del requerimiento: así, siendo el deudor contumaz o reacio a ejecutar el hecho debido, no es posible obtener la verdadera satisfacción específica del acreedor. Este podrá obtener autorización para contratar con un tercero la ejecución de la obra o del trabajo y, aprobado por el juez el

El código de procedimiento civil previene la posibilidad de que el acreedor estime bajo juramento el valor de los perjuicios moratorios (cfr. art. 1610 c. c. principio), en cantidad mensual, a cargo del deudor incumplido (moroso), no sólo los correspondientes al tiempo corrido hasta la presentación de la demanda, sino también aquellos que calcula habrá de recibir en lo sucesivo hasta su satisfacción, *in natura* o en el subrogado pecuniario (art. 493 [2] c. de p. c.). Esa apreciación es susceptible, como las restantes en el proceso ejecutivo, de objeción de parte del deudor y de fijación definitiva por el juez (art. 506 c. de p. c.), y en toda forma está sometida a las reglas propias del resarcimiento (arts. 1613 y ss. c. c.), o sea que no se le atribuye el mérito de apremio en sí, y no se ha planteado doctrinaria o jurisprudencialmente la posibilidad de tomar este expediente a manera de multas o *astreintes*⁵²² para conminar al deudor y lograr con su magnitud doblegar su ánimo reacio, aun cuando para ello una iniciativa pretoriana bien podría tomar pie en la expresión: “Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido”, correspondiente a la primera de las pretensiones alternativas del deudor previstas en el art. 1610 c. c.⁵²³.

524 (Q) QJQDLFD□□HVWH□SUFHFJPLHQWR□GH□SUHVLy□HV□XWLOLJDR□PX□IUHFHXQWHPHPWIF de julio de 1972, ahora reemplazada por la Ley 650 de 9 de julio de 1991□MAZEUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 940, p. 1028□□/Specific performance se considera un remedio extremo en razón de las sanciones que le son ajenas: en caso de desobediencia a la orden de *specific performance*, el deudor está obligado a pagar una multa (que va al Estado y no al acreedor), cuando no es objeto de un constreñimiento material. La dureza del remedio, comprobada por la presencia excepcional de sanciones, explica sin duda la reticencia de los jueces D□RWRUJDE□BELLIVIER et R. SEFTON-FREEN. *Force obligatoire et exécution du contrat en droits français et anglais*, cit., n.º 7 y nota 18, p. 96.

contra alguien que rehusa ejecutar una decisión judicial, y consiste en una amenaza⁵²⁵. A diferencia de la cláusula penal, que es una esti-pulación negocial accesoria a una relación obligatoria, para el caso de incumplimiento, con función conminatoria, a la vez que de estimación antelada de perjuicios, en cuantía fija preestablecida, la “multa” es una amenaza con fina-lidad y función intimidatoria, de fuente exclusivamente judicial, aplicable en la hipótesis de desobediencia de una orden o condena pronunciada en proceso, que derivará en un menoscabo patrimonial del renuente, susceptible de agravación en la medida de su resistencia, y cuya cuantía se mide en atención a las facultades del deudor, a sus posibilidades de resistencia, y no al compás del perjuicio padecido por el acreedor, con lo cual se resalta el juego y la articulación de conceptos y funciones: no sanciona o amenaza con sancionar el incumplimiento de una obligación, sino el desacato a la providencia judicial⁵²⁶. Y puede ir a parar a manos del acreedor, concurrentemente con la indemnización de perjuicios⁵²⁷. En nuestro derecho, dicho mecanismo ha sido extraño al funcionamiento del derecho privado⁵²⁸.

Tema de gran alcance, cada vez mayor, en la misma medida del crecimiento numérico, económico y de la complejidad de las prestaciones de hacer, es el de la proyección de las exigencias del comportamiento del deudor y, consiguientemente, el del criterio de valoración de su desempeño, es decir, el de cómo ha de entenderse en abstracto y, sobre todo, en concreto el “cumplimiento exacto”, particularmente cuando la actividad prevenida es una prestación profesional, de la índole que sea, o está a cargo de una empresa, toda vez que aquella implica “una *diligentia diligentis*, medida con arreglo a unos estándares sociales de pericia y de profesionalidad”⁵²⁹, y en esta se encarece por la doctrina “una regla de imputación del incumplimiento moldeada sobre el concepto objetivo de riesgo, que se contrapone al principio de la culpa”⁵³⁰.

Recientemente se introdujo en Colombia la figura del “amparo”, con el nombre de “tutela” (art. 86 C. P. de 1991), ejercitable también “contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el soli-citante se halle en estado de subordinación o de indefensión”, para, por ese medio, obtener orden judicial de ejecución de una actividad en término breve, cuya desatención hace incurrir al renuente en pena de arresto por desacato (arts. 27 y 52 Dcto. 2591 de 1991). Ello en forma excepcional para el evento de que se encuentren en juego derechos fundamentales.

117. los riesgos en la obligación de hacer

En cuanto a los riesgos en las obligaciones de hacer, cabe anotar que, por regla general,

⁵²⁵ MAZEAUD y CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 941, p. 1028.

⁵²⁶ MALAURIE y AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 1020, p. 605. “DFFHVRULD D XQD GHFLVLYQ MXGLFLDO HV XQ SURFH constreñimiento que, pese a su carácter indirecto, es muy eficaz; golpea al deudor en su parte más sensible, el bolsillo, para LQFLWDUOR HMHFXWU’

⁵²⁷ MAZEAUD y CHABAS, loc. cit., y n.º 942 y ss., p. 942 y ss., p. 1028 y ss.

⁵²⁸ Se me ocurre mencionar las multas diarias aplicables a quien, vencido el término, retenga un expe-diente de proceso, hasta su devolución, cuya cuantía se duplicará a partir del tercer día siguiente (art. 129 F GH S F ODV PXOWDV VXFHVLYDV DGPLQLVWUDGRU TXH QR HQWUHXH ORV ELHQHV OLEUW d SPSEJOPV ROHQDV BCLHIO legal alguno de multa-apremio por renuencia a cumplir una obligación.

⁵²⁹ El inciso segundo del art. 1176 *codice civile* FRPR D VH LQGLFy SUHYLHQH Q HO FXPSOLPHQWR GH ODV inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe apreciarse con relación a la naturaleza de la actividad ejeUFLGD’

⁵³⁰ L. MENGONI. *Le obbligazioni*, en , FLQTXDQW DQQL GHO FGLFL, FLXOH

cuando el hecho debido se hace imposible sin que el deudor haya incurrido en mora y se trata de una imposibilidad verdadera y definitiva, la obligación se extingue. Dentro de los modos de extinción de las obligaciones se encuentra la “pérdida de la cosa debida” (cfr. art. 1234 *code civil fr.*; 1625 [7.º] y 1729 y ss. c. c.), expresión que corresponde al ya anotado privilegio de la obligación de dar-entregar sobre las demás categorías en la regulación legal de la materia; sin embargo, ello no significa que el advenimiento de un obstáculo insalvable para la ejecución de las demás prestaciones carezca de relevancia. Por el contrario, el fenómeno de la “imposibilidad sobrevenida” sin culpa del deudor o por causa no imputable a él tiene efectos extintivos en general. A este propósito es preciso distinguir entre la imposibilidad absoluta u objetiva y la individual o subjetiva y tener en cuenta si el hacer es fungible, ilimitada o limitadamente, o personalísimo, como también entre la imposibilidad transitoria y la definitiva, análogamente a las precisiones indispensables en materia de géneros y especies en las obligaciones de entregar y, por lo mismo, entre liberación del deudor de obligación y responsabilidad, y la mera excusa de su retardo o de su inejecución, o sea su exoneración del resarcimiento. Téngase, entonces, presente que “todos los contratos de construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o empresario” (art. 2062 c. c.) y que el mandato termina por la muerte, la quiebra o la interdicción del mandatario (arts. 2189 [5 a 7] c. c. y 1285 c. co.), sin perjuicio de la liquidación y remuneración de lo ejecutado hasta entonces.

118. imposibilidad transitoria

Tratándose de una imposibilidad transitoria es menester prevenir la hipótesis de “posibilidad sobrevenida de la prestación”, fenómeno cuya atención exige tener presentes la oportunidad en que se presentaron la imposibilidad y posibilidad posterior, frente al término para la ejecución de la prestación, el interés del acreedor, si que también las condiciones del deudor, a fin de concluir si acarrea o no la “resurrección” de la obligación⁵³¹.

119. ejecución imperfecta

Por último, cabe anotar que en las obligaciones de hacer el incumplimiento puede manifestarse en términos de ejecución imperfecta (art. 1614 *in fine* c. c.), cuando quiera que el trabajo realizado no haya sido el adecuado o la obra no se ajuste a los términos del modelo trazado en el título, con las características correspondientes a las exigencias técnicas y profesionales del desempeño del operario, y este en el estado actual del tráfico jurídico es uno de los temas más complejos y sensibles⁵³². Respecto de la prueba, se ha dicho que “[l]a ejecución defectuosa o imperfecta jamás constituye una negación o afirmación indefinida, sino un hecho positivo, concreto y, por lo tanto, susceptible de prueba [...] Probada por el actor la ejecución defectuosa de la obligación, la culpa del

⁵³¹ Cfr. BIANCA, *REOLJD/LRQH* n.º 271, p. 542 y s.

⁵³² Baste volver la mirada al sinnúmero de prestaciones de diseño de construcciones o de maquinaria, de estudio de suelos, de cálculo de resistencia, de asistencia técnica o profesional, de asesoría especializada, de auditoría y revisoría fiscal, para traer algunos ejemplos, y en la controversia entre las partes a propósito de la ejecución cabal o perfecta del trabajo. Por lo demás, ya el art. 1613 *F□□F□□SUHYLHQH□OD□ILJXUD□HQ□FXHVWLyQ□DO□GLVSRQHU□TXH□>O@D□LQGHPQLJDFLyQ□G* daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse *cumplido imperfectamente*, *R□GH□KDEHUVH□UHWUDUGDGR□HO□FXPSOLPLHQWR□*

En cambio, cuando se piensa en la obligación de no hacer, necesariamente se ha de individualizar el acto, el comportamiento que en razón de ella, fundamentalmente derivada de negocio jurídico (pero también de una sentencia judicial o providencia administrativa), le resulta prohibido en adelante al deudor, y se han de precisar el tiempo y el ámbito territorial de dicha prohibición⁵⁴¹. Decisivo para la distinción en referencia es tener presente que la obligación negativa versa sobre un acto lícito y libérrimo del obligado, en tanto que el deber general de abstención se predica de actos de suyo incorrectos y, en todo caso, lesivos de los derechos absolutos de los demás (o asimilados a tales en su tratamiento)⁵⁴². Por lo cual, no cabría imaginar una obligación negativa consistente en la abstención de cometer uno de aquellos actos.

En ciertas circunstancias se aprecia alguna proximidad entre las obligaciones de no hacer y el deber de abstención frente a un derecho real ajeno. Es lo que da a entender ante todo la pasividad exigida al propietario del predio sirviente indispensable para el ejercicio cabal del derecho por parte del titular del predio dominante y en las relaciones de vecindad. No hay duda ninguna de que entonces hay deberes de abstención y de que estos, a diferencia de los que pesan sobre “los demás”, es decir, sobre todos los que no sean titulares del derecho absoluto en cuestión, recaen sobre una persona o varias personas determinadas en función de una posición específica frente a un derecho real: el titular del dominio o del derecho de usufructo del predio sirviente o del predio contiguo. Deber que no es común a todos ni relativo a toda clase de actos potencialmente dañinos, sino singularizado frente a quienes se hallan en esa relación jurídica y a los actos correspondientes a esta.

⁵⁴¹ 3(Q□HO□GHUHKR□UHDO□□HO□GHEHU□GH□DEVWHQFLYQ□VH□UHLIHU□D□WRGRV□\□HV□LQVWUXPHQWDO□□D□
cosa, sin impedimentos, las utilidades que le están reservadas. En cambio, en la obligación negativa, la abstención es debida
VRDPHQWH□SRU□XQR□R□YDULRV□GHXGRUV□GHWHUPLQDGRV□\□FRQVWLWWDH□H□BEMHW□FHQWUDO□GHC□
diritto privato, n.º 67, p. 119.

⁵⁴² 3(Q□OD□SUHVVDLYQ□C□GH□que es contenido de un derecho de crédito se tiene una expectativa del acreedor respecto de
un comportamiento de cooperación del obligado, por lo cual es precisamente ese comportamiento, y nada más que él, el
término que corresponde al interés del acreedor. En la obligación negativa el acento de la relación jurídica recae, como
siempre, sobre el vínculo del deudor, en el sentido de que la abstención de una actividad, de otra manera lícita y libre, es el
téUPLQR□FRUUHODWLYR□TXH□KDFH□SRVLEOH□DO□DFUHHGRU□HO□GHVSOLHXH□BRLI□SHUWXUEDGR□GH□XQD□
generale delle obbligazioni, cit., 1, p. 20. Cfr. GIORGIANNI. TXWHOD□GHO□FUHGLWRUH□ACCKKHWHOD□'UHDQH'

⁵⁴³ ³(O□SURSLHWDULR□GHG□SUHGIR) Simplemente se encuentra en una posición particular respecto de la cosa gravada con la servidumbre.

124. el tiempo en la obligación negativa

Poniendo de presente que en el título se ha de determinar a partir de qué momento y hasta cuando está obligado el deudor a abstenerse de la conducta en cuestión, se advierte que la obligación negativa está referida al tiempo de manera diferente de como lo están las obligaciones positivas: estas, aun en el supuesto de que impliquen varias prestaciones o una sucesión de ellas, como en los casos de venta de cosas futuras por cuotas, arrendamiento, sociedad, contrato de trabajo suministro, agencia, donde es indispensable establecer el término o sentar las bases para la fijación del término de duración de las entregas o de las actividades, de todas maneras tienen un *dies a quo*, cuándo o a partir de cuándo habrá de ejecutarse la prestación, que de esa forma es susceptible de incumplimiento por mora o retardo. Es más, la primera manifestación del incumplimiento en las obligaciones positivas suele ser la mora, independientemente de si se limita a ella o si por la actitud del deudor o las circunstancias sobrevenidas o por el desinteresamiento del acreedor, el simple retardo deviene incumplimiento definitivo, total o parcial; de ahí la dificultad, a veces, de precisar los alcances de la mora en cuanto a indemnización y de distinguir las repercusiones de la mora de las del incumplimiento definitivo. La obligación de no hacer, por el contrario, se cumple o se incumple a secas: todo acto comisivo implica de suyo incumplimiento, solo que este puede ser único o reiterado. Lo que no es concebible es la mora (art. 1615 c. c.), como tampoco la posibilidad de cumplimiento tardío⁵⁴⁵. Así, la indemnización de perjuicios y la pena se deben acá en cuanto hay incumplimiento, o sea ejecución del hecho prohibido⁵⁴⁶.

125. prueba del incumplimiento

En materia de obligaciones de no hacer, por razones de orden lógico, como también de índole práctica, no es al deudor a quien corresponde la carga de la prueba de su cumplimiento: no es dable pensar en la demostración de un hecho indefinido, aquí negativo (art. 177 [2] c. de p. c.), y por lo mismo, es al acreedor a quien concierne demostrar el incumplimiento del deudor, poniendo de presente, con medio apropiado, la infracción en que incurrió el deudor, o más propiamente, los rastros dejados por esta (arts. 494 y 490 c. de p. c.)⁵⁴⁷. Piénsese ante todo en la inspección judicial, pero con mayor amplitud en confesión y en fotografías, grabaciones, documentos que den fe de la comisión del hecho

posición que lo coloca en condiciones de poder, de hecho, oponer obstáculos al ejercicio de la servidumbre: bien podría no tolerar, de hecho, la actitud ajena sobre su fundo; podría, por tanto, no abstenerse, de hecho, de la actividad de la que debe prescindir; pero todo esto se explica, no por el aspecto de una obligación y de la correspondiente prestación, sino teniendo presente el deber primario social de *non nocere* que es inherente a la condición humana. Véase, en este sentido, *obbligazioni*, I, p. 19. Cfr. también, p. 18. Cfr. BARASSI. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, p. 80 y s.

⁵⁴⁴ LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, I, cit., n.º 68, p. 67 y s.

⁵⁴⁵ ³(VWVDV REOLJDFLRQHVV LPSRQHQQ DO GHXGRU XQD DEVWHQFLyQ PLHQWUDV HO GHXGRU VH DEVWLHQ prohibido hacer, la obligación se está cumpliendo; si, al contrario, el deudor viola la prohibición, ya no puede tratarse de *non facere* sino de *non nocere*. Véase, en este sentido, *obbligazioni*, I, p. 19. Cfr. también, p. 18. Cfr. BARASSI. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, p. 80 y s.

⁵⁴⁶ CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., t. 11, n.º 1228, p. 732. Cfr. art. 1222 *codice civile*. Cfr. cas. de 10 de marzo de 1936, XLIII, 564 y s.

⁵⁴⁷ ³(O DFUHHGRU TXH KD SUREDGR OD H LVWHQFLD GH OD REOLJDFLyQ QR SXHGH H LJLUOH DO GHXGRU que se trata de un hecho negativo. Es al acreedor a quien le incumbe, por el contrario, establecer el hecho de la *non facere*. Véase, en este sentido, *obbligazioni*, I, p. 19. Cfr. también, p. 18. Cfr. BARASSI. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, p. 80 y s.

prohibido y de los rastros dejados por la infracción.

126. tutela del acreedor de obligación negativa

Frente a una amenaza, una perturbación, o una lesión de un derecho absoluto, que puede provenir de cualquier prójimo, es ineludible pensar en la tutela apropiada, que va desde conjurar el riesgo (piénsese en el “daño evitable”⁵⁴⁸) hasta otorgar el subrogado pecuniario del interés lesionado (por lo general se habla genéricamente de “indemnización de perjuicios”), pasando por la restitución de las cosas al *status quo ante*, a cargo y expensas del agresor, identificado como quien cometió los actos lesivos, que bien pueden estar sancionados policiva o administrativamente. Al paso que en materia de obligaciones negativas la abstención corre exclusivamente a cargo del deudor y mira a la satisfacción de un interés específico del acreedor, al que en principio ha de atenderse *in natura* o con un sucedáneo, y en últimas con el subrogado pecuniario⁵⁴⁹. Con todo, se echa de menos, más que los mecanismos mismos de prevención y evitación, la conciencia de que las obligaciones tienen un valor considerable y merecen ser tuteladas adecuadamente⁵⁵⁰.

Delante de la contravención, si el acto prohibido es susceptible de repetición, lo primero que cabe pensar en tutela del derecho del acreedor es impedir que haya reincidencia: procurar que la violación no continúe o no se repita⁵⁵¹; sin embargo, el ordenamiento no provee expresamente a ello, lo cual no implica que el acreedor carezca de protección en tal sentido o que el juez no pueda conminar al deudor a dicho propósito. En lo que hace a los deberes generales de convivencia, en especial el ordenamiento de policía tiende a conjurar el peligro y asegurar que no se presentará nuevamente la transgresión, por medio de cauciones o multas en las que incurrirá el infractor, eventualmente convertibles en arresto y, en últimas, impidiendo físicamente la reincidencia. No acontece otro tanto en materia de obligaciones de no hacer, delante de cuya violación el código civil (art. 1612), al ocuparse del interés del acreedor, lo atiende pensando en el regreso de las cosas al estado precedente o en su satisfacción por un medio sucedáneo, complementado todo ello con la indemnización de perjuicios, o directamente proyectado en el resarcimiento (o mejor en el equi-valente pecuniario de la prestación y los perjuicios). Lo cual mueve a pensar en la importancia de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos de prestaciones correlativas (art. 1609 c. c.), así como en la que tiene la previsión específica de la reincidencia con la introducción de cláusulas penales conminatorias a título de “pena privada”, y en el alcance que tendría erigir legal o jurisprudencialmente multas (*astreintes*)⁵⁵².

⁵⁴⁸ Cfr. C. ROSELLO. *Il danno evitabile: la misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990.

⁵⁴⁹ Cfr. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 108 y ss.; y 133.

⁵⁵⁰ En el *common law* se tiene el instrumento de la *injunction* □ □ □ (O □ GHPDQGDGR □ QR □ SXHGH □ UHVLVWLUVH □ D □ XQD □ ³RUGHQ □ GH □ simplemente alegando que la observancia del contrato es incómoda para él y que la violación le causa al demandante apenas un perjuicio reducido o no le causa ninguno. Esta regla solamente se aplica a las órdenes *prohibitivas* que restringen violaciones *futuras* del demandado. Cuando la violación corresponde del todo al pasado, el demandante puede buscar una *mandatory injunction*, que ordene deshacer lo hecho con violación del contrato, que está sujeta a un examen del equilibrio de FRQYHQLHQFLD' □ □ TXH □ SXHGH □ OOHYDU □ D □ VX □ UHFKD □ R □ FXDQGR □ HO □ SHUMXLFLR □ TXH □ VXIULUtD □ HO □ GHPI posición inicial sobrepasa grandemente la YHQWMD □ TXH □ GHULYDUtD □ GH □ HQRNEHQ □ GARDQ □ GQW □, cit., p. 919.

⁵⁵¹ FUEYO LANERI. *Derecho civil, De las obligaciones*, II, cit., n.º 623, p. 210, hace mención del derecho del acreedor de REOLJDFLyQ □ GH □ KDFHU □ LQFXPSOLGDOD □ GFRQVWUDYHQFLyQ □ □ FRQ □ HO □ HMHPSOR □ GH □ SDUDOLJDU □ OD □ FRQVWUXFFL

⁵⁵² Cfr. G. GORLA. *Il contratto* [trad. esp. de J. FERRÁNDIZ V., Barcelona, 1959, t. 1], p. 288 y ss.; DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, cit., t. 6, n.º 145, p. 151 □ V □ □ □ ³RUGHQ □ H □ a el futuro, a condición de que sean de simple

127. ejecución específica de la obligación negativa

La prestación negativa consiste en no hacer o no adelantar determinada actividad: labor u obra, frente a la cual, según las circunstancias, el acreedor está expuesto a la infracción, una o múltiple, que se puede proyectar, según el caso, en resultados susceptibles de destrucción, o que no la admiten de por sí naturalmente, o atendiendo el costo individual o social de la obra, en comparación con el interés legítimo del acreedor y la posibilidad de satisfacerlo con un sucedáneo. Así, teniendo presente que toda obligación, en últimas, puede resolverse en responsabilidad pecuniaria del deudor, a la vez que la primacía lógico-jurídica de la ejecución específica de la prestación, la destrucción de la obra prohibida, el borrar los rastros que la infracción haya dejado, en una palabra, el deshacimiento por acción del mismo deudor dentro del tiempo prudencialmente concedido por el juez al efecto, o por un tercero contratado a propósito o por el propio acreedor, sin duda implicaría una satisfacción *in natura*, a la que se añadiría la obligación de resarcimiento. Y todo se reduciría a prestación pecuniaria en el evento de que la destrucción no fuera factible o no fuera equitativa o aconsejable, según la prudencia judicial⁵⁵³.

Relativamente a la contravención en sí, es preciso examinar la posibilidad, tanto física como político-económica, de deshacer el entuerto: si los rastros dejados por la infracción son por su misma naturaleza destruibles o, por el contrario, no permiten su desaparición física (se puede derribar el muro, pero no se puede desandar, como tampoco borrar la divulgación realizada o el concierto ejecutado), o si, admitiéndola, no habría proporcionalidad entre el estrago que la destrucción traería para el deudor (¿o para el bien público?)⁵⁵⁴, comparativamente con el interés del acreedor en tornar a la situación precedente. La redacción del precepto (art. 1612 c. c.) es afortunada: “Pudiendo destruirse 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”, pero “[s]i dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos”. De modo que, no siendo factible físicamente la eliminación de los rastros de la infracción, el deudor deberá pagar su equivalente pecuniario, y de no serlo “funcionalmente”, se abre la posibilidad de alternativas de satisfacción del acreedor, sugeridas por el deudor, realizadas a sus expensas, y dejando siempre en pie la indemnidad del acreedor, que implica la satisfacción de su interés y el resarcimiento de los daños padecidos (cfr. arts. 1143 y 1144 *code civil fr.*; 2933 *codice civile*)⁵⁵⁵.

553 ejecución de la obligación y no precauciones que agraven la situa-FLYQ□GHO□GHXGRU'□
Cfr. DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, cit., t. 6, p. 155□□³\$O□MXH□FRPSHWH□HO□~OW□LBR□DQ□OLSVL□□(VWD□
preferible a la de los autores que ven en el derecho del acreedor una especie de derecho rectilíneo cuyo ejercicio depende
H□FOXVLYDPHQWH□GH□pO'□

554 El art. 2933 *codice civile* SUHYLHQHacución forzada de las obligaciones de no hacer. Si no se ha cumplido una obligación de no hacer, el titular del derecho puede obtener que se destruya, a expensas del obligado, lo que se haya hecho en violación de la obligación. No se podrá ordenar la destrucción de la cosa y el titular del derecho sólo podrá alcanzar el resarcimiento de ORVGDxRVVLQODGHVWUXFFLyOQGHQODFRVDSHUMXGLFDUdDQDQODHFRORPtQODFLRODO'

555 El *code civil fr.* previene la destrucción de la obra prohibida por el deudor mismo, constreñido por el acreedor, o por este o por un tercero, a expensas del obligado, quien, además, habrá de indemnizar los daños correspondientes, en principio, sin otro límite que el de la misma posibilidad física de deshecho lo hecho en contravención (arts. 1143 y 1144). Las atenuaciones de ese rigor son de origen jurisprudencial. Cfr. DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t. 6, cit., n.º 245, p. 152; A. COLIN et H. CAPITANT. *Cours élémentaire de droit civil français*, 10.^a ed., Paris, 1953, t. 2, p. 116, nota 1.³/D & RUWH GH. La casación estima que el tribunal tiene un poder discrecional para ordenar la destrucción, o limitarse a una condena pecuniaria, VJH-Q ODV FLUFXQX & QFLLN. *Théorie des obligations*, cit., n.º 226, p. 550. El precepto colombiano se muestra adecuadamente cuidadoso de los intereses contrapuestos y atento a los principios de equidad y lealtad entre las partes, a la

128. la obligación de no hacer que se convierte en de hacer

De ser deshacible el hecho, el deudor será prevenido para que, en el término señalado prudencialmente a propósito por el juez, proceda a deshacerlo, a sus expensas, y a pagar los perjuicios producidos por la mera infracción, para lo cual han de seguirse las reglas trazadas normativamente a propósito de las obligaciones de hacer: por ello se dice que “la obligación negativa incumplida se convierte en obligación de hacer (o mejor, de deshacer)” (arts. 1612 y 1610 c. c.; 502, 500, 495 y 504 c. de p. c.), con las salvedades examinadas atrás. La posibilidad de satisfacer el interés del acreedor destruyendo la obra vedada y la necesidad de cotejar la importancia de las posiciones enfrentadas, en sí y en su consideración social, son notas características del tratamiento de las obligaciones negativas.

129. imposibilidad sobrevenida

Por último en lo que hace a los riesgos de la prestación, ha de señalarse que la imposibilidad sobrevenida tiene efectos liberatorios, como es natural, siempre que se haya presentado sin culpa del deudor, lo que hace pensar, ante todo, en el advenimiento de una orden administrativa de ejecutar el acto prohibido, o en que en el entretanto el pacto de la abstención de que se trata, a la sazón lícito, sea prohibido legalmente⁵⁵⁶. Cabe imaginar otros eventos, como el constreñimiento del deudor por un tercero, o un engaño de parte del acreedor, así resulten hartos forzados.

130. desarrollo actual de las obligaciones negativas

Mientras que antaño los ejemplos de obligaciones negativas se reducían a la de no levantar el muro de determinada altura y la de no transitar por un predio, en la actualidad los ejemplos de ellas abundan y su realce es manifiesto: es que dichas obligaciones han adquirido importancia e interés grandes en todo sentido y cobrado valor económico enorme. Valga citar los casos de la obligación de no enajenar a extraños la cuota o el interés en una sociedad de personas, la de no abrir un establecimiento comercial en determinado sector, en aras de la tranquilidad de los residentes en él o de la conservación de la clientela de uno vecino; la de no sembrar, en razón del mantenimiento de los niveles de producción en un mercado común; la de no revelar patentes, *know how* o la situación o las actitudes de una empresa en determinados aspectos (deber de confidencialidad); la de no imprimir más de cierto número de ejemplares de una obra o de no reproducir una creación artística o un diseño; la de no utilizar un nombre, una marca o una patente; y, en términos más populares: la obligación de exclusividad a cargo de un jugador de fútbol o de un presentador de programas de televisión o de radio, o de una modelo; o la de la exclusividad a cargo de un investigador científico, un agente comercial o un empresario.

vez que permite tener presente el interés social.

⁵⁵⁶

³(O□GHXGRU□QR□SRGU□H□RQHUVH□VLQR□SUREDQGR□D□VX□WXUQR□□TXH□OD□FRQWUDYH□QFLYQ□SURYLQR□GHV□LPSXWDE□□□CAPITANT, loc. cit. ³\$XQ□HQ□HO□FDVR□GH□ODV□REOLJDFLRQHV□QHJDWLYDV□QR□SXHG□GHM□FXHQWD□ODV□GHWHUPLQDFLRQHV□DMHQDV□DO□GHXGRU□□FRPR□HOHPHQWRV□MHQFUDPLQ□DWRULRV□GH□V□obligazioni in generale, Torino, 1957, p. 184. Cfr. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 112 y ss. El código civil de Brasil de 2001, art. 250, previene expresamente la imposibilidad sobrevenida de la obligación de no hacer, sin culpa del deudor, como casual de extinción de aquella.

La prestación negativa es, en principio, indivisible: no puede fraccionarse ni cumplirse por partes. En lo que tiene que ver con la naturaleza del acto de ejecución de la prestación, ha de resaltarse que la abstención no es una conducta para la cual se demande capacidad o poder de disposición de parte del deudor, y no da lugar a la satisfacción del acreedor por un tercero o por conducto de un representante, para no hablar de la improcedencia del pago por consignación o de la compensación, y de la inercia como elemento del supuesto de hecho de la prescripción⁵⁵⁷.

XIV. obligaciones de medios y de resultado

131. obligaciones de medios y obligaciones de resultado*

Examinando la conducta exigible del deudor y la manera como puede estar regulada se planteó de tiempo atrás, por la doctrina francesa, una clasificación complementaria de las prestaciones de dar, hacer y no hacer y, por ende, de las obligaciones, en de medios o general de prudencia y diligencia, y de resultado o determinadas⁵⁵⁸, y se la continúa empleando insistentemente, aunque cada día con menores entusiasmo y rigidez⁵⁵⁹. Posteriormente se le agregaron dos especies complementarias: obligaciones de garantía y obligaciones de seguridad.

⁵⁵⁷ Cfr. BIANCA. *REOLJD/LRQH*, n.º 70, p. 122 y s.

* Cfr. DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, V y VI, Paris, 1931; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1932; G. MICO. *DUHVSQRQVDELOLWj* *HUHFHSWR* GLVWLQJLRQH WUD REOLJD LRQGLGLVXQJNYZ000; A. ROCHA. *De la prueba en derecho, De la prueba de la culpa*, Bogotá, 1949; P. ESMEIN. *REOLJDWRQ responsabilit  contractuelles*, en *Le droit privé français au milieu du XX  siècle*, études offerts à Georges Ripert, t. II, Paris, 1950; BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I; I. MOSCO. *PSRVVLELOLWj* *VSUDYYHQXWD* *EEOLJDERELOLDLRQJ* GL *SSAMQWDP* R n Ed., XX, Milano, 1970, p. 409 y ss.; V. DE LORENZI. *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, en *Novissimo Digesto It.*, p. 397 y ss.; P. JOURDAIN. *Principes de la responsabilit  civile*, Paris, 1992; F. VALLEJO. *La responsabilidad civil médica*, Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia, n.ºs 300 y 301, 1993; J. SUESCÚN-MELO. *La prueba en la responsabilidad contractual (La presunción de culpa y los medios para desvirtuarla)*, en *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, 1996; A. TUNC. *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J. C. P., I, Paris, 1945 *DKRUD* *HQ* *DORQV* *GLWV* *HW* *pFUBWYp* *G* *SQGLp* *J* *TXQAYO* *JOURDAIN*. *De la responsabilidad civil, I, Teoría general de la responsabilidad, Responsabilidad contractual*, Bogotá, 1999; C. BLOCH. *REOLJDWLQR* *FRQWUDFWXHOH* *GH* *VHBKLI* *SR* *BRQWULEXWLRQ* *J* *Q* *DQDO* *VH* *GH* *OD* *GLVWLQFL* *de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 2001.

⁵⁵⁸ Cfr. DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, cit., V, cap. XIX; H. MAZEAUD. *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extarcontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence*, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1936; H. y L. MAZEAUD et A. TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilit  civile délictuelle et contractuelle*, I, 4.  ed., Paris, 1950, n.º 669 y ss.

⁵⁵⁹ *S* *GLFKR* *SURSyVLWR* *YHQJDQ* *HVWDV* *WUDQVFULSFLRQH* *Q* *SULQFLSLR* *PLVPR* *GH* *OD* *GLVWLQFLyQ* *obligaciones de resultado* ha sido discutido; la controversia ha perdido la vivacidad que conservaba hace una cincuentena de años. La distinción ha sido más o menos aceptada por todo el mundo, y todo o casi todo el mundo acepta que no significa *JUDQ* *FRVD* *TXH* *DSHQDV* *WLHQH* *XQMDOR* *SR* *NGD* *J* *obligations*, cit., n.º 823, p. 479. PH. LE TOURNEAU. *La responsabilit  civile*, 3.  ed., Paris, 1982, n.ºs 1255, 1287, 1289, 1292, al referirse a esta distinción, *LPDJLQDGD* *SRU* *HPRJXH* *DQRWD* *TXH* *HV* *PX* *WLO* *SHUR* *TXH* *VX* *SDSHO* *VH* *UHGXFH* *D* *GHWHUPLQ* *OD* *SUXHED* *HQ* *FDVR* *GH* *LQHMHO* *QR* *WXQH* *GH* *OD* *DOJXR* *QR* *HQWUD* *X* *QD* *UHVSQRQVDELOLGD* si bien es cierto que el deudor, en la obligación de resultado, responde en los casos dudosos, la culpa siempre est  subyacente: consiste en no haber ejecutado aquello a que se obligó voluntariamente, a menos que un caso de fuerza mayor se *OR* *KDV* *LPSHGL* *GRATIAS*. *Philosophie du droit*, Paris, 1987, citado por BELLISENT. *BRQWULEXWLRQ* *J* *Q* *DQDO* *VH* *GH* *OD* *distinction des obligations de moyens et des obligatons de résultat*, nota 46, p. 17 *KDEOD* *D* *SURSyVLWR* *GH* *>1@RFLRQH* *SULQFLSLRV* *H* *LGHDV* *FXR* *DOFDQFH* *DGTXLHUH* *XQ* *FDUFWHU* *PWLF* *GREUH* *HO* *VXUJPLHQWR* *OD* *distinción*, cfr. BELLISENT. *BRQWULEXWLRQ* *J* *Q* *DQDO* *VH* *GH* *OD* *GLVWLQFL* *de moyens et des obligations de résultat*, G cit., y G. VINEY et P. JOURDAIN. *Les conditions de la responsabilit *, 2.  ed., en *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, 1998, n.º 522 y ss., p. 441 y ss.

Siendo el carácter distintivo de la relación obligatoria el deber de pres-tación, resulta fundamental determinar qué es lo que el deudor debe y, por consiguiente, qué es lo que el acreedor puede esperar y exigir de él. Esta reflexión, repetida varias veces, pone de manifiesto la importancia de ver cómo el desenvolvimiento natural –o, dijérase, ideal– de la obligación consiste en la ejecución exacta de la prestación, que a una determina la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor. Por lo mismo, cuando el acreedor no ha sido satisfecho (o, para comenzar, sostiene que no lo ha sido), y siendo sabido que esa insatisfacción puede deberse –y por lo general así ocurre– a incumplimiento del deudor, importa dilucidar varias cuestiones concurrentes y complementarias: en qué consiste el incumplimiento, cómo debe o puede probarse, a quién le incumbe probar.

De nuevo, la insatisfacción del acreedor no equivale a incumplimiento, y menos es sinónima de él⁵⁶⁰. La contraposición entre *no cumplimiento* e *incumplimiento* no es un juego de palabras o un simple preciosismo verbal; es la clave de la responsabilidad por incumplimiento de obligación (la llamada responsabilidad *contractual*)⁵⁶¹. La articulación entre el interés del acreedor y el deber del deudor ha de indicar a la postre, luego de una especie de superposición de plantillas, si la conducta de este se ajustó al patrón resultante del contenido ampliado o integrado de la relación obligatoria, y en caso negativo, qué ha de esclarecerse, cuáles son los elementos del supuesto de hecho de la figura concreta de su exoneración, cómo es el juego de las cargas probatorias y, en últimas, sobre qué bases podrá el deudor liberarse o ser declarado libre de débito y responsabilidad⁵⁶².

⁵⁶⁰ Cfr. F. HINESTROSA. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, en Externado, Revista de la Universidad, 3, Bogotá, 1984, n.º 4, p. 48 y s. ID. en Libro de homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, 2001.

[illegible]

567 ³(O□GHXGRU□□HO□SULOFLSLR□□OR□VH□OLEHUD□VLOR□FRO□OD□HMHFXFLyO□GH□OD□SUHVWDFLyO□SURPHWLG

frustración es que esta se dio por su culpa⁵⁶⁸, que, valga advertirlo, no es igual que decir que por su hecho⁵⁶⁹. “El deudor normalmente ha de responder por *dolo y negligencia*. En el derecho de obligaciones el *principio de culpabilidad* constituye la regla”⁵⁷⁰. Otra cosa es que, según las orientaciones que se han ido decantando a lo largo del tiempo y conforme a los criterios éticos y políticos sucesivamente imperantes, el derecho haga responsable al deudor en determinadas circunstancias, así no haya cometido falta alguna: principio de causalidad, teoría del riesgo⁵⁷¹. Entonces, ¿si el incumplimiento se asimila a violación de obligación, principal o complementaria, o equivale a ella, en los eventos en que el ordenamiento lleva la responsabilidad del deudor hasta el *casus* o, inclusive, lo hace (o el deudor se hace) responsable de determinados acontecimientos, podrá decirse que este incurrió en incumplimiento o que violó algún deber, porque no se alcanzó el resultado prevenido?⁵⁷².

En fin, ha de resaltarse acá la diferencia que obra entre el tema de la carga de la prueba y el punto de los medios de exoneración a la mano del deudor, trascendental, dada su conexidad y la inclinación a confundirlas y, así, a generar interferencias. Si, en razón de la conveniencia y facilidad de administrar y suministrar la prueba, más que de la naturaleza de la prestación, al deudor le incumbe probar que empleó la diligencia y el cuidado congruos, y en oportunidades, que no pudo ejecutar la prestación a causa de obstáculo ajeno a él e insuperable, es cosa distinta de en qué circunstancias y por qué razones, a veces le basta aquella prueba, en tanto que en otras le es menester su aportación. El ejemplo del operador de servicios de salud es sobremanera diciente al respecto: en caso de queja del paciente relativa a la calidad de los servicios recibidos, médico, laboratorista, anestesta, enfermero, terapeuta, etc., de suyo han de demostrar que emplearon la diligencia (atención, pericia, técnica, instrumental; cuidados, que no curación) esperable y exigible⁵⁷³, lo cual no significa que su obligación se torne de resultado, como tampoco impide que, en determinados casos, se les llame a responder de quebrantos padecidos por la contraparte,

ejecutarla en el momento convenido, constituye lo que se denomina culpa contractual. El deudor incurso en culpa, no solamente puede ser constreñido a ejecutar la prestación que debe, si ello es posible, sino que, además, incurre en una responsabilidad, es decir, que debe indemnizar al acreedor todo el perjuicio resultante GH □ VX □ FXOSD □ DE LA MORANDIÈRE. *Précis de droit civil*, II, 6.^a ed., Paris, 1939, n.º 94, p. 49.

⁵⁶⁸ 3(Q □ PDWHULD □ GH □ LQFXPSOLPLHQWR □ OD □ FXOSD □ VH □ PLGH □ SRU □ OD □ SUHVWDFLyQ □ GHELGD □ □ □ OD □ PLVPD □ HQWL más o en menos en función Q □ GH □ OD □ IXHQWH □ □ HO □ REMHVSC □ GH □ MOD □ REGONBHU □ *Précis de droit civil*, cit., n.º 2, p. 379.

⁵⁶⁹ VISINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 14 □ V □ □ □ DJUHJD □ □ □ > (□ O □ LQFXPSOLPLHQWR □ QR □ VH □ LGHQWLILFD □ □ violación de la diligencia media, porque también consiste en la violación de deberes para el caso funcionales a la ejecución de la prestación debida. De ahí que aun cuando la culpa en el incumplimiento se presente como una regla (al menos así se le entiende por la mayoría de los intérpretes) que acoge el concepto de culpa = negligencia y de culpa = impericia, esta noción QR □ DEDUFD □ WRGDV □ ODV □ KLSyWHVLV □ GH □ YLRODFLyQ □ GH □ REGONBHU □ □ □ FRQWUDFWXQ □ GH □ GHIU □ □ 2E incumplimiento se muestra más amplia respecto del ámbito de las violaciones de obligaciones contractuales y, por tanto, no VH □ VXSHUSRQH □ DO □ FRQFHSWR □ GH □ μFXOSD □ FRQWUDFWXDO □ □ □ QL □ VH □ LGHQWLILFD □ FRQ □ pO □ MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 148.

⁵⁷⁰ Para OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 168, p. 117 □ □ □ OD □ UHVSQRVDELOLDG □ TXH □ VH □ WUDGXFH □ indemnización de perjuicios, supone necesariamente el dolo o la culpa cometidos por el deudor, en forma tal que, faltando ambos elementos morales de la imputabilidad, este no es responsable. Por ello el art. 1604 de nuestro código civil contempla [...] dos medios distintos de exoneración: la prueba de la diligencia debida o la del caso fortuito que también desvirtúa la presunción de culpa consagrada por eO □ FLWDGR □ WH □ WR □ OHJDO □ □

⁵⁷² Cfr. R. URIBE HOLGUÍN. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, 1970, p. 11 y 29 y ss.

⁵⁷³ Acá, por lo mismo que se trata de juzgar acerca de la *calidad* de la ejecución (el art. 1613 c. c. previene el supuesto de ejecución *imperfecta*), la discusión ya no gira en torno de la carga misma de la prueba, pues al profesional, como a cualquier otro deudor, no sólo le es exigible *emplear la diligencia* debida, sino, además, *probar* que la empleó. O sea que el centro del debate es el contenido mismo, concreto o singular de la prestación: cuál *calidad*; el problema no es, pues, de incumbencia y suficiencia de la prueba (TUNC. *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, cit., n.º 16), sino del objeto específico de esta.

134. inexecución de la prestación

135. normatividad comparada

H. et L. MAZEAUD et A. TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1, 5.^a ed., Paris, 1957, p. 181. Con la nota de que la reflexión ha de generalizarse de modo de indicar como requisito de responsabilidad FRQFUHWD □ OD □ LQHMHFXFLyQ □ GH □ OD □ REOLJDFLyQ □ □ □ D □ LQHMHFXFLyQ □ GH □ XQ □ FRQWUDWR □ VH □ SUHVXPH □ TX □ demanda la resolución de él no está obligado a dar la prueba de aquella, a menos que aparezca claramente que el demandado QR □ HVWi □ HQ □ PRUDR □ TX □ H □ FRPSUXHE □ OD □ IXHUJD □ R □ d □ HQ □ FDQR □ IEL □ MXI □ AVR □ □ □ FDV □ □ GH □
3/D □ GLVWLQLyQ □ HQWUH □ ODV □ GRV □ KLSy □ HWVLV □ LPOLF □ XQD □ GLIHUHQWH □ WHUHQGLYHQIA □ DE □ LA □ REALIZACIÓN □ DE □ EL □ RESULTADO □ □ □ (□ HO □ SULPHU □ FDVR □ HO □ ULHVJR □ LQFXPEH □ DO □ DFUHHGRU □ □ HQE □ HO □ VHJXQGR □ SH □ GALGANO. *Diritto privato*, 7.^a ed., Padova, 1992, p. 183. Cfr. VISINTINI. *Tratatto breve della responsabilità civile*, cit., p. 17 y nota 30 □ El incumplimiento se dice culpable, cuando la falta de satisfacción del acreedor depende del hecho de que el GHXGRU □ WXYR □ XQ □ FRPSRUWDLHQWR □ GLVWLQWR □ GHO □ TXH □ GHELY □ \ □ SXGRORWH □ HQUHQIA □ HQ □ DI □ OD □ VLWXDFLyQ □ F □ *diritto privato*, n.º 247, p. 345.
3(□ O □ LQFXPSOLPHQWR □ □ HO □ FXPSOLPHQWR □ WDUGr □ □ LQFRPSOHWR □ R □ LQH □ DFWR □ GH □ OD □ SUHVWDFLyQ □ GHEL □ acreedor. [...] El deudor deberá resarcir estos daños, pero sólo si el incumplimiento se debió a una causa de la cual él debe UHVSRQGHU □ □ H □ DKt □ HO □ SUREOHPD □ GH □ ORV □ FULWHULRV □ GH □ MACHSROVDL □ OLGD □ FRQWUD □ DFWXDO □ □ 243, p. 341.

no puede serle imputada, a más de que no hubo mala fe alguna de su parte”⁵⁷⁷; art. 1137: “La obligación de velar por la conservación de la cosa [...] somete a quien está encargado de ella a proveer todos los cuidados de un buen padre de familia”. El *codice civile italiano* prevé análogamente: art. 1177: “La obligación de entregar una cosa determinada incluye la de custodiarla hasta la entrega”; art. 1218: “El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida será condenado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él”⁵⁷⁸. Prevenciones y actitudes distintas de las del BGB: § 275.I. “El deudor quedará libre de la obligación a la prestación en cuanto esta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia sobrevenida con posterioridad a la constitución de la relación obligatoria, y de la que no tenga que responder”; § 280: “Cuando quiera que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de la que tiene que responder, el deudor habrá de indemnizarle al acreedor los perjuicios causados por su incumplimiento”. Y sobre todo de las del código civil de BELLO: el chileno, el colombiano: art. 1604: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora [...] o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”; art. 1605: “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además la de conservarla hasta la entrega...”; art. 1606: “La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”; art. 1604 [3]: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”; art. 1729: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece [...] se extingue la obligación...”; art. 1730: “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”; art. 1731: “Si el cuerpo cierto perece por culpa [...] del deudor, la obligación de este subsiste pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor...”; art. 1733: “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”.

136. diferencias

El realce de estas normas y su transcripción obedecen a la necesidad de señalar la diferencia de los regímenes en cuanto al alcance de la responsabilidad del deudor en los ordenamientos comparados y al sistema probatorio, en general y, especialmente, en lo que tiene que ver con la obligación de entregar cuerpo cierto. Bien se percibe que no es lo mismo disponer que se tendrá al deudor como incumplido y se le obligará pagar el valor de la prestación y a indemnizar perjuicios, a menos que demuestre que la inejecución se debió a causa extraña a él, que prever que el deudor se libera, tanto cuando la inejecución fue consecuencia de *casus* sobrevenido sin culpa suya, como cuando simplemente demuestra que obró con la diligencia debida en razón de la naturaleza de la prestación, del *comodum*

⁵⁷⁷ En DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., livre I, sect. III, IV □ □ □ □ VH □ OHH □ □ □ (Q □ WRGDmaQBNsegrQ)HQFL efecto de los compromisos es el de que quien falta a aquello que convino, o está en mora, sea que no pueda o que no lo quiera ejecutar, será obligado a indemnizar daños y perjuicios al otro, según la naturaleza de la convención, la calidad de la LQMHFXFLyQ □ R □ GHQ □ UHWDUGR □ □ □ ODV □ FLUFXQVWDQFLDV □

⁵⁷⁸ Análogamente, el art. 513 c. c. argentino.

manera más conforme a los términos de nuestra ley: que ha de tenerse presente que “[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; [y] la prueba del caso fortuito al que lo alega” (arts. 1604 [3] y 1733 [1] c. c.). Las dos partes, empeñadas en sacar adelante su respectiva causa, pondrán todo su conato en demostrar los supuestos de hecho de las normas que invocan y les favorecen (art. 177 [1] c. de p. c.): el deudor, su inocencia, o sea que se comportó como era de esperar de él y le era exigible, o incluso, por encima de ese nivel; el acreedor, el error de conducta del obligado. Teniendo presente que la propia individualización de la prestación como de resultado o como de medios, que se dice depender de la naturaleza del objeto, no es absoluta, ni tan objetiva⁵⁹⁰, es así mismo distinta la calificación que la ley o la jurisprudencia le den a la obligación surgida de una determinada figura contractual, y que por ese conducto una obligación tradicionalmente tenida como de medios o de prudencia y diligencia pase a ser tenida como de resultado, o – lo que sería más exacto – que se le dé a una obligación ciertamente de medios el tratamiento probatorio (presunciones y cargas) propio de las de resultado, especialmente en razón de las condiciones de inferioridad probatoria de la víctima y en el ánimo de cubrir más intensamente su indemnidad. Es el caso de algunas prestaciones médicas, quirúrgicas o paramédicas, de que son ejemplo los exámenes clínicos, las transfusiones, la anestesia, la cirugía plástica, si que también las obligaciones de proveedor, fa-bricante, distribuidor, frente al consumidor a propósito de la calidad y sanidad del producto, respecto de las cuales la tendencia es a considerar que el profesional o quien interviene en el proceso industrial y comercial asumen una obligación de garantía⁵⁹¹.

En otras ocasiones el deudor se compromete a obtener el resultado prevenido en favor del acreedor: la transferencia del dominio o la constitución del derecho real, el mantenimiento de la situación actual, el *opus* convenido. Aquí, a diferencia de lo que sucede en las obligaciones indeterminadas, en las que “la diligencia constituye el solo objeto de la obligación”, el deudor responde por el resultado, y su responsabilidad va hasta el elemento extraño (*casus*)⁵⁹². Ejemplo apropiado sería el del contrato de construcción de una fábrica

resultado deseado, no es posible identificar las dos nociones: es preciso volver a la realidad de las cosas y resignarse a hacer de la diligencia en sí misma el objeto de la obligación. El deudor se obliga a emplear los medios que están a su alcance para llegar a un resultado que permanece externo al contrato. El objeto de la obligación es diferente [...] Así se ve el criterio de la distinción: es el carácter aleatorio, o el carácter poco menos que cierto del resultado querido por el acreedor. La obligación tiene por objeto este resultado cuando se puede presumir que la diligencia del deudor lo alcanzará; en el caso contrario, tiene por objeto la diligencia misma [...] La diferencia entre las dos categorías de obligaciones resulta de las circunstancias, y no, como se ha pretendido, de la naturaleza del objeto. Véase, en este sentido, *Leçons de droit civil*, II, 1, *Obligations, théorie générale*, cit., p. 18 y s.; y en MAZEAUD et TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5.^a ed., cit., n.º 103-3.

⁵⁹⁰ Véase, en este sentido, *Technique contractuelle*, Paris, 1999, n.º 737, citado por BELLISSANT. *Contribution à l'étude de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, cit., nota 33, p. 15.

⁵⁹¹ Cfr. cas. de 15 de julio de 1938, XLVII, 73; 25 de noviembre de 1938, XLVII, 413 y s.; 5 de marzo de 1940, XLIX, 115 y s.; 3 de noviembre de 1977, CLV, 320 a 339; 12 de septiembre de 1985, CLXXX, 407 a 426; 26 de noviembre de 1986, CLXXXIV, 358 y s.; 30 de enero de 2001, no publicada. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1990, CXXI, 257 a 304; 16 de marzo de 1992, CXXVI, 478 a 493; 30 de julio de 1992, CXXVIII, 238 a 252; 13 de agosto de 1992, CXXVIII, 333 a 345; 24 de agosto de 1992, CXXVIII, 380 a 395.

⁵⁹² Véase, en este sentido, *Technique contractuelle*, Paris, 1999, n.º 737, citado por BELLISSANT. *Contribution à l'étude de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, cit., nota 33, p. 15.

“llave en mano”, figura mediante la cual el dueño se asegura la entrega de la obra terminada, lista para entrar en funcionamiento. Esto, como se infiere de las explicaciones y argumentación precedentes, dentro de la regulación de los sistemas francés e italiano.

De conformidad con este enfoque, se distingue entre el interés del acreedor y la necesidad del deudor, según que la obligación de este le imponga obtener un resultado cierto, o apenas propiciarlo con una conducta apropiada⁵⁹³. En otras palabras, se procura analizar la función práctico-social en términos de la aspiración cierta del acreedor, cuya satisfacción es exigible por él a su deudor⁵⁹⁴, con miras a puntualizar si ella consiste en un determinado cambio de su situación o en la conservación de esta, producto del vínculo concreto mensurable dentro de un juicio descriptivo o de realidad, o si, siendo entendido que al resultado no se llega sino mediante el empleo de medios, técnicas o artes idóneos, es únicamente una conducta idónea, encaminada a ese objetivo, pero sin abarcarlo⁵⁹⁵. El trabajador se compromete a aportar su habilidad, su experiencia, su ciencia, pero no garantiza el resultado de su energía⁵⁹⁶; el artífice se compromete a realizar una obra y asegura su ejecución como resultado en sí.

137. cargas probatorias

Sin duda la clasificación que se estudia es bastante descriptiva y ha contribuido a agilizar el tratamiento de uno de los problemas mencionados: el de las cargas probatorias, aun cuando su alcance no se reduce a él. Valga repetir que al acreedor, frente al deudor renuente o incumplido, cualquiera que sea la pretensión que tenga en mente, le es indispensable demostrar la existencia de la obligación⁵⁹⁷, como lo recalca el art. 1757 [1] c. c.: “Incumbe probar las obligaciones a quien las alega”⁵⁹⁸. De ahí en adelante surgen dificultades y, concretamente, estas: ¿al acreedor que probó la existencia de la obligación la basta esgrimir su pretensión afirmando no haber sido satisfecho, o tiene que comprobar la no ejecución de la prestación y, más todavía, la culpabilidad del deudor?⁵⁹⁹. En verdad no es admisible una

de su responsabilidad (se exonera), si prueba una causa extraña, es decir, que la inexecución de la obligación es imputable a

⁵⁹³ Es interesante, a la vez que dicente, el ejemplo jurisprudencial que trae BIANCA. *La REOLJD/LRQH*, n.º 39, p. 72, de la empresa fotográfica que cedió a una empresa periodística el derecho de reproducir y publicar una fotografía con el deber de mencionar el nombre de la cedente. Publicada en unos casos citándolo y en otros sin mención de la fuente, la jurisdicción consideró que la publicación con tal nota implicaba una obligación de resultado que sólo se había conseguido en mínima parte.

⁵⁹⁴ *La obligación de medios o de resultado, se tendrá[n] en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) La manera como la obligación se expresa en el contrato; b) El precio y demás elementos del contrato; c) El nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado; d) El influjo*

⁵⁹⁵ *La obligación de medios o de resultado, se tendrá[n] en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) La manera como la obligación se expresa en el contrato; b) El precio y demás elementos del contrato; c) El nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado; d) El influjo*

⁵⁹⁶ *La obligación de medios o de resultado, se tendrá[n] en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) La manera como la obligación se expresa en el contrato; b) El precio y demás elementos del contrato; c) El nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado; d) El influjo*

⁵⁹⁷ *La obligación de medios o de resultado, se tendrá[n] en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) La manera como la obligación se expresa en el contrato; b) El precio y demás elementos del contrato; c) El nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado; d) El influjo*

⁵⁹⁸ Cfr. cas. de 25 de noviembre de 1938, XLVII, 411.

⁵⁹⁹ Cfr. SUESCÚN-MELO. *La prueba en responsabilidad contractual*, cit., p. 394 y ss. Cas. de 3 de noviembre de 1977, CLV, 320 a 339.

respuesta única y absoluta⁶⁰⁰, como ya se observó al tratar una por una las obligaciones de dar, entregar, hacer y no hacer. Y aquí es donde parece útil la clasificación que ahora se estudia: si al deudor le corresponde alcanzar el resultado, ponerlo a disposición del acreedor, por razones tanto lógicas como prácticas, es a él a quien le incumbe demostrar que así ha ocurrido o que si no sucedió fue por una causa extraña a él, o simplemente a pesar de haber empleado la diligencia y el cuidado debidos específicamente, según el contenido de la relación obligatoria. La disposición final del art. 1757 [1] c. c.: “incumbe probar la extinción de las obligaciones a quien la alega”, como también la regla general sobre carga probatoria del art. 177 [1] c. de p. c.: incumbe probar el pago, o la imposibilidad sobrevenida, o la diligencia debida (arts. 1604 [3] y 1733 c. c.) a quien pretende que se le apliquen las normas relativas a la extinción de la obligación, singularizada para el caso. Sin embargo, delante de una obligación de no hacer, los mismos principios fuerzan una actitud diferente: no es exigible al deudor la prueba de una negación indefinida, por lo que el acreedor ha de demostrar el hecho positivo de la infracción (art. 177 [2] c. de p. c.), sea para pedir su destrucción, sea para reclamar el equivalente pecuniario, y en ambos casos, la indemnización de perjuicios (art. 494 c. de p. c.). En tanto que si la obligación es de solas prudencia y diligencia (medios), por esmeradas que hayan de ser estas, en principio, no sería lógico partir del supuesto del incumplimiento del deudor por el solo aserto del acreedor o por el mero hecho de que no se logró el resultado apetecido, sino que para que el deudor sea responsable por incumplimiento ha de aparecer probada su culpa, lo cual da lugar a un juego alternativo de cargas probatorias⁶⁰¹.

Distinto ello de lo comentado a propósito, en el tema de las defensas aducibles por el deudor para justificar el no cumplimiento o la no ejecución de la obligación. Partiendo del supuesto de que no se obtuvo el resultado señalado en el título, puede presumirse que tal insuceso es imputable al deudor: el art. 1730 c. c. así lo previene a propósito del perecimiento de la cosa en poder de aquel, actitud que es dable extender a los demás casos de obligaciones de resultado. Con todo, ello no significa, como suele afirmarse, que la única salida que le cabe al deudor es la prueba del caso de fuerza mayor o fortuito, a mi juicio, confundiendo las obligaciones de resultado con las llamadas obligaciones de garantía⁶⁰². Valga repetir que, en oportunidades, la responsabilidad del deudor va hasta la

⁶⁰⁰ Cfr. SUESCÚN-MELO. *La prueba en responsabilidad contractual*, cit., p. 394 y ss. Cas. de 3 de noviembre de 1977, CLV, 320 a 339.

⁶⁰¹ Sin embargo, en cas. de 20 de junio de 1977 VLQ SXEOLFDU OD & RUWH VH SURQXQFLY GLFLHQGR VHD OD REOLJ resultado, de dar o hacer o no hacer, genérica o específica, la culpa del deudor siempre se presume de la inejecución o falta de pago, como sin lugar a duda está dispuesto por el inciso tercero del art. 1604 F F H Q H O F X D O Q R V H K D F H Q G L V W L Q F L R Q La Asamblea plenaria de la Corte de casación francesa en varias sentencias de 1.º de diciembre de 1995 decretó la FDGXFLGDG GH OHPD 4XLHQ GLFH XQLODWHUDO GLFH LQMXVWR DO GHFLGLU TXH OD FoIXVXOD contratos de ejecución puede ser determinado unilateralmente por una parte, no afecta la validez del contrato marco, y agregó que la ausencia de precio determinado o determinable en la convención marco no comporta su nulidad ni la de las ventas de HMHFXYLYQ 3RU FRQVLXLHQWH HVWDV GHFLVLRQHV DFRJHQ HOOSLGHQLSURFGR ODQGXWHVHQHQFLQMX FRQWUDWRV GH GHSHQGHQFLD > @ 7RGR D UHVHUYD GH DEXVR FRQVLVWHQWH HQ TXH DO G cuenta suficientemente el inter V OHJWLPR GH VX FRQWUDSDUWH HQ OWLPDO unKXHQHQ SHUPLWD DO G QRUPDO GH VX DFWLYLGDG FRQ VDQFLYQ GH DQXODFLYQ R GH UNASRQVDELQDDEGH GH DXWRU GH contrat, en /HV FRQFHSWV FRQWUDFWXHOV IUDQDLV j O KHXUH GHV HULHQW, SANS, DILLQ, RUS, LXURS 97 y notas 43 a 48, con cita de TH. REVET. *La détermination unilat UDOH GH O REMHW G D Q XQHFRQWUDWPH HW le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

⁶⁰² En estos pasajes de jurisprudencia se puede observar la ambigüedad dH SRVWXUDV DO UHVSHFWR & RPR OD FXOSD SURYLHQ obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato, resulta que al deudor para exonerarse de responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia y cuidado debido para hacer posible la ejecución de la obligación. Esta consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible, y en poner diligentemente los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado era realizable y no se realizó, o si

606 Cas. de 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124 y s. Así, al parecer VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, III, *De las obligaciones*, cit., p. 327.

En lo que atañe a clasificación de las obligaciones por su objeto, siendo evidente que la bipartición de ellas en positivas y negativas, con la bifurcación de las primeras en de dar-entregar y hacer, es fundamental e insustituible, ello no se opone a tener en cuenta otros criterios, complementarios, que atienden más directa o concretamente determinados aspectos. Así, la clasificación de obligaciones de medios o diligencia y de resultado o determinadas, ampliada a las de garantía y de seguridad⁶⁰⁸, útil en cuanto permite un enfoque más centrado en la función de la relación jurídica, en lo que ella ofrece al acreedor y exige del deudor y, en últimas, en el juego de las cargas probatorias⁶⁰⁹: “su interés prácticamente se limita a una inversión de la carga de la prueba, y bien se sabe que esta cuestión tiene generalmente menos importancia en la práctica de lo que representa en teoría”⁶¹⁰. Sin que dicha consideración haga perder de vista las particularidades de cada ordenamiento y sus proyecciones doctrinarias⁶¹¹, como tampoco la fluidez y la ductilidad de su desarrollo procesal y probatorio⁶¹², y sobre todo, la diferenciación indispensable entre

Ver la presentación de la doctrina colombiana que hace SUESCÚN-MELO. *Derecho privado*, cit., I, p. 504 y ss. Según PÉREZ-VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, 1, II, Bogotá, 1951, n.º 148. HO LQFXPSOLPLHQWR GH XQD hace al deudor incurso en culpa contractual; esta resulta automáticamente de la inexecución, y el juzgador no tiene por qué apreciar la conducta del deudor. En cambio, cuando se trate de una obligación general de prudencia y diligencia (obligación de medio) [...] debe el juez investigar la conducta del deudor y ver si aparece de ella [...] que dicho deudor hubiera incurrido en el tipo de culpa correspondiente, por no haber empleado la diligencia y cuidado a que estaba obligado [...]. Cuando se pide el cumplimiento de una obligación [...] es de cargo del deudor probar su extinción [...] Cuando se trate, no ya de exigir el cumplimiento de la obligación, sino la indemnización por incumplimiento, el principio varía. Corresponde al acreedor suministrar la prueba de que la obligación fue incumplida [...] Lo dicho es apenas una consecuencia del carácter de *fuentes* de la obligación que tiene la culpa [?]; como tal, hay que probarla para que surja el deber de indemnizar [...] El deudor de una obligación específica cuyo incumplimiento se demuestre, no puede liberarse sino probando que tal incumplimiento se debió a una causa extraña a él [...] Cuando el deudor está obligado en forma determinada, el incumplimiento implica culpa de su parte, la cual sólo puede destruirse demostrando que tal incumplimiento no le es imputable, porque proviene de una causa [...] (Q ILQ SDU p OD SULPHUD U V H. *Responsabilidad civil. Régimen general de las obligaciones*, 2.ª ed., cit., § 130 y s., tras de acoger la segunda a las de resultado. VALENCIA-ZEA. *Derecho civil*, III, *De las obligaciones*, 9.ª ed., cit., §§ 130 y s., tras de acoger la GLIHUHQFLD FLY Q HQWUH Q LQJUDFLY Q QHJUDWL YD GH O GHUHFKR GH FUPGLWR HQ HQ H EL FDVR GH PDO FXPSOLPLHQWR R FXPSOLPLHQWR ILGH TXH OD FODVLFLD FLY Q LQFXUHQ GH O SUREOHPD SRUTXH QXD FRVD HV QR FXPSOLU RWUD GLIHUHQWH FXPSOLU resultado mediante el empleo de medios, [y] no existen obligaciones de simples medios, ni obligaciones de meros UHVXOWDGRV. *Responsabilidad civil. Régimen general de las obligaciones*, 6.ª ed., cit., n.º 168, la clasificación no es de UHFLE SRUTXH WLHQGH *responsabilidad subjetiva* por la germana de la *responsabilidad objetiva* V TAMAYO-JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, I, cit., n.º 298 DXO HQ ODV REOLJDFLRQHV GH PH

la carga de la prueba, ora del incumplimiento, ora del cumplimiento de la obligación, y las vías de exoneración a disposición del deudor, según el caso: diligencia y cuidado, causa extraña, sólo determinada o determinadas causas extrañas⁶¹³. En fin de cuentas, mientras que en Francia esas categorías han tendido, o mejor, tendieron a significar una división de fondo de las relaciones obligatorias⁶¹⁴, en otros (¿los demás?) países tienen carácter relativo y su alcance es el de “un criterio de clasificación de las prestaciones”⁶¹⁵, y sin que en muchos casos hayan de contraponerse en forma de dilema, como quiera que sobre el deudor pesa siempre el deber de *diligencia*, la que corresponda, fuera de que hay hipótesis de obligaciones “mixtas”, de las que ha sido ejemplo protuberante la del deudor de tradición de cuerpo cierto: la obligación de dar contiene la de entregar y esta, a su turno, la de conservarlo hasta la entrega (art. 1605 c. c.)⁶¹⁶.

La materia de las obligaciones de medios y resultado cobró importancia y repercusiones mayores, y por supuesto, conflictividad, al proyectarse sobre lo relacionado con las obligaciones del profesional, particularmente del médico, y su consiguiente responsabilidad⁶¹⁷, y la jurisprudencia de ambas jurisdicciones, la civil y la administrativa, la ha desarrollado ampliamente. Tema este que habrá de estudiarse al tratar la materia de la responsabilidad⁶¹⁸.

resultado, cual es el de realizar la conducta con la cual el deudor pretende lograr el beneficio mediatamente buscado por el acreedor [...] Por tanto, la filosofía de la obligación de medio solo es aplicable cuando el deudor cumplió materialmente, en principio, OD□JHVWLyQ□R□OD□SUHVWDFLyQ□D□TXH□VH□KDEAD□KBOQDWKUDSRD□GHHEHND□MBB□parece

⁶¹³ FRQ□WRGD□QLWLGH□WUDWiQGRVH□GH□UHVSRQVDELOLGDG□FRQWUDFWXDO□SRU□FXPSOLPLHQWR□GHIHFWXRVR□
Al respecto es útil traer a colación este pasaje de ROCHA. *De la prueba en derecho*, cit., p. 340 y s., que pone de presente la SUR[LPLGDG□OD□VXSHUSRVLFlyQ□GH□ORV□FRQFHSWRV□⁶¹⁴ OD□FDXVD□GHO□LQFXPSOLPLHQWR□SHUPDQHFD□
deudor no ha sabido explicar su conducta. Y entonces no está demostrada siquiera la simple ausencia de culpa. Entonces cabe hacer una concesión: supongamos que el deudor ha demostrado la ausencia de culpa, el caso fortuito y que esta es la hipótesis el caso fortuito no tiene causa conocida, no puede entonces achacarse ni a culpa ni a inculpa del deudor. ¿Qué hacer entonces? [...] Si la causa del caso fortuito permanece desconocida, debe eliminarse toda hipótesis posible de culpa, ser muy exigente en el estudio y análisis de la conducta del deudor y llegar a la conclusión presuntiva de que el caso fortuito ocurrió por causa precisa. Sólo así es dable exigir a su vez al acreedor la prueba de que el caso fortuito ocurrió por culpa del deudor. Pero mejor será eliminar estos dos extremos tan sutiles y decir francamente que el deudor siempre debe demostrar la causa precisa a qXH□VH□GHELY□OD□RFXUUHQFLD□R□DFDHFLPLHQWR□GHO□33DyB36RUVWOLWR30□d□TU□□RE
noviembre de 1935, XLIII, 180 y ss.

⁶¹⁴ BELLISSANT. &RQWULEXWLRQ□j□O□DQDOVH□GH□OD□GLVWLQFWLRQ□GHV□REOLJDWLRLQ□FRQGH□PR□HQV□HW□GHV□RE
cit.

⁶¹⁵ BIANCA. *REEOLJDJLRQ*, n.º 39 y s., p. 72 y ss.

⁶¹⁶ La clasificación fue recibida por la Corte Suprema de Justicia en cas. de 30 de noviembre de 1935, XLIII, 176 y ss., a la que se sumó pronto la cas. de 31 de mayo de 1938, XLVI, 571 y s.

⁶¹⁷ Cfr. PÉREZ-VIVES. Teoría general de las obligaciones, 2, cit., p. 673 y ss.; F. VALLEJO. La responsabilidad civil médica, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, n.ºs 300 y 301, 1993; C. HOLGUÍN HOLGUÍN. Responsabilidad médica, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, n.ºs 302 y 303, 1993-1994; SUESCÚN-MELO. Derecho privado, cit., I, La prueba en responsabilidad contractual, 2.1, p. 513 y ss.; J. TAMAYO-JARAMILLO. De la responsabilidad civil, t. I, Bogotá, 1999, n.º 381, 401 y ss.; Association Henri Capitant. Rapports, Journées panamiennes, marzo de 1999: PH. LE TOURNEAU. La responsabilité des professionnels du droit membres des professions libérales; LARROUMET. Le fait generateur de la responsabilité medical en droit français; Rapport luxembourgeois, La responsabilité medical; E. HULST. La responsabilité medical aux Pays-Bas; A. DE VITA et G. ALPA. La responsabilité medicale; J. M. CARRILLO-BALLESTEROS. La responsabilidad médica; P. DESLAURIERS. La responsabilité medicale, Rapport canadien; G. TEPEDINO. La responsabilité PpGLFDOH□GDQV□O□H□SpULHQFH□IBVASKOMHQIM□SAMIAN. La responsabilité medicale, Rapport polonais; O. GUILLAUD et CH. RAPIN. Rapport suisse; WANSWEELT. Rapport belge; A. LEVASSEUR. La responsabilité des professionnel du droit, Rapport canadien; P. G. MONATERI. Rapport italien; WOJNICKJA. Rapport polonais; M. U. SALERNO. Rapport argentin; A. WALD. Rapport brésilien; WESSNER. Rapport suisse; C. MEEWIS. Rapport du Pays-Bas; Rapport luxembourgeois.

⁶¹⁸ Sin embargo, no puede omitirse la referencia a la cas. de 30 de enero de 2001, exp. 5507, no publicada, en la que la Corte, WUDV□GH□DGYHUWLU□GH□HQWUDGD□TXH□□⁶¹⁹UDWDQGR□OD□UHVSRQVDELOLGDG□federal□VadePGLFRV□SRU□OD□S□
hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que esta es una responsabilidad que se deduce mediante la demostración GH□FXOSD□□LQGHSHQGLHQWHPHQWH□GH□TXH□OD□SUHWHQVLYQ□LQGHPLJDRULD□WHQJD□XQD□FDXVD□P□
reprRFKDUVH□SRU□KDEHU□VRVWHQLGR□LQPRWLYADGRRW□□949□X□D□62□□GHRPR□SULQFLSLR□JHQHUDO□□TXH□

Las obligaciones de valor, como se anotó atrás, en fin de cuentas no son originalmente de dinero; en ellas este indica el equivalente de un valor que no se determina previamente, sino a la hora del pago. Tales los ejemplos de la obligación resarcitoria de perjuicios, de la de pagar frutos o mejoras, de la de pagar el subrogado pecuniario de una prestación de otra índole o de un bien que no se puede restituir o reintegrar; en esa razón, y siendo en últimas dinero lo que se ha de pagar, procede el justiprecio del interés en juego, en dicha oportunidad, lo cual, a tiempo que sustrae la prestación a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, para seguridad de ambas partes, auspicia una determinación de la cuantía más ajustada al resultado del juego de los demás factores que confluyen a fijarla⁶¹⁹.

140. obligaciones de garantía

A la vera de las obligaciones de medios y de resultado, quizá como una variedad más intensa de estas últimas, se encuentran las llamadas *obligaciones de garantía*, denominadas obligaciones de seguridad en el derecho francés y en doctrina y jurisprudencia nacionales⁶²⁰. En ellas, el deudor no asume simplemente un resultado determinado, sino que garantiza su obtención, por disposición legal o negocial, de manera que responde por la ausencia de dicho resultado, aun la derivada de un caso de fuerza mayor o fortuito⁶²¹. O, sin más, asume determinados riesgos⁶²². Ampliación que se aprecia, sobre todo en la

a la responsabilidad extracontractual del médico era aplicable el art. 2356 c. c. por tratarse de acti-YLGDGHV SHOLJURDV YXHOYH a la doctrina sentada en cas. de 5 de marzo de 1940, XLIX, 117 y ss., que descarta toda presunción de culpa en la UHVSQVDELOLDGD H[WUDFRQWUDFWXDO GHOPpGLFR VREUHOD EDVH GH TXH VL ELHQ FLHUWDPHQW veces comporta riesgo, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial de riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, lo cual impone el análisis del caso concreto en toda su dimensión y dentro de las circunstancias singulares. Con relación a la responsabilidad contractual [...] pasa revista a la jurisprudencia, recuerda haber DGPLWLGR TXH SXHGH KDEHU FDVRV HQ TXH HO PpGLFR DVXPH XQD REOLJDFLyQ GH UHVXOWDGR FR XQD RSHUDFLyQ GH ILQHV HVWpWZELXQDOHHEH KDEHU FRQVLGHUDGR TXH uOD SUXHED GH OD GLOLJ LQFXPEH DO TXH KD GHELGR HPSOHDUOR WUDV GH PHQLRQDU OD FODVLILDFLyQ GH REOLJDFLRQH TXH uOR IXQGDPHQWDO HVW HQ LGHQWLICAR EL CONCEPTO DE SER MÉDICOS celebrado en concreto porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y SDUWLFXODUPHQW GH OD FXOSD SDOD GH LWHD QRDIHV SRVGH VHQWU UHJODV DEVROXWDV SRUTV KHFKR GH GHUHFKR YDUODV FRPR OD DSUHFLDFLyQ GH GLFLRQSDTXH PHQLRQUOR ERQVSDQRUD axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba, visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una los hechos que está en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones [...] porque, el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando HVWDV KD DO VLGR GHWHUPLQADOHV GHOSHUMXLFLR FDXVDGR

619 3/ DGHXGDGHYDORUHQneara resoluçãofrquelin bien por medio de su equivalente, tiene la ventaja de permitir la determinación del monto de la obligación de pagar una suma de dinero tomando en cuenta las variaciones del valor del bien, que pueden depender, tanto de los preciosGHOPHUFDGRFRPRGHODVYDULDAIRQNYFRQHWYULDV Obligations, 1.ere., cit., n.º 64, p. 62.

⁶²⁰ Cfr. cas. de 25 de noviembre de 1938, XLVII, 411 v.s.

⁶²¹ Cfr. ROCHA. De la prueba en derecho, cit., p. 341 y s. PÉREZ-VIVES. Teoría general de las obligaciones, I, II, cit., p. 241, nota 2 □□ DILUPD □ TXH □ *XQD □ GH □ HVWVDV □ REOLJDFLRQH □ GH □ UHVXOWDGR □ HV □ OD □ OODPDGD □ *REOLJDfLyQ □ GH □ V contratos [...] En virtud de esa obligación, la parte a cuyo cargo pesa, se obliga a que ningún accidente le sobrevenga a la RWUD' □□ &U □□ HO □ HO □ ~~PLUVBRIA/HOAWIGRLAS~~ las obligaciones, 2, Bogotá, 1951, n.º 347 y ss.

⁶²² ³(O□OD□REOLJDFLyO□GH□JDUDOWtD□HO□GHXGRU□SXHGH□VHU□REOLJDGR□D□LOGHPOLtometD□DFUHHGRU□□OR□

jurisprudencia francesa empeñada en cubrir a la víctima de infortunios ocurridos en conexión con el desenvolvimiento de un contrato y cuyo derecho a reparación podría esfumarse al no caer en el ámbito extracontractual y tampoco corresponder estrictamente a inejecución de prestación contractual. Allí se habla de obligaciones de seguridad⁶²³. Desarrollo y consecuencias análogos a los de los *Schutzpflichten* de la doctrina alemana⁶²⁴ y, más latamente, de las “obligaciones implícitas”⁶²⁵.

La explicación es de la mayor sencillez. La disciplina de las relaciones obligacionales no sólo varía según la índole de la prestación, sino, y más, las negociales, de conformidad con la naturaleza del acto dispositivo y la consideración social del mismo, fuera de que está llamada a cambiar al compás de los sucesivos sentimientos y apreciaciones de las respectivas comunidades. Así se explica, por ejemplo, que desde el derecho antiguo la responsabilidad del deudor por la cosa en poder suyo o por la actividad debida haya variado de una categoría a otra de contrato⁶²⁶: *praestare custodiam*, *culpam praestare*, *praestare talem diligentiam* [...] *dolo praestare*, responsabilidad por *casus minores*, o hasta por *damnum fatale*. Muy al contrario del empeño de someter realidad y ordenamiento a reglas universales y fijas, que pueden ser cómodas, pero que contradicen la naturaleza y la función del derecho.

Es oportuno evocar el *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*⁶²⁷, y así resaltar la génesis de la responsabilidad del posadero y de los administradores de establecimientos semejantes por los daños infligidos a los efectos personales a ellos confiados (arts. 2266 y 2272 c. c.) y del hurto de los efectos que el huésped o cliente conserva a su alrededor, aun cometido por personas extrañas (arts. 2267 c. c.)⁶²⁸; que “el transportador sólo podrá exonerarse [...] de su responsabilidad [...] mediante la prueba de la fuerza mayor, siempre que esta no se deba a culpa suya, de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de

culpa alguna, sino incluso cuando el daño resulta de un caso fortuito. Ella implica, pues, la obligación de reparar un daño sobrevenido por fuerza mayor o por el hecho de un tercero. Por tanto, va mucho más allá de la obligación, en cuanto no simplemente se invierte la carga de la prueba, sino que la propia extensión de la obligación queda afectada. La garantía será

PIV R PHQRV DPSOLD VHJ-Q TXH HO GHXGRU KD DVXPLGR WRGRV ORV FDRVH IRL UWXLWRV R VROD

⁶²³ TOURNEAU. *La responsabilité civile*, 3.^a ed., Paris, 1982, n.º 392.

⁶²⁴ En efecto, delante de accidentes personales ocurridos con ocasión u oportunidad de la ejecución de un contrato, que causan daños a la persona de uno de los contratantes, y en razón de las dificultades y conflictos relacionados con las cargas SUREDWRULDV ORV PHGLRV GH HIRQHUDFLYQ GHG GHPDQGDGR HO GHUHFKR IUDQFV RSWy SRU HUL VHJULGDG VLQ IRUDU HO FRQWUDWR SHUR Vt KDFLPYGRORQWDGODH OGV FSHQGHV LQNHUHO sentido de considerarlo que su propósito fue el de garantizar la incolumidad de la persona, a fin de aplicar a los hechos el UpJLPHQ GH UHVSQVDELOLGDG FRQWUDFWXDO GHQWUR GHG FRQFHSWR GHmBEOHDehyQ GHWHUPLQDGD contrato de transporte (desde 1911), con extensión a los de trabajo y de enseñanza o práctica de deportes y juegos, y a la seguridad de los bienes, particularmente en las relaciones entre profesionales y sus clientes. Cfr. por todos MAZEAUD et TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5.^a ed., cit., n.º 151 y ss.; G. VINEY. *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, *Les obligations, La responsabilité: conditions*, 2.^a ed., Paris, 1998, n.º 499 a 501-1; ID. *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN. *Introduction à la responsabilité*, 2.^a ed., Paris, 1995, n.º 168-B y 185 y s.; P. JOURDAIN. *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, 1992, p. 50 y ss.

⁶²⁵ Sobre la analogía entre los *Schutzpflichten* y las *obligations de sécurité*, cfr. VISINTINI. *Tratatto breve della responsabilità civile*, cit., p. 84 y ss. y nota 14.

⁶²⁶ ³/DV REOLJDFLRQHV FRQWUDFWXDOHV SXHGHQ VHU HIRSUHVDV R LPSOLFWDV DV REOLJDFLRQHV LPSOLFWD finalidad del contrato; b. Las prácticas establecidas entre las partes, y los usos; c. La buena fe y la lealtad contractual; d. El VHQWLGR FRP-QS y DUWYDQW UNIDROIT, cit.

⁶²⁷ Cfr. GAI. *Institutiones*, 3, 204 y 207.

⁶²⁸ D. 4, 9. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, reimpr. 1958; M. LÓPEZ-AMOR. *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, en *Derecho romano de obligaciones*, Home-naje al prof. José Luis Murga Gener, Madrid, 1994.

⁶²⁸ ³HO WUDWD GH HYHQWROSDOHS SXHGHmBEOHDehyQ WDOHFRINI. *Diritto romano*, cit., p. 105.

culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario” (art. 992 c. co.); que “el transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero [...] salvo: 1. Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas; 2. Cuando ocurran por fuerza mayor [...] 3. Cuando ocurran por culpa exclusiva del pasajero o lesiones orgánicas o enfermedad anteriores” (art. 1003 c. co.)⁶²⁹; y que el transportador aéreo responde por muerte o heridas del pasajero, a menos que el accidente ocurra por obra exclusiva de terceros o por culpa exclusiva de la víctima (art. 1880 c. co.), con lo cual se pone de presente que hoy asume los llamados “riesgos del aire” (*periculum*)⁶³⁰. En fin, tener presente la responsabilidad objetiva del fabricante, que ampara al consumidor.

1893 y ss., 1914 y ss. y 1965 c. c.; 1054 y 1070 c. co.)⁶³⁵. Categoría esta, por cierto pasada por alto o poco tenida en cuenta en la exposición y en la disciplina del derecho de obligaciones⁶³⁶.

XVII. obligaciones de ejecución instantánea, escalonada y sucesiva

142. obligaciones de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva

Una de las clasificaciones de las obligaciones que ha venido adquiriendo mayor importancia, tanto teórica como práctica, es aquella que las distingue en de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva, fundándose en la naturaleza de la prestación, a la vez en la manera como el título previene la forma y la oportunidad en que ha de ejecutarse, en atención a los intereses de acreedor y deudor. Por lo general, habida cuenta de la proximidad entre la disciplina de la obligación y la del contrato, que, como se advirtió atrás, ha conducido en oportunidades a asimilar las figuras y los regímenes, se trata de la ejecución instantánea o sucesiva, como algo circunscrito a los contratos. Acá se le considera, lo que es lógico, como algo propio de la obligación en general y no exclusivo de la contractual, si bien teniendo en cuenta que el interés que despierta y la frecuencia con que ocurre tratarla son mayores en materia de contratos.

“La obligación puede ser de prestación instantánea, o de prestaciones renovadas o, en fin, de prestaciones continuadas”.

Instantánea, por excelencia es aquella en que, siendo el objeto unitario o tomándosele como tal, se ha de ejecutar en una sola oportunidad y un solo acto. Sirvan los ejemplos de la entrega (dación, entrega, restitución) de un cuerpo cierto, la de pago del precio en la venta de contado, la del flete de un transporte, como también la de celebrar un contrato, e incluso, la de una abstención unitaria: no participar en determinado evento. Pero también se considera instantánea la prestación que consista en varios actos que han de ejecutarse en un tiempo limitado y breve, como sería el ejemplo de la obligación de hacer la tradición (*dare rem*) en la venta mercantil de bienes inmuebles, que implica “además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa” (art. 922 [1] c. co.). En fin, son igualmente de prestación instantánea aquellas obligaciones genéricas cuya ejecución las partes acuerdan fraccionar en varias cuotas o contados, sucesivos, iguales o de diferente magnitud, con periodicidad (renovadas o escalonadas): la venta con precio a plazos o con entrega sucesiva de las mercancías, la entrega o restitución de un fundo por potreros, la construcción de un edificio dividida en etapas: excavación, cimentación, obra negra, acabados; el mutuo con restitución en varios contados.

143. prestación continuada

⁶³⁵ Cas. de 21 de mayo de 1968, CXXIV, 168 y ss.; BETTI. *Teoria generale delle obbligazione*, I, cit., p. 4; A. DONATI. *Trattato di diritto delle assicurazione private*, vol. II, Milano, 1954, n.º 256; F. HINESTROSA. *La prestación de seguridad en el contrato de seguro*, en *Liber amicorum* para H. TAPIAS ROCHA, Bogotá, en prensa.

⁶³⁶ ³>3@RGUtdSHQVDUVH TXHDO UHVSHFWR QR GHEHUtdSRGHUVH KDEODU GH SUHVWDFLyQ DXQ FXDQGR al acreedor con la asunción por parte del deudor (garante) del riesgo que corre el primero. A lo más se podría tener presente el compromiso de una prestación puramente virtual y destinada a actualizarse sólo en la hipótesis de que el evento temido por el acreedor acaezcD' BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 19.

Continuada o de ejecución sucesiva es aquella prestación consistente en varios actos, un conjunto o serie de actos, homogéneos, que no han de ser ejecutados, ni pueden serlo, unitariamente, sino diseminados en el tiempo, y que, por lo mismo, están llamados a prolongarse indefinidamente o a proyectarse en un determinado período (*qui tempus successivum habent*). Así se tienen: la generalidad de las obligaciones negativas: cláusula de exclusividad por determinado tiempo, y las derivadas de los contratos de arrendamiento, de trabajo, de agencia comercial, de suministro, de seguro, de provisión de energía eléctrica o de agua, todas de tracto sucesivo por su propia naturaleza.

144. terminación del contrato

Ahora bien, si se trata de prestaciones sucesivas, al romperse se advierte que, en razón de los hechos cumplidos y de la no deshacibilidad de ellos, se presenta una consolidación de las situaciones creadas, indestructibles: no es posible la restitución *quo ante*, por la formación de un estado *de facto* que impide aquella retroactividad y hace que los efectos de la medida ablativa sólo se den hacia el futuro (*ex nunc*), amén de que de todos modos las restituciones tendrían que ser mutuas: pensando en los ejemplos del arrendamiento y del contrato de trabajo puede observarse que el goce de la cosa no es retrotraíble, como tampoco lo son la fuerza y energía desplegadas, cuya paga sería definitiva o, en su caso, debe cubrirse. Es esta la figura denominada “resiliación” por la doctrina francesa (“se resilia hacia el futuro”, en razón de la “imposibilidad práctica de restituir las prestaciones”) y que el art. 870 c. co. llama “terminación”, genéricamente “disolución”, contrapuesta a la “resolución”⁶³⁷.

145. las restituciones en las obligaciones instantáneas y en las continuadas

La contraposición entre la ejecución instantánea y el tracto sucesivo se manifiesta en distintos aspectos. Quizá el más estudiado e importante de ellos es el relativo a las restituciones y prestaciones mutuas a consecuencia de la declaración de nulidad del negocio jurídico, del decreto de resolución por incumplimiento del contrato de prestaciones correlativas, o del advenimiento de una condición resolutoria. La nulidad judicialmente pronunciada da derecho a las partes a ser restituidas al estado en que se encontrarían si no se hubiese celebrado el acto o contrato (art. 1746 c. c.); “cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición” (art. 1544 c. c.). Nulidad y resolución, por principio, tienen efecto retroactivo, operan *ex tunc*, como corresponde a la exigencia y al empeño de que desaparezcan las huellas del respectivo acto o contrato⁶³⁸.

146. prestaciones escalonadas y de ejecución sucesiva

Los linderos entre las prestaciones escalonadas y las de ejecución sucesiva no son, en verdad, nítidos; es un riesgo fácil y frecuente confundir o asimilar las dos figuras, para las cuales puede observarse algún trato común. El art. 1651 c. c. prevé que “si la obligación es

⁶³⁷ 6REUH □ 3OD □ UHVLOLDFLyQ □ GH □ ORV □ FRQWUDWRV □ GH □ HMFxFLyQ □ VXFHVLYD' □ \ □ OD □ SRVLELOLGDG □ GH □ YXH indemnizaciones pecuniarias, con acopio de doctrina y jurisprudencia francesas, cfr M.-E. PANCRAZI-TIAN. *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, 1996, n.º 347 y ss. Cfr. SNG de 4 de junio de 1952, LXXII, 713; cas. de 5 de octubre de 1963, CIII-CV, 185; 16 de noviembre de 1976, sin publicar.

⁶³⁸ Sobre los efectos de la terminación de tales contratos por mutuo disenso, cfr. cas. de 5 de octubre de 1963, CIII-CV, 185.

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”, y el art. 1652 agrega: “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”. El art. 962 c. co. disciplina la cláusula de “aceleración del pago” disponiendo que sólo podrá cobrarse el saldo del precio de la venta por mora en la cancelación de cuotas⁶³⁹, cuando “la falta de pago exceda en su conjunto de la octava parte del precio total de la cosa”⁶⁴⁰, de modo que el caso contrario “sólo dará lugar al cobro de la cuota o cuotas insolutas, conservando el comprador el beneficio del término con respecto a las cuotas sucesivas”. Lo importante es diferenciar entre la prestación única, aunque fraccionada en cuotas o partes pagaderas sucesiva o escalonadamente, y las varias prestaciones sucesivas, autónomas o independientes, así tengan una fuente única⁶⁴¹, a fin de puntualizar el radio de acción de la retroactividad de la ineficacia en general y su circunscripción al futuro en las prestaciones de tracto sucesivo. Compárense los casos de la venta a plazos o del mutuo que ha de restituirse paulatinamente, con los del arrendamiento o la provisión de fluido eléctrico; allá las cuotas son parte de un todo, al paso que acá son unidades hasta cierto punto independientes, cuya periodicidad y cuantía pueden ser determinadas inclusive por la capacidad productiva del proveedor o las necesidades del consumidor o por los precios del mercado, y que corresponden a un trecho recorrido, como retribución del goce o del consumo irreversibles del respectivo bien durante él⁶⁴², lo que explica la figura denominada de la “tácita reconducción” o renovación del contrato porque se sigue ejecutando tal cual luego de expirado el plazo (cfr. art. 2014 [3] c. c.).

XVIII. recapitulación

147. ejecución de la prestación*

La relación obligatoria gira en derredor de la prestación, ella es su pivote. Hacia la prestación se dirige el interés del acreedor, la prestación es lo que debe el deudor. Prestación que es una colaboración determinada: la sola conducta, o esta y algo más, que se proyecta en un bien. La ejecución exacta de la prestación es el destino regular, normal, de la relación obligatoria, que en consecuencia se extingue por haber realizado su función, con la consiguiente liberación del deudor.

148. exactitud de la prestación

⁶³⁹ (O□SUHFHSWR□HPSOHD□WRVFDPHQWH□HO□DQJOLHVDPR□LQDWDODPHQWAS, usualmente iguales, de DOJR□SDUD□LQGLFDU□HO□IUDFFLRQDPLHQWR□GHO□SUHFLR□HQ□FXRWDV□R□FRQWDGRV□□LJXDO□TXH□OR□ numenal 302 del art. 1.º del Decreto 2282 de 1982 al disponer que si el pago de la obligación garantizada hipotecaria o prendariamente se hubLHUH□SDFWDGR□HQ□GLYHUVRV□LQVWDODPHQWRV□□YDULDV□FXRWDV□□□HQ□OD□GHPDQG todos ellos.

⁶⁴⁰ Así en el art. 1525 *codice civile*.

⁶⁴¹ El art. 1383 *code civil de Québec* (1991□□SUHFLVD□OD□GLIHUHQFLDLYQ□DVt□□□(O□FRQWADSWR□GH□IMHFXFLYQ□LQV que la naturaleza de las cosas no se opone a que las obligaciones de las partes se ejecuten de una sola vez. El contrato de ejecución sucesiva es aquel en el que la naturaleza de las cosas exige que las obligaciones se ejecuten en varias veces o de XQD□PDQHUD□FRQWLQXDGD□□

⁶⁴² La resolución del arrendamiento no contempla sino el precio debido por el goce futuro.

* Cfr. A. DI MAJO. *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997.

El deudor debe cumplir, y cumplimiento quiere decir, otra vez, ejecución exacta de la prestación. La exactitud de la prestación, concepto básico en el desenvolvimiento de la relación obligatoria⁶⁴³, implica el desempeño previsto por parte del deudor frente al acreedor, lo cual, a su turno hace volver la mirada a la índole misma de la prestación, a lo que ella acarrea en razón de su naturaleza, de las circunstancias y, por supuesto, de las consideraciones que mutuamente se deben las partes y, en materia de obligaciones de origen negocial, tanto de las estipulaciones particulares, como de la clase de negocio jurídico, con acento especial en los principios de lealtad, corrección y buena fe, tomados no sólo como pauta de interpretación, sino como material con el que se integra el contenido del negocio, si que también el de la relación obligatoria (arts. 1603 c. c. y 871 c. co.).

149. mora e incumplimiento

En las prestaciones negativas, bien se sabe, no tiene cabida el concepto de mora. Se cumplen o se incumplen, según que el deudor se abstenga o no de realizar la conducta prohibida; simplemente que allá cabe la posibilidad de infracción continuada (art. 1615 c. c.). En tanto que en las prestaciones positivas, el acto único de cumplimiento o los actos sucesivos que componen la ejecución, se remiten necesariamente a un tiempo, que puede ser único, señalado como el momento o el período en el que el deudor ha de realizarlos. Por lo mismo, en lo que a ellas respecta, el fenómeno de la oportunidad de la prestación y, consiguientemente, el del retardo en su ejecución, tiene una importancia fundamental, a veces definitiva. Es más, la discrepancia entre el comportamiento del deudor y el programa de la relación obligatoria comienza a manifestarse con la impuntualidad. En seguida se despejará la incógnita de la posibilidad de ejecución tardía y, por lo mismo, si cabe esta o definitivamente se está en presencia de una imposibilidad, cualquiera que sea su causa, que, entendida latamente, incluye el desinteresamiento legítimo del acreedor.

No habiendo el deudor ejecutado exactamente la prestación en oportunidad y no siendo ya posible su ejecución, emerge el concepto de *imposibilidad*, y se impone establecer, al margen de la clasificación de ella, si deriva de causa y circunstancias (por completo) ajenas o extrañas al deudor o si, por el contrario, le es *imputable*, noción esta que ha de precisarse en sus contornos: ¿imputación física solamente, o también ético-política? Todo ello dentro de una gran complejidad de conceptos y matices, en análisis, controversia, tensión, conflicto sempiternos, permanentemente abiertos a la irrupción de nuevos puntos de vista, pareceres.

En la esfera del derecho privado, con extensión a otros dominios, el tema de la responsabilidad es uno de los más intrincados y apasionantes, si que también pasionales, que acá se atiende exclusivamente en cuanto toca con el incumplimiento de la obligación y, con más precisión, con mirada retrospectiva, en cuanto al ajuste de dos hemisferios: el interés del acreedor y el deber del deudor, a fin de determinar la prestación y, por ende,

⁶⁴³ Así el art. 1218 *codice civile* que, en los términos de esta disposición, adquieren relevancia: el incumplimiento *tout court*, el cumplimiento inexacto y el retardo; todas obligan al deudor a resarcir los daños causados al acreedor. Pero el deudor debe resarcir estos daños sólo hasta el límite de la posibilidad de cumplir y, si la imposibilidad se debe a una causa imputable al deudor, responde por los daños y perjuicios. *responsabilità*, cit., p. 77.

⁶⁴⁷ Así, art. 1108 *code civil* fr ☐ HQXPHUD ☐ GHQWUR ☐ GH ☐ ODV ☐ ³>F@XDWUR ☐ FRQGLFLRQHV ☐ >TXH@ ☐ VRQ ☐ HVHQFLDOHV

privada a la del contrato, así como en numerosos aspectos reduce la regulación de las obligaciones a las contractuales y, en varias oportunidades, confunde los elementos y los requisitos del contrato o del negocio jurídico con los de la obligación⁶⁴⁹. Es que “en la práctica la obligación que surge de negocio jurídico es la que asume obviamente una posición de primer plano y recibe el tratamiento correspondiente”. De esto es ejemplo lo que concierne al “objeto”, del que se ocupa a propósito de “los actos y declaraciones de voluntad” (tít. II lib. 4.º). El art. 1502 incluye dentro de los requisitos “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad: [...] 3.º) que recaiga sobre un objeto lícito”, y el art. 1517 dispone lo concerniente a la existencia y posibilidad del objeto, así: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de declaración” (así el art. 1127 *code civil fr.*)⁶⁵⁰. Y el art. 1518 [3]: “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” (cfr. art. 1523).

151. requisitos del objeto de la obligación

De todas maneras doctrina y jurisprudencia, aquí y allá, han concluido que el objeto de la obligación (*id quod debetur*), esto es, tanto la prestación en sí (la conducta prevenida en el título) como, en su caso, la “cosa” que ha de ser dada o entregada⁶⁵¹, ha de reunir ciertos requisitos, señalados y precisados en sus caracteres y desenvolvimiento desde las instituciones romanas⁶⁵²: existir, ser posible, ser lícito, estar determinado o ser

FRQYHQFLyQ>@8QREMHWRFLHUWRTXHFRQVWLWXDOD26P5WVHdisSRQHHOFRRESUNHQWUDWRHODWLHQHSRUOREMHWRXQDFRVDTXHXQDSUWHVHREOLJDGDGDUORRXTXHQXQSDUWHVHREOLJDGD648 El código civil de Perú de 1984, en su art. 140SUHFHSW~D3DUDVXYDOLGH>ODGHODFRMRMXU:GLFR@VHhVLFDMXU:GLFDPHQWHSRVLEOH3DAREQJHElyQUWXH HVREMHWRGHOFQWUDWRGHEHVHUOfFLWTXHFRQVLVWHODREOLJDFLyQHOLEHQTXHHVREMHWRGHODREOLJDFLyQHVLEOHV(Q)SBLsu art. 1373GLVSRQH(O)REMHWRGHODREOLJDFLyQHVVODSUHVWDFLyQDODTXHHOHGHXGRUHVWi consiste en hacer o no hacer una cosa. ± La prestación debe ser posible y determinada o determi-nable; no debe estar prohibiELGDQLVHUFRQWUDULDODRUGHQSE~EOLFR412904ISDSUHYTXHHQHQRWXDURVGH(O)REMHWRGcontrato es la operación jurídica contemplada por las partes al momento de su celebración, tal como resulta del conjunto de derechos y obligDFLRQHVTXHHOFRQWUDWRJHQHUD(V)QXORHOFRQWUDWRFXRREMHWRHVWiSURS~EOLFR649 LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 381, p. 318VQDQRWDTXH3SRUFRQVLJXLHQWHHOREMHWRestá coQVWLWXLGRHQUHDOLGDGSRUHOOREMHWRGHODVREOLJDFLRQHVDOTXHDTXHOGDODXJDUeste método y procuran distinguir entre el objeto del contrato y el de la obligación, como quiera que el objeto de la obligación es la prestación que debe ejecutar el deudor [...] la cuestión consiste en saber cuál sería la utilidad de la noción de objeto del contrato contemplada independientemente del objeto de la obligación engendrada por el contrato. En fin de cuentas el objeto del contUDWR SXHGHDSDUHFHUFRPRXQDFRPSOLFDFLyQLQ~WLO(V)HOOREMHWR33GH32DREOLJDFLyQOROT650 36LELHQHOFyGLJRDFYHFHVHVHUHILHUHODODSUHVWDFLyQFRPRDOµREMHWRGHODREOLJDFLyQFRPRFRVDµDGRSWDQGRDFYHFHVODORFXFLyQLJLILFDWLYDGH TXHODµSUHVWDFLyQTXH WLHQ~OWLPDVSDUHFHYLGHQWHODFRORFDLyQMXVWDGHORVGRVPRHQWRVTXHVLUYHQSDUDHBIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 1731RSXHGHDKEHUOREOLJDFLyQLQTXHKDDDOJXQDFRVDdebida, y que, por lo tanto, constituya su objeto y materia. Objeto de una obligación puede ser una cosa propiamente dicha (*res*) que el deudor se obliga a dar, o un hecho (*factum*)TXHHOHGHXGRUVHREOLJDODRDFRERadeQRKDFHU'obligations, cit., n.º 129 y s.

651 36HGHEHWHQHUELHQSUHVHQWHODGLVWLQFLyQHQUWHSUHVWDFLyQREMHWRGHODSUHVWDFLyQhecho, es aquello a lo que tiende el interés del acreedor, es el bien (en sentido lato) que satisface tal interés, en tanto que la prestación, contenido de la obligación, es el medio que (normalmente) permite la obtención del bien y, por tanto, la realizaFLyQGHODLQWALPDivisi-ELOLWjHLQGLYLVELOLWjGROBSEALDIKQale, Padova, 1965, I, p. 457.

652 Cfr. G. GROSSO. *Obbligazioni Contenuto e requisiti della prestazione*, 3.ª ed., Torino, 1966, trad. esp., de F. HINESTROSA, Bogotá, 1981, 2.ª reimpr., 1991.

determinable, ser de naturaleza patrimonial o, a lo menos, apreciable en dinero. Ahora bien, la consideración de esos requisitos ha de hacerse con alguna elasticidad y no con un *iudicium strictum*: en primer término pensando en que el juez en relación con el derecho privado, especialmente cuando se trata de obligaciones surgidas o, mejor, llamadas a surgir de una disposición particular de intereses, está lógica y políticamente compelido a buscar la eficacia de la figura, o sea procurar que produzca los efectos que está llamada a producir: es el principio de la salvación del negocio (arg. ex art. 902 c. co.) y más ampliamente de la obligación; y en segundo lugar, teniendo presente el principio del *favor debitoris* (arg. ex art. 1624 [1] c. c.); a lo menos en cuanto no reza con los mandamientos del *ius cogens* o de las buenas costumbres.

XX. posibilidad de la prestación

152. posibilidad física y posibilidad jurídica

En lo que hace a la posibilidad del objeto, lo primero que se ocurre es indagar acerca de qué se entiende por tal. Posible es la prestación susceptible de cumplimiento. Concepto que incluye, delanteramente, la alternativa de cumplimiento-incumplimiento. Esto es, que la prestación pueda ejecutarse y a la vez pueda no ser ejecutada, o sea que el deudor pueda desenvolverse discrecionalmente frente a ella y al consiguiente deber. Aun cuando allí, a lo menos en algunos aspectos y ejemplos, la cuestión no sería tanto de origen físico, sino jurídico y, por lo mismo, no tendría propiamente que ver con la posibilidad física, sino con la jurídica, *rectius*, con la licitud. En todo caso, el punto de partida es elemental: “la prestación es posible cuando, abstractamente, es susceptible de ejecución”⁶⁵³.

¿Qué se entiende por objeto imposible?⁶⁵⁴ Es bien conocida la máxima *impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185). La doctrina habla de “imposibilidad física o natural”, o sea aquella derivada de causas físicas o naturales, en contraposición a la “imposibilidad jurídica”, que más precisamente es ilicitud, en especial en lo que respecta al ordenamiento nacional, según el cual hay objeto ilícito en “todo lo que contraviene el derecho público de la nación” (art. 1519 c. c.), como también “en la enajenación de: 1. Las cosas que no están en el comercio...” (art. 1521 c. c.), y “en todo contrato prohibido por las leyes” (art. 1523 c. c.). Por lo demás, la “imposibilidad jurídica” no deja de ser un concepto artificioso: lo contrario al derecho imperativo, lo prohibido por las leyes o por las buenas costumbres, que son las expresiones corrientes, es, sin más, ilícito, y la ilicitud del objeto desemboca en nulidad de la actuación correspondiente⁶⁵⁵. En tanto que la imposibilidad física del objeto impide el nacimiento de la obligación. Consecuencias diferentes, cuyo contraste se palpa en la dualidad: inexistencia-nulidad (cfr. arts. 898 [2] y 899 c. co.).

Es físicamente imposible la conducta sola o vertida sobre un bien que ha de darse o entregarse, contraria a las leyes de la naturaleza, porque no se puede *in rerum natura*, sea la conducta (*fieri quod natura fieri non cencedit*) o sea la cosa (*dari non potest*): ¿quién no recuerda, en este orden, los ejemplos de *coelum digito tangere*, más expresivo y verosímil que el del viaje a la luna, logrado ya hace más de treinta años?, ¿o el del transporte de una

⁶⁵³ BIANCA. *Ateneo* n.º 43, p. 83.

⁶⁵⁴ *Diritto romano*, cit., p. 100.

⁶⁵⁵ Cfr. cas. de 13 de mayo de 1968, CXXIV, 138.

mercancía en tiempo inferior al mínimo indispensable para el viaje, o el del hipocentauro, o el del esclavo muerto? La imposibilidad adquiere diversidad de matices, según la clase de la prestación, si positiva o negativa, si de dar-entregar o de hacer, algo personal del deudor o algo al alcance de cualquiera. Así mismo, especialmente en lo que respecta al concepto mismo y a los efectos, es importante distinguir la *impossibilitas* de la *mera difficultas*, la imposibilidad total de la parcial, la imposibilidad inicial de la sobrevenida.

153. imposibilidad inicial y sobrevenida

Comenzando por el último punto, la diferencia es elemental: acá se trata de examinar los requisitos del objeto para la viabilidad de la obligación al surgimiento de esta, y no de sus vicisitudes, punto que será objeto de análisis a propósito de la extinción de la relación obligatoria por imposibilidad posterior sobrevenida (*infra* n.º 628 y ss.). Es decir, de observar si la prestación es o era imposible cuando surgió la relación, y no si la prestación se hizo imposible con posterioridad. Si la prestación se hace imposible, habrá que indagar cómo, cuándo y, ante todo, por qué causa, física o jurídica, y la participación o extraneidad del deudor en tal resultado, por cuanto el tratamiento de dicha imposibilidad varía con las circunstancias y la índole de la prestación y de la relación jurídica, y sólo excepcionalmente libera al deudor, siendo de recordar la regla de *culpa* (o *mora*) *perpetuatur obligatio*⁶⁵⁶. En tanto que si la imposibilidad es inicial, por así decirlo, congénita, su relevancia es objetiva, dijérase que absoluta en sus efectos: impide que la obligación surja, independientemente de su causa, si que también de si fue o no del conocimiento de ambas partes o de una de ellas.

154. oportunidad de la imposibilidad inicial

La imposibilidad del objeto se aprecia al momento de surgir la obligación, lo que quiere decir, en principio, a la celebración del negocio jurídico, pero, si este es condicional o, en otras palabras, si la obligación es condicional, la apreciación se hará al momento de cumplirse la condición. Ese el ejemplo de la compraventa y en general del negocio jurídico sobre cosa futura como tal, que se entiende celebrado bajo la condición de que esta llegue a existir, a menos que se indique lo contrario, caso en el cual se dice que el objeto del contrato es el alea (arts. 1869 y 1171 c. c.; 917 y 918 c. co.; 1130 [1] *code civil fr.*)⁶⁵⁷. Por lo mismo, nada importa el que la imposibilidad, presente en uno u otro momento, según el caso, desaparezca luego (*medio tempore*); por tanto, da igual que la imposibilidad sea definitiva o apenas transitoria, con relación a aquel momento.

155. imposibilidad total y parcial

La imposibilidad puede ser total o parcial, y si es apenas parcial, en principio, la obligación se circunscribirá a la parte posible. Sólo que si la imposibilidad del resto resulta incompatible con el interés del acreedor en la relación, ante todo con la finalidad por él esperada con el contrato, el fenómeno se asimilará a la imposibilidad total, con todas sus

⁶⁵⁶ Cfr. BIANCHI, FOSSATI e VANZATTI. *Perpetuatio obligationis*, cit.

⁶⁵⁷ Valga este par de ejemplos para apreciar la diferencia: compraventa de la cría que está por nacer y la venta o la promesa de compraventa de apartamento en edificio que aún está en planos: cfr. *code civil fr.*: lib. 3.º, tit. VI, cap. III-1: leyes 67-3, 3 de enero de 1967; 67-547, 7 de julio de 1967, decretos 78.621 y 78.622 de 31 de mayo de 1978.

consecuencias adversas (cfr. por analogía, arts. 1543, inc. 3.º, y 1511 c. c.).

156. “impossibilitas” y “difficultas”

La imposibilidad del hecho o de la cosa ha de ser verdadera para que impida o excluya el nacimiento de obligación; planteamiento que conduce a la contraposición entre *impossibilitas* y *difficultas*: imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva, que bien puede sustituirse con ventaja por la nomenclatura de imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa, más expresiva y perspicua. “Imposibilidad absoluta es la inherente a la prestación misma; imposibilidad relativa es la que se opone al deudor, dependiendo de las circunstancias relativas a él”. La imposibilidad acá relevante es aquella universal, en la que se encontraría cualquiera persona, y no singularmente aquella que apenas afecta al deudor, sea porque este no tiene la fuerza, la destreza o la habilidad necesarias para el trabajo o la obra de que se trata, sea porque carece de la calificación jurídica para ejecutar la prestación⁶⁵⁸. “La imposibilidad subjetiva no lo excusa”.

157. conocimiento o ignorancia de la imposibilidad

Cosa diferente es el conocimiento o la ignorancia de la imposibilidad originaria por parte de acreedor y deudor o de uno de ellos, y la responsabilidad en que puede incurrir quien la calló. Sabido que la imposibilidad tiene relevancia objetiva y que en sus efectos impeditivos nada tiene que hacer el comportamiento de las partes, ha de pasarse al tema de la responsabilidad en que incurre quien falta a la lealtad-corrección que mutuamente se deben las partes en su actuación prodrómica, o más propiamente, de la “tutela del acreedor en caso de imposibilidad”, habida cuenta de su buena fe. Descartada la hipótesis de conocimiento común de la imposibilidad, frente a la cual se habría de pensar en la ausencia de seriedad de la disposición, viene en seguida la hipótesis del candidato a deudor que, a sabiendas de la imposibilidad del objeto, procedió haciendo caso omiso de ella frente a un candidato a acreedor que la ignoraba, pudiendo razonablemente ignorarla. Es elemental anotar que, en esta eventualidad, no habiendo surgido obligación, queda descartada de plano para el frustrado acreedor posibilidad de exigir cumplimiento de la promesa o el equivalente pecuniario e indemnización de perjuicios. Su pretensión será la que corresponda a los hechos, es decir, la de resarcimiento del daño efectivamente sufrido por él a causa de la conducta incorrecta del promitente, sea simplemente por su ocultamiento, sea por haber llegado a ocasionar la imposibilidad, para lo cual se echará mano de las normas de responsabilidad: la precontractual, *culpa in contrahendo* (art. 863 c. co.)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Los pasajes de VENULEIO en D. 45, 1, 137, 4 y 5: son ejemplares para apreciar la diferencia entre *impedimentum naturale* y *facultas dandi*: § 4 □ □ 36H □ KD □ GH □ YHU □ VL □ HO □ TXH □ SURPHWL □ GD □ FLHQWR □ VH □ REOLJDU □ LQPHGLDWDPHQWH □ □ R hasta que pueda entregar el dinero. Luego, ¿qué se dirá si no lo tiene en casa, ni encuentra al acreedor? Mas estas cosas se apartan del impedimento natural y se refieren a la facultad de dar. Mas la facultad es conveniencia o inconveniencia de la persona, no de las cosas que se prometen; y de otra suerte, si alguno hubiere prometido el esclavo Stico, preguntaremos dónde está Stico, de modo que así no parezca que importa mucho que él lo haya de dar en Efeso o que prometa dar lo que se halle en Efeso, estando él mismo en Roma; pues esto se refiere también a la facultad de dar, porque tanto respecto al dinero como a Stico hay esto de común, que el prometedora no puede dar de presente. Y en general, la causa de la dificultad se refiere a incomodidad del que promete, no a impedimento del estipulante, de suerte que no se comience a decir que tampoco SXHGH □ GD □ HO □ TXH □ KXELHUH □ SURPHWLGR □ XQ □ HVFODYR □ DMHQRGLTXH □ KXELHUH □ RIVQLS □ XHQGRHGH □ XQR □ TX no pudiera hacer, siéndole posible a otro, escribe SABINO TXH □ OD □ REOLJDFLyQ □ VH □ KLJR □ FRQ □ DUUHJOR □ D □ GHUHFKR □

⁶⁵⁹ Cfr. DI MAJO. *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 5 y ss.; A. RAVAZZONI. *La Formazione del contratto*, I, Milano, 1973

En fin, de más está decir que cuando no se trata de una verdadera imposibilidad, sino apenas de un *personae commodum incommodumque*, escollo que no tiene proyección universal, sino singular sobre el deudor⁶⁶¹ y, por lo mismo, no obstaculiza la plena eficacia de la obligación, esta surge válida y eficaz, de modo que al acreedor le competen las alternativas a que da lugar el incumplimiento del deudor, eventualmente incurso en dolo y, en esa razón, obligado al resarcimiento hasta de todos “los perjuicios que fueron consecuencia directa o inmediata de su incumplimiento” (art. 1616 c. c.)⁶⁶².

A propósito de la ineptitud inicial del deudor es necesario tener presente que sobre el sujeto que va a asumir una obligación (por negocio jurídico) pesan cargas de previsión, de lealtad, de corrección: la mencionada exigencia de obrar de buena fe, de donde ha de concluirse que “quien promete algo debe cerciorarse de si él puede o no ejecutar la prestación. [Y que] [d]icha imposibilidad subjetiva inicial no es excusable”⁶⁶³. Y al respecto ha de agregarse esta reflexión: se llega a afirmar que el deudor no sólo puede resultar comprometido más intensamente, por ley, dada la clase de contrato escogido por las partes, o por cláusula del contrato, y así garantizar el resultado de la prestación, aun si esta falla sin su culpa, lo que muestra una asunción de la imposibilidad sobrevenida, sino que “cuando se ha comprometido a ejecutar [y entregar] una obra sin defectos, garantiza ese resultado, aun si los conocimientos técnicos y las posibilidades del tiempo presente no permiten la construcción de la obra con las características prometidas”⁶⁶⁴, o sea que no podría invocar para su exoneración la imposibilidad sobrevenida, como tampoco alegar —y este es el punto que aquí interesa— una imposibilidad inicial.

159. existencia del objeto

El art. 1518 c. c., a propósito del objeto, comienza por prevenir: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan”, con referencia cierta y exclusiva a las prestaciones de dar-entregar, de modo que

601 7/D□ SRVLELOLGD□ ¹de la aptitud del deudor para el cumplimiento, o sea de la idoneidad de su persona y de sus medios para satisfacer al acreedor. A diferencia de la imposibilidad, la ineptitud no incide sobre la existencia de la obligación. El deudor se compromete D□ HMFHXWDU□ XQD□ SUHVWDFLyQ□ SRVLEOH□□ \□ HVW□ B□ NEOLJDGR□ DO□ FXPSOL□
A FREEOLJDJLRON n.º 43, p. 83.

662 Piénsese en alguien que se compromete a una obra o un trabajo, de suyo posibles, sin tener la calificación, las destrezas, o los medios en GLVSHQVDEOHV□DO□HIHFWR□□R□HQ□DOJXLHQ□TXH□YHQGH□FRVD□DMHQD□□6X□*LPSRVLELOLGDG'□SHUV obligacion no contradice la existencia y validez del contrato, pero su no ejecución exacta de la prestación sí compromete su responsabilidad.

* Cfr. D. MAZEAUD, *R/DXWp* *VROLDGULWp* *IUDWHUQLWp* *OD* *QRXYHOOH* *GHYLVH* *FRQWUDFWXHOOH* *HQ* *MD* *hommage à François Terré*, Paris, 1999; L. AYNÈS, *REOLJDWLRLQ* *GH* *OR/DXWp* *HQ4*, *REOLJDWLRLQ* *de droit*, Paris, 2000.

⁶⁶³ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 278, p. 154.

664 SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 277, p. 153.

el punto de la existencia del objeto, en verdad, solamente atañe a tales obligaciones. Ahora bien, dado que la dación o la entrega de una cosa que no existe es algo imposible y que, como se suele decir, repitiendo la conocida máxima latina: *ad impossibilia nemo tenetur*, no es infrecuente tratar el tema de la existencia del objeto a propósito de su posibilidad y tomar la inexistencia del bien como una de las variedades de la imposibilidad del objeto⁶⁶⁵. Con todo, es evidente que, en cuanto al requisito de eficacia de la obligación, la cuestión de la existencia de un bien, corporal o incorporeal: cosa que *dari non potest*, es conceptual y prácticamente distinta de la posibilidad física de realizar una conducta, de donde se sigue la exigencia de tratar separadamente los dos temas.

160. disposición de cosas futuras

Si la cosa está presente, no cabe duda de su existencia; luego se verá si está en el comercio y si está determinada o es determinable. En cambio, si la cosa no existe ahora (*in rerum natura*), se plantea la cuestión de su ser futuro, de cómo se le contempló en la fuente –por lo general en el contrato, pero también en la oferta o en el testamento–, de hasta cuándo puede mantenerse la pendencia y, por lo demás, para la solución de puntos accesorios, el tema de si la inexistencia del objeto era conocida o ignorada por ambas partes o si una de ellas la sabía y la calificación moral de su silencio.

El art. 1869 c. c., dentro de la disciplina de la compraventa, trae esta norma, cuya aplicación puede volverse universal por *analogia legis*: “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”. La hipótesis de disposición de bienes que en el momento no existen, pero cuya existencia se previene, o más propiamente, con ella se cuenta, desde los ejemplos tradicionales de la cría que está aún en vientre, la cosecha todavía no madurada y recolectada, hasta otros más actuales, como son la obra de arte que aún no ha ejecutado o completado el pintor, el escultor, el escritor, el músico; los minerales que están por extraerse o, inclusive, por hallarse: el petróleo que se busca en una perforación; el descubrimiento o la invención tras de los que anda un investigador; las mercancías que están en proceso de fabricación; el solar o el apartamento que apenas está en planos. La gama es abundantísima y muestra la importancia que tiene para la economía esta distinción bien antigua y por demás sencilla y tajante⁶⁶⁶.

El contrato cuyo objeto es, sin más, el dar o entregar una cosa que no existe al momento de su celebración, sea porque no ha llegado a existir o porque se destruyó, ha sido considerado de siempre nulo (*nulla venditio sine re quae veneat*, D. 18, 1, 8 pr.)⁶⁶⁷. Sólo que la importancia y frecuencia de la disposición de cosas futuras convertida en un giro del tráfico impuso la distinción entre la *emptio rei speratae* y la *emptio rei spei*.

Sobre la base de que la cosa no existe, y de la posibilidad de tomarla como objeto de la obligación, la cuestión consiste en determinar de qué manera se contempló la incertidumbre de su existencia futura, si la firmeza de la disposición y, por ende, la exigibilidad de la

⁶⁶⁵ Cfr. LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 387, p. 322 y s.

⁶⁶⁶ 36H□ WLHQH□ YHQWD□ GH□ FRVD□ IXWXUD□ FXIDGHGHO□ PRHQVA□ GH□ OD□ Es objeto de la venta no H□LVWH□ D~□ HQ□ HO□ SDWULPQLR□ GH□ YHQGHGRU□ QL□ HQ□ OD□ compraventa, *diritto civile e commerciale*, dir. da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXIII, Milano, 1962, p. 174.

⁶⁶⁷ V. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, vol. I, reimpr. 2.ª ed., Napoli, 1956, p. 117, anota que esta regla se remonta al tiempo en que solamente se practicaba la venta de contado y que se proyectó luego sobre la venta tenida como contrato obligatorio.

Ahora bien, el código, al regular el objeto, como noción en principio remitida al solo contrato (art. 1517 c. c.), muestra una tendencia a corporeizarla (así, arts. 1518 y 1521 c. c.), y, en últimas, a referirlo a la noción de orden público (arts. 1519 y 1521 a 1523). Para comenzar, no huelga hacer presente que ilícito es un adjetivo que sólo se predica de la conducta. Acá podría decirse, entonces, que ilícita puede ser la prestación: el trabajo, la obra, la abstención, o la transferencia. Sería cómodo decir que ilícito es aquello así declarado directamente en la norma o prohibido por ella, en cuanto sea imperativa. Empero, el sentido de la ilicitud es más amplio, en manera alguna circunscrito a un catálogo cerrado, esto es, a una tipicidad legal rígida. Aquella contrariedad y su consiguiente sanción represiva pueden presentarse indirectamente y apreciarse, entonces, mirando los resultados de la conducta⁶⁷¹. De esa manera, tomando el ordenamiento, lo mismo que, en su caso, la disposición y, de todos modos, la relación crediticia en su plenitud y funcionalmente, la sociedad por intermedio de la jurisdicción puede y debe ejercer control activo, flexible y eficaz sobre el intercambio de bienes y servicios, sobre todo aquel que se fundamenta en la disposición particular de intereses, como bien se aprecia en los desarrollos recientes y se anuncia en las manifestaciones de la “economía globalizada”⁶⁷².

Cuando se habla de pautas fundamentales se alude a las normas imperativas de orden público, inderogables por disposición particular, *ius cogens*⁶⁷³. Como se anotó atrás, la ley declara expresamente que hay objeto ilícito en algunas convenciones o disposiciones contractuales, en general (art. 1518 [3] y 1523 c. c.) o en singular (arts. 1519 a 1522 c. c.), mas ello no significa que se trate de un catálogo cerrado o de una lista taxativa. Incumbe a la jurisprudencia, en últimas a la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia (art. 365 c. de p. c.) determinar el alcance del orden público y de las buenas costumbres e individualizar las pautas correspondientes. Orden público y buenas costumbres⁶⁷⁴ se suele decir que son “cláusulas generales”, que “están destinadas a propiciar la mayor adecuación posible de la reglamentación jurídica a las exigencias de orden sustancial a medida que van aflorando en el ámbito del régimen [...] y deben servir para mantener el sistema jurídico a tono –así sea en una medida bastante limitada– con los tiempos, evitando dificultades y no

⁶⁷⁴ Cfr. cas. de 31 de mayo de 1938, XLVI, 570.

infrecuentemente anacronismos, que una aplicación demasiado rígida y mecánica de la ley lleva consigo inevitablemente”⁶⁷⁵.

Estando estos temas estrechamente conectados con la materia del negocio jurídico: límites de la autonomía privada, y siendo las coordenadas de orden público y buenas costumbres los instrumentos de que se vale el Estado para encauzar y controlar el ejercicio de aquella, asegurar la primacía del interés general, tutelar los intereses de sectores deprimidos de la sociedad e impedir el abuso de posiciones de poder económico o, en general, dominantes, en la formación del contrato, su exposición detallada se reserva para esa oportunidad. Aquí basten algunas consideraciones generales.

El ordenamiento en su integridad ha de entenderse enderezado a lograr que la República sea un Estado social de derecho, “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (art. 1.º C. P.). En esa razón, es deber del Estado, sancionado constitucionalmente (cfr., entre otros, los arts. 2.º, 3.º, 13, 88, 333 y ss. C. P.), proveer a la protección especial de quienes por distintas razones se encuentran en posición de indefensión o inferioridad, sea permanentemente, sea en forma ocasional o en determinadas circunstancias: p. ej., los trabajadores, los consumidores, los usuarios de servicios públicos, las gentes de menores ingresos; como también asumir la dirección general de la economía, en lo que hace a “la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos”, con miras “al mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”, con lo cual se abarcan las varias dimensiones modernas y dinámicas del orden público y del interés general, en lo que respecta al tráfico jurídico: orden público político, orden público económico y social, orden público de protección, orden público de dirección. Consideraciones estas que tienen importancia fundamental, dada la supremacía de la Constitución, hoy exaltada en el art. 4.º C. P., pero que de siempre han implicado una exigencia lógica y política del Estado de derecho, que conduce a la subordinación de la totalidad de los preceptos a las orientaciones y dictados constitucionales (la parte dogmática), tanto los promulgados con posterioridad a su expedición y a la de sus reformas como los precedentes (art. 9.º Ley 153 de 1887), no sólo formalmente, sino en su interpretación y aplicación (cfr. art. 4.º *in fine* Ley 153 de 1887).

163. buenas costumbres *

Punto de suyo conflictivo y de contornos difusos es el de las buenas costumbres, la regla moral. Se ha llegado a indicar que “la noción de buenas costumbres expresa el aspecto moral del orden público, es decir, las reglas morales cuyo respeto impone el interés de la sociedad a las voluntades individuales”. ¿Qué ha de entenderse por buenas costumbres y por moral (¿equidad?)? ¿Cuál moral? El código civil se refiere en varias oportunidades a estos conceptos: así, p. ej., en los arts. 1151, 1518 [3], 1524 [2], 1532 [2], 1742 (art. 2.º Ley

⁶⁷⁵ L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI U. NATOLI. *Diritto civile*, t. 1, vol. I, *Norme, soggetti e rapporti giuridici*, Torino, 1987, n.º 12 [trad. esp. de F. HINESTROSA, Bogotá, 1992, reimpr., 1995]. LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 396, p. 336 □ □ DQRWD □ DJXGDPHQWH □ TXH □ □ >V@L □ HO □ RUOHQ □ HSEHOLAR □ VEHUVARQV □ GH estable, pero que esta afirmación a veces puede ser desmentida, pues el contenido del orden público social y económico y el de las buenas costumbres cambia, no solamente en razón de la evolución de las mentalidades (buenas costumbres), sino WDPELpQ □ GH □ ODV □ PRGLILFDLRLQHV □ GHO □ GLULJLVPR □ HFRQyPLFR □ □ GHO □ SURWHFFLRLQLVPR □ VRFLDO □ □

* J. BONNECASE. *La notion juridique de bonnes moeurs; sa portée en droit civil français*, en *Études de droit à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, 1939, reimpr. anastática, Paris, 1977, p. 91 y ss.

tiempo, por lo cual no demandan el consentimiento de la mayoría [...] De modo que esos dictados prejudiciales pueden aspirar a perdurar sólo allí y mientras permanezcan como estándares reconocidos”⁶⁸⁰.

En fin, dentro de la limitación anotada, antes de cerrar este párrafo es útil aludir a los cambios abismales producidos en el curso de las últimas gene-raciones, piénsese en las dos corridas entre la primera edición de esta obra y el día de hoy, y a la necesidad de su tratamiento jurídico, ojalá no normativo, en materias como la moral sexual, la comercialización de algunas expresiones de bienes de la personalidad, tales el derecho a la imagen, a la voz, a la intimidad (*privacy*), la cesión de órganos para trasplantes y, por último, el empleo de embriones y semen heterónomos con destino a procreación asistida y de embriones para fines de investigación científica, la clonación, tan proclives a un fundamentalismo impulsivo.

XXIII. determinación de la prestación

164. determinación de la prestación

La prestación objeto de la obligación puede determinarse por el acto de autonomía privada fuente de la relación obligatoria o por la decisión judicial que pronuncia una condena, por los usos y costumbres, o por la ley, si que también por “la equidad natural”, como corresponde a la integración del contenido de la relación jurídica (arts. 1603 c. c. y 871 c. co., relativos al contenido del contrato, normas cuyo alcance se ha de extender a la relación obligatoria, por *analogia legis*).

Para que pueda surgir la obligación (art. 920 c. co.) la prestación ha de ser suficientemente determinada, desde un principio o más tarde (tempestiva-mente); esto es, ha de ser determinada o determinable (art. 1864 [2] c. c.). Ello quiere decir, lógicamente, que en oportunidad el deudor deber saber qué es lo que debe y cómo lo debe, lo mismo que el acreedor ha de saber qué es lo que puede esperar y, llegado el caso, exigir, y que el juez o árbitro llamado a resol-ver controversia entre las partes al respecto y, ante todo, sobre la conformidad o disconformidad de lo ejecutado por el deudor con el patrón del título, ha de tener puntos de referencia ciertos para emitir su decisión. Cómo se puede y debe determinar el objeto y cuándo ha de darse dicha determinación son cuestiones fundamentales al respecto, que en buena medida dependen, fuera de lo que hayan estipulado las partes en el negocio jurídico o dispuesto el juez en su sentencia condenatoria, de la naturaleza de la prestación y del negocio. En todo caso, establecer si el objeto fue suficientemente determinado es una cuestión de hecho y no de derecho.

165. oportunidad de la determinación

En cuanto a la oportunidad de la determinación, y dejando sentado que en la mayoría de los casos la determinación corre en el propio título, ha de observarse que cuando queda

⁶⁸⁰ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 109, p. 61 y s., quien trae a cuento la experiencia jurisprudencial del juicio de valor respecto de los *peep-shows*, condenados, según una encuesta demoscópica, por un 49% GH OD SREODFL3Q4V QBSWD ejemplo puede agregarse el del recientísimo proyecto de ley en la República Federal Alemana que elimina la nota de inmoralidad hasta ahora inherente a la prostitución, que con arreglo a dicho proyecto a partir de 2002 sería tenida como trabajo normal y legalmente reconocido para todos los efectos.

pendiente, por tarde, se deberá hacer al momento en que haya de ejecutarse la prestación, y que si esta es continuada puede ser susceptible de ajustes y precisiones varios a lo largo del tiempo. El grande impulso que han tomado recientemente los contratos de larga duración, muchos de ellos celebrados sobre la base de una economía y unas comunicaciones universalizadas, con numerosos factores impredecibles, no pocas veces especulativos, le da una nueva dimensión al tema de la determinación-determinabilidad del precio de los bienes y los servicios, e impone una mayor flexibilidad, que corresponda a dicha movilidad, no sólo en lo que se refiere a diferir la determinación, sino a permitir los ajustes indispensables en el transcurso del tiempo⁶⁸¹.

166. determinación suficiente

Y en lo que hace al grado de determinación indispensable para el surgimiento de la obligación, ha de decirse que aquella ha de ser “suficiente”, adjetivo que denota la relatividad natural del concepto, referido a las circunstancias, y conduce a afirmar que la imposibilidad de determinación, o sea la indeterminación o la indeterminabilidad, tiene que ser absoluta.

167. determinación de las cosas

El cómo y la precisión de la determinación de las cosas objeto de entrega depende de si son cuerpos ciertos o géneros. La especie se determina por los rasgos individuales que la caracterizan y distinguen de cualquiera otra, por semejante que sea. Acá valga anotar, por vía de ejemplo, la exigencia que trae el art. 31 del Decreto 960 de 1970 (Estatuto del notariado) respecto de los “inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación”: “se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieran, por su nomenclatura y por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos”, datos que, por lo demás, bien pueden aportarse por referencia a un título anterior (art. 32) o al folio de la matrícula inmobiliaria (arts. 4.º [1] y 6.º Dcto. 1250 de 1970, Estatuto del registro de instrumentos públicos).

168. determinación de los géneros

La determinación de los géneros se hace con relación a su especie o género próximo o determinado, excluida la individualidad (art. 1565 c. c.), a su número o cantidad y, eventualmente, a su calidad (art. 1566 c. c.).

La cantidad se expresará en las unidades de medida que correspondan, según los usos o las normas técnicas o, incluso, las legales: antes se estilaba calcular la superficie de los inmuebles en fanegadas o cuadras y varas; hoy la medida debe expresarse empleando el sistema métrico decimal (art. 31 Dcto. 960 de 1970); se dirá tantos litros o metros cúbicos para líquidos; metros cúbicos para gases o minerales; o metros cuadrados para la

⁶⁸¹ 33RU□HOOR□VyOR□VH□HVWDEOHFH□HO□FRQWHQLGR□H□DFWR□GH□ORV□GHEHUHV□GHO□GHXGRU□SDXODWLQDPH□HOOR□WDPELpQ□QXHYDV□QVIBHCDLFRQVH□da las relaciones obligacionales, I, cit., p. 10. Cfr. J. GHESTIN et M. BILLIAU. *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990; F. MACARIO. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

En cuanto a la calidad, un criterio de razonabilidad y equidad llevó a acoger de modo universal la regla de “una calidad a lo menos mediana” (*ne optimus vel pessimus [...] sed status mediocris inveniuntur*; arts. 1566 c. c. y 914 c. co.)⁶⁸², cuando no se haya dispuesto otra cosa en el título o no se infiera algo diferente de la función para la cual está destinado el bien: p. ej., en un suministro de combustible para aviones, por así decirlo, la calidad está determinada por el motor o la turbina de la aeronave. A esas anotaciones generales se suman las que pudiera decirse que rezuman de la experiencia, en especial teniendo en cuenta precisiones que suelen hacerse y son necesarias en contratos de provisión de insumos, materiales, materias primas, ingredientes, de caracteres especiales: carbón con un tope de contenido de cenizas, para la fabricación de cemento; gravilla para la construcción de una carretera; gasolina que no contenga plomo, para el funcionamiento de un motor, etc.

En lo que atañe a la obligación de hacer, consistente en prestación de servicios o de obra, se anota que es preciso determinar el lugar donde ha de ejecutarse, así como en el contrato de transporte lo es la determinación del trayecto (puntos de partida y de destino, art. 1637 [3.º] c. co.). En el de seguro es básica la determinación del riesgo (art. 1048 [9.º] c. co.).

En las obligaciones negativas es indispensable la determinación del tiempo y el espacio de la abstención debida.

Pasando ahora del qué determinar de la prestación y del cómo determinarla, a por qué medios y por quién, naturalmente, ante todo en lo que se refiere a la cantidad de los géneros, pero, también, eventualmente a la calidad de ellos o de servicios, y a su precio, en primer término está la determinación *per relationem*, esto es, por reenvío a factores externos al criterio y a la decisión de las partes, o de una de ellas o de un tercero a propósito: determinación en fuerza de una circunstancia, pasada, presente o futura⁶⁸³: por el precio que me costó, más tanto; por el valor actual en el mercado (arts. 1864 [3] c. c. y 921 c. co.); el *floating rate*: DTF más tanto, el *prime rate*. O como está prevenido legalmente para algunos contratos: arrendamiento de obra material: “el precio que ordinariamente se paga por la misma especie de obra” (art. 2054 c. c.); “la remuneración estipulada o usual” (art. 2184 [3.º] c. c.); suministro: la cantidad “que corresponda al ordinario consumo o a las

683 ³(1) Si el contrato no fija el precio ni prevé su determinación, a falta de cualquiera indicación en contrario, se entenderá que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. De no poder establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable [...] (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen, que han dejado de existir o que no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente más FHUFDROR. □ ⁴Si el contrato no fija el precio ni prevé su determinación, a falta de cualquiera indicación en contrario, se entenderá que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. De no poder establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable [...] (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen, que han dejado de existir o que no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente más FHUFDROR. □

172. determinación por un tercero

Naturalmente, la determinación por un tercero, uno o plural, o por el juez con la colaboración de peritos, cuyo dictamen ha de ser fundamentado y controvertible (arts. 237 [6] y 238 c. de p. c.; 2026 a 2032 c. co.), solamente puede darse cuando la propia ley o el negocio jurídico remiten dicha operación a aquel o aquellos o a este⁶⁸⁶, sin que el juez esté facultado para proceder oficiosamente con suplantación de las partes o de la ley. De ahí que se considere sin efecto el contrato que remite a un acuerdo posterior de las partes la determinación de la prestación o de una de ellas, en sí o en alguno de sus caracteres fundamentales⁶⁸⁷. El instrumento del dictamen o la decisión de tercero para la

687 Podría decirse que con las excepciones de la hipótesis de la remuneración del mandatario remunerado, prevista en el art. 2143 c. c., que autoriza a dejar en blanco la cuantía de los honorarios y remitir su fijación a un acuerdo ulterior de las partes, a falta del cual aquella será la determinada por la ley o por el juez, y de la compraventa comercial, consagrada en el art. 920 F.º FR.ººº VHJ-Q.º HO.º FXDO.ºº SHVH.º D.º 3QR.º KDEHU.º FRPSUDYHQWD.º VL.º ORV.º FRQWUDWDQWHV.º QR.º FRQYLHQ.º determinar lo [...] si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y el OXJD.ºGH.ºOD.ºHOWUHD.º

3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente

conmutativa” y que “si el precio no ha sido fijado al momento de la celebración del contrato, puede serlo ulteriormente, con una doble condición: primera, que el contrato prevea los elementos de dicha fijación, y segunda, que estos elementos sean objetivos, es decir, que no dependan de la voluntad unilateral de una de las partes”⁶⁹³.

En fin, se advierte que “la ausencia de determinación de la cosa de género en cuanto a su especie, hace que la cosa no exista [y que], una prestación está des-provista de objeto si el servicio que debe prestar el deudor no está precisado”⁶⁹⁴.

XXIV. interés legítimo del acreedor y patrimonialidad de la prestación

175. la relación ha de corresponder a un interés socialmente reconocido y ser útil para el acreedor*

El interés del acreedor es un aspecto fundamental de la relación obligatoria⁶⁹⁵. Ciertamente no se concibe un crédito que no responda a un interés cierto y legítimo de su titular, como tampoco uno que corresponda a un interés que no merezca el respaldo y la protección del ordenamiento y el aparato judicial, y la base del patrocinio social se encuentra en el juicio de valor que sobre el nexo en general haga la sociedad en un momento dado de su vida, pero por medio de una particularización ineludible⁶⁹⁶. El acreedor tiene o ha de tener razones valederas y serias para apreciar la prestación del deudor, y la puede esperar y exigir, no simplemente porque así está consagrada en el título o porque le signifique una ventaja, sino porque su derecho está fundado en razones social, ética y políticamente relevantes. No sería, pues, aceptable una obligación carente de utilidad verdadera y razonable para su beneficiario.

Otros aspectos de la cuestión son los relacionados con las cargas probatorias de la presencia de interés relevante o de la ausencia de él, las consecuencias de una eventual falta de interés o de legitimidad suya y, por supuesto, del alcance genuino de aquella exigencia, con relación a los mecanismos legales a disposición de los particulares en tales hipótesis⁶⁹⁷. Al margen de si la relación obligatoria surgió de negocio jurídico y, dentro de él, de contrato de prestaciones correlativas o unilateral, o si nació *ex lege*, es lógico partir del supuesto natural de que el acreedor tiene interés legítimo, y será el evento contrario el que necesita ser alegado y probado. No existiendo en nuestro ordenamiento norma que prevenga formalmente la presencia de dicho interés y, menos, que establezca consecuencia negativa en la hipótesis de falta de él, mal podría concluirse de buenas a primeras que la dicha obligación sería irrelevante, ineficaz, nula, o simplemente, que por esa razón habría de

⁶⁹³ LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 392, p. 330 y n.º 393, p. 331 y s.

⁶⁹⁴ LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 390, p. 327.

* Cfr. G. CIAN. *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, en *Rivista di dir. civile*, Padova, 1968, I, p. 197 y ss., con análisis de la afirmación y cuestionamiento de sus alcances.

⁶⁹⁵ ³(O□LQWHUpV□GHO□DFUHHGRU□HV□HOHPHQWR□IXQFLRQDO□GH□OD□UHODFLyQ□REOLJDWRULD□□(O□LQWHUpV□H□VHUYLFLRV□REMHWLYDPHQWH□YDORUDEOH□□(O□LQWHUpV□GHO□DFUHHGRU□HV□HO□BQWHLpV□D□FXD□VDWLVDitto civile, IV, *REOLJDJLRQHA* 9, p. 41.

⁶⁹⁶ ³-XQWR□DO□FDVR□GH□ODV□SUHVWDFLRQH□VLQJXODUHV□GHVWLQDGDV□D□VDWLVIDFHU□LQWHUHVHV□□GLJ lógico tomar en consideración las prestaciones dirigidas a permitir el cultivo de los llamados *hobbies*. En estos supuestos o, por lo menos, en muchos de ellos, el interés del acreedor es tan peculiar a él, tan subjetivo, en el sentido de no común a otros, WDQ□SRFR□DSUHFLDEOH□μWtSLFDPHQWH□□FRPR□SDUD□GHYQIRERFDHMWR□MOIQWHUBVIDGR□PDIR VHD□μSUHWHQGR parecería razonable en la vida cotidiana, negar reconocimiento jurídico a las obligaciones que tengan por objeto prestaciones GH□HVH□JpQHAR *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 214.

⁶⁹⁷ Sobre estos tópicos, cfr. CIAN. *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., n.º 7.

extinguirse o considerársela extinguida por ser inútil o fútil. Otra cosa sería conducir esta situación al terreno de su censura y sanción asimilándola a prestación contraria a las buenas costumbres o tratándola como tal. Allí se pasaría al ámbito de las respuestas legales a las eventualidades de ausencia de interés o ilegitimidad de él, de desaparición o frustración de este, que vienen por el lado del abuso del derecho, del error vicio del consentimiento o en la presuposición o motivación⁶⁹⁸.

La función, la razón de ser de la relación obligatoria, es la satisfacción de un interés del acreedor, que, a más de otras notas, tiene la característica de no ser atendible sino mediante una colaboración de otro sujeto, acá, del deudor⁶⁹⁹. En tal sentido, el interés del acreedor consiste en la obtención de la utilidad, que le proveerán las determinadas modificaciones de la realidad material o jurídica, o la sola actuación del deudor, según sea del caso⁷⁰⁰.

176. clases de interés

El interés del acreedor puede ser de varias clases. Inicialmente no se prescindía del aspecto económico y el interés del acreedor se remitía a la noción de patrimonio, con asimilación de interés y patrimonio⁷⁰¹, con lo cual se incurría en confusión entre los requisitos del interés del acreedor y los de la prestación, que por lo demás sí debe ser, cuando menos, apreciable en dinero o convertible a él.

En lo que respecta al interés del acreedor, un estudio más atento de la realidad y una mayor precisión conceptual muestran la posibilidad de que la posición del acreedor esté animada por motivos diferentes de la ganancia o el provecho pecuniarios. Con la mayor frecuencia su interés será patrimonial, pero la abundancia de tales casos no puede conducir a la exclusión de hipótesis en las cuales no media apetito económico alguno, sino mero altruismo o simplemente un espíritu extrapatrimonial⁷⁰². Las apetencias culturales, deportivas, de recreación, de solaz, las expresiones de solidaridad y asistencia hacia el prójimo, comenzando por los propios, son oportunidades y ejemplos de intereses extrapatrimoniales del acreedor. Están numerosos casos de asignaciones testamentarias y de donaciones modales y otros de obligaciones negativas, donde campean tales propósitos⁷⁰³, pero también lo que para el acreedor significan muchas prestaciones de hacer y muchas prestaciones negativas, sirven de ejemplos para ilustrar el aserto.

Es más, el interés no solamente puede no ser patrimonial, sino que, además, puede no ser estrictamente propio del acreedor, y al efecto pueden resaltarse los ejemplos del “representante indirecto”, que obra en nombre propio, pero por cuenta ajena, y del contrato a favor de tercero propiamente dicho. Con la precisión de que en tales casos el estipulante

⁶⁹⁸ CIAN. Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione, cit., n.º 6.

⁶⁹⁹ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 3.

⁷⁰⁰ CIAN. Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione, cit., p. 202.

⁷⁰¹ ³6H□FRQVLGHUD□SUHVHQWH□XQ□LQWHUpV□SDWULPRQLDO□FXDQGR□OD□SUHVWDFLyQ□HVWí□GLULJLGD□D□KDFH□
acreedor un bien susceptible de valoración económica, o sea en dinero, o cuando indirectamente permita la adquisición de ganancias pecuniarias o de bienes avaluables en moneda o, en fin, cuando está destinada a impedir desembolsos o pérdidas GH□ELHQHV□TXH□WHQJDQ□HYD□
³6H□FRQVLGHUD□SUHVHQWH□XQ□LQWHUpV□SDWULPRQLDO□FXDQGR□OD□SUHVWDFLyQ□HVWí□GLULJLGD□D□KDFH□

⁷⁰² ³/D□QRUPD□>D□W□
³/D□QRUPD□>D□W□
[Codice civile] confirma que la obligación no está destinada solamente a satisfacer los intereses patrimoniales del sujeto, sino también sus intereses culturales, religiosos, morales, en una palabra, no patrimoniales. La obligación, más que cualquiera otra figura jurídica, es expresión de la vida de asociación y surgió precisamente por la necesidad del hombre de satisfacer sus necesidades y por la imposibilidad de satisfacer la mayor parte de ellas en la vida DLVODG□D□GIA-NNI. *Corso di diritto civile*, cit., p. 45.

⁷⁰³ La doctrina encarece las hipótesis de los padres que arriendan vivienda para hijos que van a estudiar fuera de la sede del hogar, o los servicios de asistencia médica o de enseñanza de arte o deporte para ellos.

tiene sí interés, mas no patrimonial, y que el resultado económico tiene como destinatario al tercero⁷⁰⁴.

Adicionalmente, se señala que en oportunidades el interés del acreedor no se circunscribe a la ejecución de la prestación (*Leistunginteresse*), sino que también se endereza a “no sufrir perjuicio en su propia persona y en sus bienes”, un *Schutzinteresse*, cuando aquella o estos se encuentran, por así decirlo, envueltos y, por ende, expuestos en relación con la conducta del deudor⁷⁰⁵.

En últimas lo que importa es que sea “merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico”, como lo exige el art. 1322 [2] *codice civile* para los contratos legalmente atípicos, lo cual no quiere decir que haya de ser lícito (lo que se da por descontado), sino que sea socialmente relevante, aceptable por la conciencia social⁷⁰⁶.

177. vicisitudes del interés del acreedor

Ese interés, que entra en el contenido de la relación obligatoria, es el que resulta del título, y a falta de indicaciones específicas, es el interés típico directamente conectado con la prestación⁷⁰⁷, y consiste en la aspiración a un derecho real sobre una cosa, o a la detentación o al uso de ella, o a un servicio, o a la conservación de un *statu quo*, por medio de la correspondiente colaboración del deudor, por lo cual se habla de la necesidad patrimonial o personal, o mejor de la atención de ella. Ese interés del acreedor, de presencia indispensable al surgimiento de la relación, puede experimentar variaciones luego, e inclusive desaparecer. Al deudor no tienen por qué afectarlo tales vicisitudes. Ahora bien, otra cosa habrá de decirse en el evento de que se presenten durante la mora del deudor. El deudor continúa obligado, pero, en cuanto a la prestación, habrá que observar si es aún ejecutable físicamente, como también si subsiste el interés del acreedor, y en caso de que este haya desaparecido “razonablemente”, el deudor no será recibido a una ejecución tardía de la prestación, y habrá de satisfacer al acreedor con el subrogado pecuniario de aquella e indemnizarlo.

178. la prestación ha de ser apreciable en dinero

Si la obligación, como se vio atrás, se integra con el débito y la responsabilidad, y esta se manifiesta, en últimas, en la exigibilidad de una suma de dinero, equivalente pecuniario de la prestación (débito primario-débito secundario)⁷⁰⁸, resulta elemental e ineludible afirmar que no puede concebirse, siquiera, una obligación sino en cuanto existe la posibilidad cierta

⁷⁰⁴ GIORGIANNI. *Corso di diritto civile*, cit., p. 47.

⁷⁰⁵ Así, DI MAJO. *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, p. 20 y nota 11, donde reconoce el mérito de H. STOLL (1932)

³GH□ K□ Resaltado la distinción entre los dos intereses, con ocasión de la rela-FLyQ□ HVSHFLDO□ D□ TXH□ HO□ FRQWUDWR□ GD□ YL□ Ejemplos, contratos de trabajo y de transporte de personas.

⁷⁰⁶ Cfr. CIAN. *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., n.º 8, p. 221 y ss.

⁷⁰⁷ Así, BIANCA. *TULWWR□ FLYLOH□ □ A□ REOLJDGR□* y nota 45.

⁷⁰⁸ A mi modo de ver esta circunstancia es definitiva. Sin embargo, en GIORGIANNI. *A□ REOLJDGR□*, p. 33, se lee en FRQWUDWR□ *pecuniariedad* del resarcimiento del daño significa solo que el daño producto del incumplimiento de la obligación deber ser valorable pecuniariamente para que pueda ser resarcido. Pero de la pecuniariedad del *daño* no se puede saltar a la pecuniariedad de la prestación que constituye el contenido de la obligación cuyo incumplimiento produjo el daño PLVPR'□□ OR□ FXDO□□ HQ□ PL□ HQWHQGHU□□ LPSOL□ *pecuniariedad* de la obligación que se pierde de vista la *perpetuado obligationis* en el subrogado pecuniario, como bien lo previene el art. 1731 F□□ F□□□³OD□ REOLJDGR□ VXEVLVWH□□ SHU YDU□□ GH□ REMHWR□□ HO□ GHXGR□ HV□ REOLJDGR□ DO□ SUHFLR□ GH□ OD□ FRVD□□□'□□ GLFWDGR□ TXH□ SRQH□ prestación sea estimable pecuniariamente para los efectos de dicho desarrollo.

de satisfacción coactiva del acreedor, en últimas mediante el subrogado pecuniario⁷⁰⁹, con evidente función satisfactoria o de restauración⁷¹⁰. La prestación puede ser directamente monetaria y, no siéndolo, su patrimonialidad o su posibilidad de conversión en dinero⁷¹¹, que son expresiones sinónimas, quiere decir, simplemente, que, así sea con dificultad, es factible tasar pecuniariamente el bien o el servicio en cuestión, esto es, establecer el equivalente pecuniario de la prestación⁷¹². En oportunidades con facilidad enorme, como cuando se trata de bienes o de servicios usuales, corrientes, que abundan en el mercado o que, incluso, se cotizan en bolsas. Otras, con dificultades grandes, de que es ejemplo sobresaliente la valoración del monto del daño a la vida de relación, del daño moral y de numerosas acepciones o manifestaciones recientes de “daños no patrimoniales”. Aquí la cuestión gira en derredor de la propia naturaleza de la prestación (un carácter *objetivo* de ella, o fisonómico⁷¹³) y no de un mandamiento legal fundado en sus antecedentes, cual ocurre con la llamada obligación natural o en la asignación modal en beneficio del propio asignatario (art. 1150 [1] c. c.). Complementariamente, dicho rasgo permite distinguir con mayor nitidez la obligación de ciertos deberes morales de cooperación, al punto de que para asegurar aquel carácter se ha acudido, a lo largo de la historia, en situaciones dudosas, a adosarle al negocio jurídico o a la sentencia una multa, pena pecuniaria o cláusula penal (con impropiedad “caución”)⁷¹⁴, para el caso de incumplimiento o infracción (arts. 1592 y 1601 c. c.). Por lo demás, esta exigencia de patrimonialidad de la prestación se remonta al propio derecho romano: D. 40, 7, 9, 2⁷¹⁵, y se encuentra vertida en norma en codificaciones contemporáneas⁷¹⁶.

179. prestación e interés del acreedor

Se plantea entonces el contraste entre dos proposiciones: en tanto que el interés del acreedor, si bien indispensable como tal, puede no ser patrimonial, sino también espiritual, intelectual, moral o afectivo⁷¹⁷, la prestación del obligado siempre ha de tener

⁷⁰⁹ (O□UHTXLVLWR□GHO□FDU□FWHU□SDWULPRQLDO□GH□OD□SUHVWDFLyQ□VH□H□SOLF□FRQ□OD□H□LJHQFLD□GH□SR□ valor de la prestación, en vista de la posibilidad de que el deudor no cumpla espontáneamente la obligación y, por tanto, haya de recurrirse al procedimiento de ejecución forzada [...]) Además sirve para distinguir la obligación de otros deberes, que son jurídicos, pero no están sujetos a la disciplina de aquella (deberes familiares de fidelidad y asistencia, o compromisos DVXPLGRV□SRU□DPLVWDG□R□SBNTINRUW□Breve della responsabilità civile, cit., p. 80 y s.

⁷¹⁰ CIAN. Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione, en Rivista di diritto civile, Padova, 1968, I, p. 230.

⁷¹¹ VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, III, *De las obligaciones*, cit., p. 5□□DVLPLQDQGR□SUHVWDFLyQ□H□LQWHU□V□GHO□DFUHHGRU□□ verdad que la mayoría de las prestaciones pueden evaluarse pecuniariamente y que, por lo tanto, el cumplimiento o pago de ellas debe hacer más rico al acreedor, empero, no hay inconveniente en contemplar prestaciones no avaluables en dinero. Así, alguien puede tener interés simplemente afectivo en adquirir un retrato de uno de sus antepasados, el cual carece de todo YDORU□HQ□HO□FRPHUFLR□□□□

⁷¹² (O□Y□ de uso, entendido como mera utilidad individual, no puede tener relevancia desde el punto de vista de los intereses HFRQyPLFRV□R□SDWULPRQLDO□Breve del creditore e patrimonialità della prestazione, cit., p. 229, con cita de FISCHER. *Los daños civiles y su reparación*.

⁷¹³ GIORGIANNI. *REEOLJDJLRQ*, p. 35; ID. *Corso di diritto civile*, cit., p. 21 y 27 y ss.

⁷¹⁴ Cfr. GORLA. *El contrato*, cit., I, p. 47, nota 3. GIORGIANNI. *REEOLJDJLRQ*, p. 36; ID. *Corso di diritto civile*, cit., p. 25 y VV□□□SDUD□TXLHQ□OD□LQVHUFLyQ□GH□WDO□FoIXVXOD□□QR□FRQYLHUWH□OD□SUHVWDFLyQ□HQ□SDWULPRQLDO□SDUWHV□TXLVLHUR□JHQHUDU□XQD□UHODFLyQ□MXUtGLFD□

⁷¹⁵ Cfr. GROSSO. *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., cap. VI, E, p. 145 y ss.

⁷¹⁶ Cfr art. 1174 *codice civile*□□□D□SUHVWDFLyQ□>□□□@□GHEH□VHU□VXFHWSWLEOH□GH□YDORUDFLyQ□HFRQyPLFD□□

⁷¹⁷ J. FLOUR et J.-L. AUBERT. *Droit civil, Les obligations*, 1, *DFWH□MXULFLyQ*, Paris, 1996, n.º 1, p. 1. luego de indicar TXH□>H□QWUH□ORV□GHUHFKR□TXH□VRQ□VXFHWSWLEOH□GH□SHUWHQ□Breve de la patrimonialità della prestazione, cit., p. 229, con cita de FISCHER. *Los daños civiles y su reparación*. derechos extrapatrimoniales□□□DQRWDU□TXH□>H□QWUH□ORV□GHUHFKR□TXH□VRQ□VXFHWSWLEOH□GH□SHUWHQ□Breve de la patrimonialità della prestazione, cit., p. 229, con cita de FISCHER. *Los daños civiles y su reparación*. derechos extrapatrimoniales son aquellos que no son susceptibles de evaluación peFXQLDULD□>□□□@□>S□URWHJHQ□LQWHUHVH□HVHQFLDOPHQWH□PRUDOHV□□QR□WLHQHQ□YDORU□ embargo, esta contraposición no es absoluta, y en efecto, es frecuente que los derechos extrapatrimoniales tengan efectos pecuniarios [...] Pero en todos estos casos, el derecho pecuniario no es más que una consecuencia, directa o indirecta del

180. negociabilidad de la prestación

Surgida la inquietud en el seno de la doctrina alemana, en buena medida para marcar diferencia entre la prestación, como elemento característico de la obligación en sentido técnico y otros comportamientos cuya transgresión no es o no se quiere que sea pecuniariamente sancionable, se pregunta si la fórmula no resultaría más apropiada diciendo que “la prestación debe ser susceptible de valoración económica o de todos modos, aparecer negociable”, trayendo acá el tema de la incolumidad de la autonomía privada, como no sea por razones de contrariedad con las buenas costumbres, que quedaría a salvo al exigir simplemente que la prestación sea negociable (*geschäftsmässig*). Negociabilidad (*Geschäftsmässigkeit*) entendida de modo que “habría patrimonialidad de la prestación sin tener un precio de mercado y sin que las partes le hubieran atribuido a la prestación un valor pecuniario, siempre que no fuera infundado considerar que los individuos habrían estado dispuestos a cambiar por dinero la actividad en cuestión y, por otra parte, el hipotético cambio no pareciera atentar contra los principios ético sociales predominantes”⁷²⁵.

XXV. derechos reales y derechos de crédito

181. derecho de crédito y derecho real*

Esta distinción en cierta medida se remonta al derecho romano, sólo que allá se expresaba en la clasificación de las acciones, en razón de sus caracteres y administración⁷²⁶. Tradicionalmente se ha practicado una división elemental de los derechos en reales y personales, asimilando estos últimos a los de crédito (arts. 664 a 666 c. c.), categoría que por su fundamento lógico y vital se mantiene y reitera, pese a numerosas y notables críticas que se han formulado, y con algunas aclaraciones: la necesidad de distinguir entre el derecho de goce de un bien y el derecho a la prestación, y de incluir entre los derechos personales absolutos los derechos o bienes de la personalidad, y entre los personales relativos, los que derivan de las relaciones de familia, categorías ambas en donde los toques moral y político son prevalecientes y definitivos.

Se dice, pensando en el derecho de dominio y en los derechos de usufructo, uso y habitación, que los derechos reales otorgan al titular un señorío sobre la cosa, un poder inmediato sobre ella y una universalidad manifestada en la acción persecutoria frente a cualquier perturbador o despojador, lo que muestra la posibilidad que tiene su titular de satisfacción plena sin parar mientes en las relaciones que afecten a la cosa y sin necesidad de ninguna cooperación ajena: el derecho real es oponible *erga omnes*⁷²⁷. El número de los

escrito para IHERING, publicado en los *Jahrbücher* (Anuarios) en 1879, que aparece en IUS V, V. SCIALOJA. *Studi giuridici*, vol. 1, *Diritto romano*, 1.ª parte, Roma, 1933, p. 66 y ss., quien puso de presente que era un error sacar de la condena pecuniaria del procedimiento romano la conclusión de que el juez no podía valorar sino intereses y bienes de valor económico; y que las expresiones *id quod interest*, *quanti eius interest*, no significan el solo interés pecuniario, sino cualquier interés tutelado por el derecho.

⁷²⁵ CIAN. *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 15 y ss., con agudeza de análisis y abundancia de referencias bibliográficas.

* M. GIORGIANNI. Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui, en *Raccolta di scritti*, Padova, 1996. R. S. GINOSSA. *Droit reel, propriété et créance*, Paris, 1960.

⁷²⁶ GIORGIANNI. *Rapporti reali e rapporto di godimento*, en *Raccolta di scritti*, cit., n.º 5, p. 132.

⁷²⁷ 3(O□GHUHFKR□UHDO□HV□HO□GHUHFKR□GH□REWHQHU□GH□XQD□FRVD□VXV□XWLOLGDGHV□HFRQyPLFDV□OHJDOPI

derechos reales es cerrado; es la tipicidad de los derechos reales⁷²⁸, que han solido resultar absorbidos por el de dominio, para en seguida clasificar los restantes (derechos reales menores) en derechos reales de goce y derechos reales de garantía⁷²⁹.

Aquel contenido uniforme atribuido a los derechos reales sin distinción: el poder inmediato de su titular sobre la cosa objeto de ellos, en verdad, no se observa sino en la propiedad y en los derechos de goce o uso sobre cosa ajena, pero no en las servidumbres, como tampoco en la hipoteca y la prenda, como quiera que en aquellas “el instrumento predispuesto por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés del titular consiste, sin más, en el nacimiento de una relación obligatoria, en el sentido de que dicha satisfacción tiene lugar mediante el comportamiento de otro sujeto”⁷³⁰, y en las segundas, cuya función es estrictamente de garantía, por medio del concurso indispensable del aparato jurisdiccional, para la realización de esta, o sea que en ellas el contenido del derecho real se manifiesta en la posibilidad-exigencia de dirigir la acción de esa índole contra el actual propietario de la cosa gravada y en la preferencia que otorga (inherencia y prelación)⁷³¹.

En tanto que los derechos personales o de crédito solamente conceden una esperanza a la prestación (débito) y una pretensión para su efectividad (responsabilidad), oponibles apenas al deudor y los garantes: oponibilidad relativa. *Ius in re e ius ad rem*, en su orden, aquel tiende a ser duradero, indefinido; este es de suyo transitorio: no puede haber obligaciones indefinidas ni irredimibles. De ordinario, cuanto más breve sea el término para la exigibilidad de la obligación, tanto mejor para el acreedor, lo que no se opone a tener en cuenta que, en materia de obligación de hacer una labor, la mayor duración de ese término es provechosa para el acreedor y que otro tanto, con mayor certeza, ocurre en las prestaciones negativas.

Los derechos reales son absolutos, se pueden oponer a quien quiera que sea y pueden ser amenazados o vulnerados por cualquiera persona. Los de crédito y las correspondientes obligaciones son, ciertamente, relativos, y por ello, en principio, no atañen ni comprometen más que a las personas que integran las dos partes, de modo que el principio reiterado de que “[l]as convenciones no producen efecto sino entre las partes contratantes, y no perjudican a los terceros, ni los benefician sino excepcionalmente” (art. 1165 *code civil fr.*), es aplicable plenamente a toda relación crediticia u obligatoria⁷³². Sin embargo, no es menos cierto que “todos los derechos, tanto los personales como los reales, son oponibles a los terceros, en el sentido de que el titular del derecho tiene la posibilidad de compeler a quien quiera que sea a no desconocersele”⁷³³.

182. aproximaciones entre los dos derechos

No es ésta oportunidad para un pronunciamiento de fondo sobre el problema; sin embargo, no pueden eludirse algunas reservas sobre el calado de la clasificación en estudio, que como toda clasificación ha de tomarse con cierto temperamento: no todos los derechos

TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*, cit., n.º 61, p. 111.

⁷²⁸ V. ROPPO. *Istituzioni di diritto privato*, 3.ª ed., Bologna, 1998, p. 236, 239 y s. M. COSTANZA. *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 119 y ss.

⁷²⁹ TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*, cit., n.º 62, p. 111 y s.

⁷³⁰ GIORGIANNI. *Rapporti reali e rapporto di godimento*, en *Raccolta di scritti*, cit., p. 134.

⁷³¹ GIORGIANNI. *Rapporti reali e rapporto di godimento*, en *Raccolta di scritti*, cit., p. 139.

⁷³² SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 8, p. 5 y Rn. 10, p. 6 y s.

⁷³³ CH. LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1.ª, n.º 16, p. 20.

reales son inmediatos, directos y absolutos, ni lo son en la misma forma; y, a la inversa, varios de los llamados derechos personales muestran algunas de esas características y, en todo caso, la disputa sobre su detentación y su titularidad, si que también algunas expresiones de protección, se ventilan por cauces y términos similares. La diferencia entre el título precario y el real es bastante sutil en cuanto al aprovechamiento del bien en lo que hace al usufructo, el arrendamiento y el comodato, especialmente con la intervención protectora por parte del Estado en cuanto a la locación en determinadas circunstancias y de ciertos inmuebles (cfr., p. ej., arts. 2020 c. c. y 518 a 524 c. co.). La servidumbre es un derecho real bastante tenue, que en oportunidades tiene mucho de derecho de crédito (cfr. lib. 2.º tít. 11 c. c. y las llamadas “servidumbres mineras”). El derecho real accesorio: prenda e hipoteca, aquella especialmente en sus modalidades nuevas, hoy las más empleadas, donde no se exige desprendimiento de la tenencia de la cosa, está muy lejos del señorío y de la intermediación que se le han solido atribuir en cuanto derecho real (arts. 1207 y ss. c. co.). La perseguibilidad del bien objeto del dominio aparece a veces atemperada por razones de seguridad del tráfico jurídico y de necesidad de tutelar la confianza legítima del público (arts. 947 y 1633 c. c.), al paso que pretensiones similares a las inherentes al derecho real se conceden a derechos no reales (arts. 951 y 1988 [1] c. c.). Todo lo cual lleva a concluir que, como ocurre con las más de las abstracciones, esta distinción tiene un valor aproximado y alcances en mucho expositivos o didácticos, dentro de su insuficiencia para identificar y diferenciar a plenitud y a ultranza los fenómenos a que se refiere.

En fin, conviene anotar que no sólo las cosas sino también los derechos pueden ser, como bienes incorpóreos, objeto de derechos subjetivos reales y personales (p. ej., propiedad, usufructo, arrendamiento o concesión de uso de derechos de autor, de propiedad industrial o comercial o de clientela), y que hay algunos bienes que no pueden ser objeto de derecho real, sino solamente del de crédito y de consideración y aprovechamiento por esa vía, como son, ante todo, la electricidad y, primordialmente, la fuerza de trabajo.

183. tutela del derecho de crédito

Un punto fundamental a propósito de los derechos, los que sean, es el de su tutela: de qué manera su titular está protegido y puede volver por sus fueros en caso de amenaza o violación. A dicho propósito, siendo elemental el aserto de que el derecho de crédito, como tal, no puede ser vulnerado sino por el deudor, quien por lo demás es el único llamado a satisfacerlo, con el agregado de los garantes, es del caso poner de presente que de antaño, como aparece ya en el art. 1735 c. c., cuando el derecho de crédito es vulnerado por obra de un tercero que ocasionó el perecimiento de la cosa debida, que a su turno implicó la extinción de la obligación del deudor por imposibilidad sobrevenida, el acreedor resulta tutelado indirectamente con la *cessio legis* de la acción indemnizatoria (de responsabilidad común o extracontractual: art. 2342 c. c.) del deudor contra el tercero.

184. acción directa contra el tercero responsable

Pues bien, en ese orden de ideas se muestra hoy de elemental sentido común reconocerle al acreedor cuyo derecho de crédito resultó lesionado por el hecho de un tercero que impidió la ejecución de la prestación por parte del deudor o que colaboró con este en el incumplimiento (instigándolo o sirviéndole de mampara), una “defensa absoluta”, independientemente de la pretensión que pueda caberle contra el deudor (“defensa

⁷⁴⁵ Cfr. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 35, p. 32 y s.

adjudicatario de “comunicar al asegurador la adquisición respectiva”, dentro de los quince días siguientes “a la fecha de la sentencia aprobatoria de la partición” [!], término que ha de entenderse contado desde la ejecutoria de dicha providencia (art. 1106 c. co.). En tanto que si “la transferencia del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro” ocurre por acto entre vivos, el automatismo es de la extinción del contrato, “a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del interesado”, caso en el cual “subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia” (art. 1107 [1] c. co.)⁷⁴⁶.

186. cargas reales

Pero, ha de señalarse que, además de las *propter rem*, existen ciertas obligaciones que también surgen de determinadas relaciones reales y que aparecen amparadas por el derecho real correspondiente, de modo que, sin cambiar el deudor al compás de las mutaciones en la titularidad del derecho, tienen de por sí respaldo en el bien, cualquiera que sea el titular del dominio, de manera que aquel constituye una garantía real del derecho de crédito⁷⁴⁷. La obligación surge en razón de un derecho real y su titular en ese momento es el deudor y seguirá siéndolo hasta cuando la relación obligatoria se extinga; no hay pues lugar a liberación por renuncia de aquel derecho. La nota sobresaliente consiste, entonces, en que el bien es una garantía de la satisfacción del crédito, de modo que el acreedor podrá perseguirla personalmente del deudor, y realmente del actual titular del derecho real sobre aquel. En otros términos, allí, al margen de la perseverancia de la obligación en cabeza del deudor, el titular actual del derecho real en cuya razón surgió la relación crediticia, no es que “deba”, sino que responde por la prestación en este carácter, pero con alcances limitados al respectivo bien, como en la garantía real, de donde se sigue que el resto de sus bienes está a salvo de la acción persecutoria del acreedor. En tal sentido bien podría afirmarse que se trata de una relación entre dos patrimonios. Esta figura recibe el nombre de *carga real*. Ejemplos de ella pueden encontrarse en lo que acontece con los impuestos de industria y comercio y otras deudas del establecimiento comercial (art. 528 c. co.), con el llamado “gravamen” de valorización⁷⁴⁸, y en mi sentir, en la hipótesis de la obligación *de contrahendo* surgida de un contrato de promesa, cuando el propietario promitente fallece y a uno o varios de sus herederos se le adjudica el bien dentro de la hijuela de deudas, para que la ejecute.

Ese terreno de confluencia entre los dos derechos, en el que los sujetos o uno de ellos se individualiza por su relación con un derecho real, de suyo no posee mayores alcances, que

⁷⁴⁶ Cfr. cas. de 28 de agosto de 1978, CLVIII, 177.

⁷⁴⁷ (O□UDVJR□FDUDFWHU□VWLF□GH□HVWD□ILJUD□VLQJXODU□VH□KD□KHEKLA□FRQVHUYDQD□GLFLRQDOPHQWHD□
por DISTASO FRPR□FDOLGDG□MXU□GLFD□LQVHSDUDEOH□GHO□SURSLR□IXQGR□FRPR□XQ□SHVR□TXH□JUDYD□
inmueble, en razón del cual cualquier propietario, titular de otro derecho real de goce o, más genéricamente, poseedor, por el
solo hecho de ser tal, resultaría obligado a hacer prestaciones periódicas y positivas (de dar o de hacer) en favor del
propietario de otro fundo o de otro sujeto. Y se añade que en caso de incumplimiento, el acreedor está legitimado para ejercer
la acción real sobre el fundo, quien quiera que sea el actual titular o poseedor, y satisficase con prelación respecto de otros
acUHGRUB□GLAZZI-GERI. *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 3□(O□FRQWHQLGR□GH□OD□FDUJD□UHD□HV□
obligación, sólo que esta obligación y la ejecución de la prestación correspondiente se encuentra garantizada por un derecho
sobre la cosa. Pero una cosa es la expectativa de prestación y otra la expectativa de satisfacción, la que surge en el caso de
TXH□OD□SULPHUR□BTMO□
Oneri generali delle obbligazioni, I, cit., p. 23.

⁷⁴⁸ □□□□WUDW□QGRVH□GH□SDJR□GH□WULEXW□VLRW□RQVRYD□QGRG□VDS□HJVS□DV□DV□UHSUDUDFLRQHV□GH□
ODV□YdV□ODV□FRQWULEXFLRQHV□GH□ORV□SUHGLRV□VRQ□FDUJDV□QR□G□2ODV□SHUVRQDV□VLQR□GH□□

Lo sobresaliente en estos casos es que la titularidad, activa o pasiva, en la relación jurídica pasa a quien subentra en el derecho real, sea a título derivativo, sea a título originario (art. 765 c. c.), o sea que “no está adherida para siempre a un determinado patrimonio, sino más bien al patrimonio de quien *pro tempore* se encuentra en una determinada condición”⁷⁴⁹, por lo cual es activa o pasivamente ambulatoria, y en veces la responsabilidad del titular del derecho real está circunscrita jurídica y patrimonialmente a la cosa y su exposición limitada a ella o a su valor, al paso que en otras aquella responsabilidad es ilimitada, solo que el bien constituye la garantía principal y preferente del acreedor.

187. los sujetos y el objeto de la obligación han de ser determinados

Por lo que hace al acreedor, su determinación individual y cierta es indispensable en obsequio de él mismo, en cuanto ha de saber a ciencia cierta si es o no acreedor, o sea qué es lo que tiene, con qué cuenta y de qué puede disponer. Para terceros, es necesaria, cuando tienen en mira una adquisición eventual del derecho de crédito y en la hipótesis de la persecución de él como parte del activo de su deudor, dentro de una medida ejecutiva (art. 513 c. de p. c.). Y con relación al deudor, su determinación es indispensable, toda vez que cada quien necesita saber si debe o no, y porque el acreedor ha de saber quién le debe y quién le responde, y valora su derecho en función de las condiciones personales de su contraparte y del respaldo patrimonial con que ella cuenta. Por último, es de interés de ambos sujetos el conocer cuál es la prestación debida, de la que dependen el interés del acreedor y el deber del deudor, como también la apreciación final de la satisfacción y el cumplimiento.

⁷⁴⁹ FERRINI. *Diritto romano*, cit., p. 96.

750 ³(O□GHXGRU□*debet*, tiene que estar siempre determinado desde el momento en que la obligación nace; pero el acreedor basta que pueda ser determinado en el momento en que la prestación pueda ser exigida. Por lo mismo, la indeterminación será más frecuente con respecto al acreHGRU□TXH□FRQ□UHVSHFWRU□DO□SOLXGR□*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. 12, n.º 11, p. 17.

la sentencia que la concretan y actualizan. Valga la comparación entre los deberes de quien no es propietario, o del miembro social, de hacer todo lo que esté a su alcance y evitar todo lo que sea necesario para no dañar a los demás, o del médico o del bombero o del salvavidas para socorrer a quien se encuentra en estado de peligro, o del comerciante de no hacer competencia desleal, con los deberes del dueño del predio dominante de limpiar la acequia, o del dueño del predio sirviente de permitir esa limpieza, o los del trabajador o del vendedor de establecimiento comercial, de no revelar secretos el primero y de no abrir negocio semejante el segundo, para mencionar casos usuales de obligaciones propiamente dichas.

188. determinación de los sujetos

Los sujetos que componen cada una de las partes han de ser determinados⁷⁵¹. Es esta una característica, a tiempo que un requisito, de aquella relación, que la distingue al rompe de los deberes genéricos que pesan sobre los distintos miembros sociales, sin singularización, dentro de las circunstancias contingentes. La prestación, que es la espina dorsal de la relación crediticia u obligatoria, corre a cargo de un sujeto y a favor de otro, y es esencial, dada la función de ella, que se sepa a ciencia cierta quiénes son tales sujetos, como también que se identifique la prestación⁷⁵².

La determinación, esto es, la identificación de los sujetos, de ordinario queda hecha desde un comienzo, al tiempo en que se contrae o se concreta la relación obligatoria: los contratantes en el contrato, heredero y legatario en el testamento, los parientes alimentante y alimentista en el ajuste correspondiente, privado o judicial, demandante y demandado en la sentencia condenatoria. Pero, en fuerza de la naturaleza de las cosas y del desenvolvimiento de las relaciones sociales y económicas, muchas veces es menester un margen de tiempo más amplio para la determinación de los sujetos, y en otras, esa dilación es uno de los rasgos característicos de la figura⁷⁵³: lo que es indispensable es que esa determinación se dé en oportunidad, y esta es el tiempo de la exigencia y de la ejecución de la prestación. De tal forma la regla se completaría y precisaría diciendo que “los sujetos deben ser determinados o a lo menos determinables”⁷⁵⁴. La relación, en ambos casos, habría surgido regularmente, sólo que en el segundo sus efectos y aun su propia existencia estarían en pendencia, sujetos al advenimiento de una *condicio iuris*: la determinación tempestiva de uno de los sujetos.

Por lo demás, las obligaciones con sujeto “determinable” son distintas de aquellas con sujeto “incierto”, “o sea aquellas en las que es incierto si su titular existe actualmente o si llegará a existir”, por lo cual de plano puede afirmarse que no hay relación jurídica

⁷⁵¹ 3/D UHODFLyQ REOLJDWRULD VH HVWDEOHFH HQWUH VXMHWRV GHWHUPLQGRV HO DFUHHGRU HO consWLWXLGR VLQR D SDUWLU GH O PRPHQR HQ TXH VH SURGXMR OD LQGLYLGXALJDFLyQ GH ORV Obligazioni, diritto privato, cit., n.º 31, p. 163.

⁷⁵² Cfr. M. GIORGIANNI, *REEOLJDWRULD*, Milán, 1968, p. 42.

⁷⁵³ Piénsese, sin más, en el título-valor al portador, en donde la individualización de este como acreedor no ocurrirá sino en el momento de la presentación para el ejercicio del derecho (art. 654 [1] c. co.), o en el contrato con persona cuyo nombre se LQGLFDU OXHQWUDWR FRQ SHUVRQD D > RESCENVI Obligazioni, cit., n.º 31, p. 164.

⁷⁵⁴ 3/RV VXMHWRV GH OD UHODFLyQ HV GHFLU ODV asiduyase CHENQA PAWSEN GHWHUPLQGRV Pero no es indispensable que dicha identidad se conozca desde un principio; es suficiente que se haya establecido un criterio que permita la identificación en cualquier momento. El problema es especialmente relevante, no tanto en lo que hace al lado activo, cuanto por el lado pasivo, pues si para el deudor, en principio, es indiferente la persona frente a la cual ha de realizar OD SUHVWDFLyQ QR SXHG GHFLUVH TXH DO DFUHHGRU OH VHD LJXDORHQWUDWRQGLHUHQWH OD SHUV Obligazioni e contratti, cit., p. 25.

Definido como un poder concedido a un particular para su beneficio legítimo o como un interés jurídicamente tutelado, el derecho subjetivo implica, latamente, una prerrogativa que la norma concede a alguien frente a otras personas, para la satisfacción de sus intereses⁷⁶⁰, en razón de encontrarse en una situación que justifica dicho amparo dentro de los patrones ético-sociales, y que le permite esperar respaldadamente el respeto o la cooperación ajenos y exigirlos coactivamente si fuere menester, con pretensiones preventivas, restitutorias y resarcitorias, según las circunstancias y su albedrío. De todas esas características participa el derecho de crédito, como también de la muy importante que es la de su transmisibilidad, tanto por causa de muerte como por acto entre vivos (*ius abutendi*)⁷⁶¹. En una palabra, el crédito es transmisible por causa de muerte y, antes, mediante cesión, igual que puede ser objeto de prenda, lo cual muestra que con la misma puede servir como medio de pago, que de garantía⁷⁶². Con la aclaración, quizá innecesaria, de que el derecho se expresa potencialmente tanto en su ser mismo, acá de esperanza de satisfacción con la conducta del deudor, como en su actuación espontánea o forzada, con la suma a esta de la indemnización correspondiente, de manera de enfocar a una los dos momentos (esperanza y realización) y las dos modalidades de ella: espontánea o forzada, y esta, *in natura* o por medio de subrogado pecuniario.

cincuenta. Lo que no impide que el título (negocio jurídico, sentencia) prevenga y disponga una proporción distinta, p. ej., que el derecho de uno de los acreedores sea de setecientas y el otro de trescientas, o que un deudor deba cuatrocientas y el otro seiscientas.

192. efectos de la divisibilidad

A las reflexiones formuladas atrás como premisa introductoria ha de agregarse acá, insistiendo en la distinción entre el caso de divisibilidad cuando cada parte la integra un solo sujeto, el de pluralidad originaria y el de pluralidad sobrevenida, lo relativo a la independencia de cada fracción: efecto esencial de la divisibilidad es que cada sección del objeto o de la prestación global es independiente y corre su propia suerte. La coligación estriba apenas en el hecho de tener todas un mismo origen o una misma fuente, pero su desenvolvimiento es autónomo; el total se fracciona indefectiblemente. Las varias porciones del objeto andan por separado (cuotas, pagos periódicos, prestaciones de tracto sucesivo, principal y accesorios, cauciones). Por lo tanto, y esta es una nota fundamental, lo que cada deudor haga con el solo acreedor o con uno de los varios, o lo que ocurra entre ellos, únicamente tiene efecto respecto de esa o esas relaciones singulares y no repercute sobre las demás (p. ej., pago, compensación, novación, remisión, concesión de quitas o de plazos o esperas, otorgamiento de garantías, interrupción de la prescripción) y la acción que intente el acreedor es singular (*pro parte*), como también lo es la ventaja que conceda a uno o varios de los deudores.

En fin, la insolvencia de cualquiera de estos, sean ellos iniciales o sean herederos o sucesores por liquidación del primitivo, no afecta o grava a los restantes (arts. 1412 y 1583 [1] c. c.), ni la mora de uno afecta a los demás (arts. 1608 c. c.). La cosa juzgada respecto de uno no lo es delante de los otros, por falta de identidad de partes (art. 332 c. de p. c.), y en caso de haberse pactado cláusula penal, esta, en cuanto estimación anticipada de perjuicios (art. 1592 c. c.), es divisible al compás de la divisibilidad de la obligación (art. 1597 c. c.) y no será exigible sino en la parte que no se ha cumplido la obligación y de quien no la ha cumplido, proporcionalmente a la infracción, con las solas salvedades de la garantía real (hipotecaria o prendaria) (art. 1598 c. c.) y de la pena que se incluyó como *accidentalía negotia* expresamente para que no pudiera hacerse el pago fraccionadamente, caso en el cual el infractor deberá íntegra la multa y los demás solamente su cuota (art. 1597 [2] c. c.).

193. unitariedad del pago

La fraccionabilidad del objeto interesa aquí en función de la pluralidad de sujetos, ya activos, ya pasivos, ya de ambos. Cuando en una relación obligacional entre un solo acreedor y un solo deudor el objeto es divisible, no por ello el pago necesariamente podrá hacerse fraccionadamente: la acción del deudor ha de sujetarse al tenor de la obligación (art. 1627 c. c.): la partición solamente se acepta cuando así se ha dispuesto, o proviene de la naturaleza de la prestación, o de su función, o de lo consagrado en la ley o derivado de los usos y costumbres (p. ej., el precio del arrendamiento o las obligaciones correlativas en el contrato de suministro), tal como lo manda el art. 1649 c. c. Caso de que la prestación sea pagadera por partes, pueden surgir dificultades en cuanto a la imputación de lo que se da (arts. 1653 a 1655 c. c. y 881 c. co.) y a la prueba de lo pagado (arts. 1628 c. c. y 879 c. co.), y presentarse el cumplimiento parcial (arts. 1613 y 1596 c. c.); y si se suscita

Para determinar si la obligación es conjuntiva o dividua es menester observar el objeto. Divisible, según las voces del art. 1581 [1] c. c., es la obligación que tiene por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Esto movería a pensar que el problema de la divisibilidad se reduce a las obligaciones de dar o entregar un bien; sin embargo, la divisibilidad o indivisibilidad, que, verdad sea dicha, tiene allá un interés protuberante, no circunscribe sus alcances a esas solas hipótesis, sino que se proyecta sobre toda clase de prestaciones.

Con razón se anota, observando la realidad del tráfico jurídico, que “la obligación conjuntiva constituye el *derecho común* de la obligación plural, pero que en la práctica se la encuentra raramente, pues cuando la obligación es contractual, el acreedor que se encuentra en presencia de varios deudores, siempre tiene el cuidado de exigir que estos se obliguen solidariamente; en las obligaciones comerciales tal estipulación se presume; y cuando se trata de obligaciones delictuales y cuasidelictuales, la jurisprudencia descarta la regla de las obligaciones conjuntas”⁷⁷³.

194. obligaciones indivisibles

Cada uno de los acreedores, al actuar, necesariamente se está refiriendo a la totalidad de la relación, y otro tanto acontece con cada uno de los deudores. Por lo mismo, cualquiera de aquellos puede recibir y exigir *in totum* de cualquiera de estos, sin que sea concebible la división (art. 1584 c. c.), y esta situación se mantiene a pesar de las alteraciones que puedan sucederse en el aspecto subjetivo (activo o pasivo) de la relación compleja, campo en el que ante todo cabe pensar en la subrogación y la cesión parciales del crédito y en la sucesión en él y en la deuda (art. 1585 c. c.).

Pero es evidente que el acreedor que exige o recibe íntegra la prestación puede estar exigiendo o recibiendo un crédito en parte ajeno, como también que el deudor que satisface íntegra la prestación puede ejecutar una obligación en parte ajena, lo cual explica sencillamente el deber de distribución o restitución de la *locupletatio* en el primer evento a cargo del único actor, y el deber de regreso a favor del único pagador en el segundo (relaciones internas)⁷⁷⁵. Lo fundamental acá es que en la obligación indivisible propiamente

⁷⁷⁴ (O□□□□□□□EJE□GLVSRQH□□³6L□YDULRV□GHEHQ□XQD□SUHVWDFLyQ□LQGLYLVLEOH□□UHVSRQGHQ□FRPR□GHXGRUH

* Cfr. J. Peirano Facio. Obligaciones divisibles e indivisibles del código civil, Montevideo, 1955; R. Cicala. Divisibilità e

LOGLYLVLELQW|GH00TREETEOLJD|LROH|HO|5LYLVWD|GL|GLULWWR|FLYLOH|L|3DGNYS|-----0RXU

dicha no puede haber fraccionamiento de la prestación en razón de la naturaleza de esta; ello excluye la posibilidad de pago parcial, y de contera, concibe y exige tan solo el pago total, obviamente, mientras subsista el débito primario con esos caracteres.

195. divisibilidad e indivisibilidad del objeto *

Una obligación es divisible cuando la prestación es susceptible de ejecución por partes y, a la inversa, es indivisible, cuando no permite ejecución parcial. La divisibilidad o indivisibilidad de una obligación depende, pues, de la naturaleza de la prestación, es decir, de su objeto⁷⁷⁶: cosa o acto⁷⁷⁷. En últimas quiere decir la posibilidad o imposibilidad de satisfacción parcial del interés del acreedor⁷⁷⁸. Esta afirmación tiene alcances generales, es decir, se refiere a las distintas clases de prestaciones, con prescindencia de la singularidad o pluralidad de los sujetos de la relación. Sin embargo, como se estudiará enseguida, el tratamiento del problema varía de acuerdo con la índole de la prestación y las respectivas consideraciones económicas y prácticas, si que también del “modo como la cosa o el hecho objeto de la prestación ha sido considerado por los contratantes”⁷⁷⁹. Es el aspecto funcional de dicha clasificación: “la obligación es divisible o indivisible según que el cumplimiento de cada una de las obligaciones resultantes de su fraccionamiento procure o no al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le brindaría el cumplimiento de la obligación en su totalidad”⁷⁸⁰. Entonces, para determinar, en últimas, si la obligación es divisible o indivisible, hay que echar mano de los “criterios material, económico-funcional, jurídico y negocial”⁷⁸¹. A lo que se agrega que la clasificación no tiene importancia y alcances, dijérase que vida, sino en cuanto hay pluralidad de sujetos en una u otra parte de la relación o en ambas, original o sobrevenida⁷⁸², por lo mismo que cuando el sujeto es singular, incuestionablemente el pago ha de ser unitario (art. 1649 [1] c. c.), salvo lo que las partes hayan dispuesto o dispongan al efecto, o la decisión del juez respecto de la parte no disputada, cuando hay “controversia sobre la cantidad de la deuda, o sus accesorios” (art. 1650 c. c.).

et entre les contrats, en Revue du droit civil, n.º 2, Paris, 1994.

⁷⁷⁶ (V GLYLVLLEOH OD SUHVWDFLYQ TXH FRQVLVWH HQ XQD DFFLYQ XQLRUPH TXH VH H[WLHQGH SRU XQO del hecho se determina por medida o cantidad y no por su individualidad. Es así mismo divisible la prestación cuando FRQVLVWH HQ SURFXUDU XQ GHUHFKR DO TXH VHD DSOLFDEOH HO FRQFHSWR GH FXRWD LQWHOHFWXDO divisibilidad y la indivisibilidad de la obligación se identifican en la divisibilidad y la indivisibilidad del objeto de la prestación, o sea de la cosa o del hecho debidos [...]) Identificando el objeto de la prestación, y por tanto del interés del DFUHHGRU HQ ODV FRVDV HQ ORV KHFKRV & LFDOD LYLVLLEOLWJ GHOO REEOLJ

⁷⁷⁷ Cfr. art. 1316 codice civile.

⁷⁷⁸ & LFDOD LYLVLLEOLWJ H LQGLYLVLLEOLWJ GHOO REEOLJ LRQH FLW S QGLYLVLLEOH HV O cumplimiento parcial, o por la naturaleza de la prestación o por el modo como esta fue querida por las partes. En el primer caso se habla de indivisibilidad objetiva, como calidad verificable con base en una apreciación objetiva de la prestación; en el segundo caso, de invisibilidad subjetiva, dependiente de un interés particulaU GHODFUHHGRU HQ VX HMHFXYLYQ XQLWDULD REEOLJ LRQH FLW Q S

⁷⁷⁹ \$Vt HO DUW FRGLFH FLYLOH >/@D μFRVD R HO μKHFKR QR DJRWDQ ORV SXQWRV GH YLV considerar si la obligación es divisible o indivisible. Además, debe tenerse en consideración el derecho que constituye el objeto de la prestación. En principio, todo derecho patrimonial es divisible, con prescindencia total de la divisibilidad o no de la cosa sobre la cual (eventualmente) recae. Pero esta divisibilidad del derecho no tiene relación alguna con la posibilidad de que, una vez disuelta la comunión, cada uno de los titulares obtenga una porción de la cosa. Mientras que esta posibilidad es inherente a la naturaleza del objeto, por divisibilidad del objeto ha de entenderse la posibilidad de que él pertenezca a varios WLWXODUHV SRU FXRWDV LGHDOHV *LRUJLDQL 2EEOLJ LRQH VROLGDOH H SDUJLDH FLW S

⁷⁸⁰ & LFDOD LYLVLLEOLWJ H LQGLYLVLLEOLWJ GHOO REEOLJ LRQH FLW S

⁷⁸¹ %LDQFDbbbgazione, cit., n.º 385, p. 753.

⁷⁸² Cfr. cas. de 27 de febrero de 1968, cxxiv, 3o y s.; Hémard. Précis de droit civil, ii, cit., n.º 1665, p. 242.

Es manifiesta entonces la presencia de una pluralidad de relaciones obligatorias. En las obligaciones divisibles, cada acreedor tiene derecho sólo a su cuota, igual que cada deudor debe únicamente su parte. Mientras que en las obligaciones indivisibles, no obstante la pluralidad de relaciones, dada la indivisibilidad de la prestación, cada acreedor puede recibir y demandar el pago de la totalidad, y sobre cada deudor pesa el deber de ejecución de la totalidad de la prestación, por la que puede ser demandado⁷⁸³.

196. cuándo es divisible el objeto

Se dice que, por lo general, los objetos son divisibles y, por ende, las correspondientes obligaciones. Es divisible el objeto cuando admite partición física o, en últimas, intelectual (art. 1581 [1] c. c.), es decir que, en fin de cuentas, la obligación es indivisible cuando el objeto no admite siquiera la división *pro parte*. Lo cual no quita que, por razones de economía y funcionalidad, ya mencionadas, a prestaciones y obligaciones de suyo divisibles se les dé el tratamiento de indivisibles⁷⁸⁴. Se dice, entonces, que en razón de la manera como el acto de autonomía privada toma la cosa o el hecho, valoración particular (“juicio de indivisibilidad subjetiva”), se prescinde de la divisibilidad de aquella o de este, propia de su funcionalidad objetiva, y que en consecuencia el objeto es tratado como si fuera indivisible, con las consiguientes repercusiones sobre la relación obligatoria⁷⁸⁵. Aquella regla escueta impone establecer qué se entiende por tales fraccionamientos⁷⁸⁶.

197. división física y división intelectual

Partición física es la que se realiza tomando la prestación o, en su caso, el bien cuya entrega ha de hacerse, y fraccionándolo en tantas secciones cuantos sean los sujetos, en la proporción que sea: la señalada en el título o inferible de él o, en su defecto, por partes iguales. Así los ejemplos propuestos atrás. Pero si la división física o material no es factible porque el objeto dejaría de ser o perdería sus aptitudes esenciales o aquellas que sin serlo fueron tenidas en cuenta como primordiales (presuposición) al contraerse la obligación, o porque se contrariaría una prohibición legal (p. ej., el fraccionamiento de un predio edificado sin posibilidades de propiedad horizontal, o el de uno con determinada superficie indispensable para el destino que el acreedor indicó al comprarlo, o de un fundo cuyas porciones serían inferiores al mínimo permitido para propiedad rural), queda abierta la posibilidad de fraccionamiento intelectual o de cuota (partes *in iura et intellecta*), con el

⁷⁸³ Mazeaud et Chabas. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., 1073, p. 1124.

⁷⁸⁴ Es oportuna esta referencia de Mazeaud et Chabas. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1074, p. 1124 y s., a SURSYVLWR GH OD KLVWRULD GH OD LQGLYLVLLELOLDGD RV WHWRV URPDQRV IXHUWHPHQWH UHWR fragmentarios. Así Dumoulin, cuando quiso construir una teoría de la indivisibilidad, tropezó con numerosas dificultades; el título de su obra es suficientemente demostrativo: *Extricatio labyrinthi dividui et individui* [decem claves et tria veluti Thesei fila] (1681). Le correspondió a Pothier, cuya claridad de expresión es siempre notable, aportar el hilo de Ariadna. Y, no REVWDQWH TXH ORV UHGDFWRUHV GH FRGH FLYLO FRSLDURQ D 3RWKLHU OD PDWHLULD PXHVWUD FLH arts. 1217 a 1255 del code civil français derivaron los arts. 1581 a 1591 c. c., susceptibles de igual observación.

⁷⁸⁵ D LQGLYLVLLELOLDGD OODPDGD REMHWLYD OD LQGLYLVLLELOLDGD OODPDGD VXEHWLYD GLLHUHQ HQ esencia, ni, consiguientemente, difieren en su función: en efecto, es unitaria la disciplina de las obligaciones indivisibles, que QR GLVWLQXH HQWUH REOLJDFLRQHV REMHWLYD VXEHWLYDPHQWH LQGLYLVLLEOHV LFODOD LYLVL cit., p. 464. El art. 258 c. c. de Brasil de 200 GLVSRQH D REOLJDFLyQ HV LQGLYLVLLEOH FXDQGR OD SUHVWDFLyQ W cosa o un hecho no susceptibles de división, por su naturaleza, por motivo de orden económico, o dada la razón determinante GH QHJRFLR MXUtGLFR

⁷⁸⁶ PRXOLQ GLVWLQJH especies de indivisibilidad; la absoluta, a la que llama *individuum contractus*; la que llama LQGLYLVLLELOLDGD GH OD REOLJDFLyQ LQGLYLGLXP REOLJDWLRQH OD TXH OODPD LQGLYLVLLELOLDGD Pothier. *Traité des obligations*, cit., n.º 292.

cual se salvan aquellos obstáculos iniciales y se llega a la conclusión que apuntaba POTHIER, de que prácticamente todas las prestaciones y objetos son divisibles, al señalar como ejemplo contrario el de las servidumbres prediales, que el código recoge (art. 1581 [2] c. c.), y que es el único caso de indivisibilidad absoluta⁷⁸⁷.

Las obligaciones de dar son de natural divisible, por lo mismo que el derecho real, que es su objeto⁷⁸⁸, se puede transferir, como también constituir *pro parte*: en común y proindiviso, con la sola salvedad, excepcional, de la obligación de constituir una servidumbre⁷⁸⁹. Otro tanto se puede decir de las obligaciones de entregar bienes de género. Mas, en cuanto atañe a las de entregar cuerpos ciertos, es ineludible la distinción entre fraccionabilidad del derecho y no fraccionabilidad de la cosa considerada en sí misma⁷⁹⁰.

En las obligaciones de hacer, hay que distinguir si se trata de obligación de realizar una obra o de ejecutar una labor, y tener presente el interés del acreedor, de manera de establecer si se puede satisfacer por partes, o tan sólo con el resultado final. El cómo se considere el “hacer”, servicio objeto de la relación obligatoria, es definitivo para juzgar si el “objeto” es indivisible o divisible: si se le toma como un resultado que se tendrá unitariamente al cabo de cierto tiempo, “en el momento final de la actividad de ejecución”, o como un hacer sucesivo, fraccionable en varias porciones homogéneas o en tramos diferentes e independientes⁷⁹¹. Y lo mismo se puede decir que “las obligaciones de hacer se consideran indivisibles, “a menos que se concreten en la prestación de un número de servicios fungibles y calculables por su número”, o que “las obligaciones *in faciendo vel in non faciendo* no son menos divisibles que las obligaciones *in dando*, a menos que el hecho que constituye su objeto o sea de naturaleza de no poderse saldar. Mas si puede saldarse por partes, la obligación será divisible”⁷⁹². Un ejemplo vistoso de obligación de hacer

⁷⁸⁷ ³/D LQGLYLVLLELOLGDG DEVROXWD TXH 'XPRXOLQ OODPD LQGLYLGXXP FRQWUDFWX HV FXDQGR XQD susceptible de partes, de un modo tal que no podría ser estipulada o prometida por partes; tales son los derechos de servidumEUHV UHDOHV FRPR SRU HMHPSOR XQ GHUHFKR GH SDVR 3RWKLHU 7UDLWp GHV REOLJDWLRC \$SRVQGRVH HQ TXH OD QRPD GH FRGLFH FLYLOH DUW Q R SUHYLHQH HJSUHVDPHQWH OD 1217 code civil français, el 1581 [1] c. c. y recientemente el 1519 code civil de Québec, Cicala. Divisibilità e indivisibilità GHOO REEOLJD]LRQH FLW VV VRVWLHQH TXH ODV REOLJDFLRQH GH VUHQVIHULU OD SURSI naturaleza de la cosa misPD SRUTXH HV HVWD OD TXH GHWHUPLQD DTXHOOD FDOLGDG Q R HO GHUHFKR aquello que satisface el interés del acreedor. Interés que no puede ser satisfecho con entidades ontológicamente jurídicas, esencialmente formales; no puede ser satisfecho con el elemento formal del derecho, sino con entidades que, como el mismo LQWHU V SHUWHQH FHQ OD UHDOLGDG SUHH LVWHQWH DO RUGHQDPLHQWR OD V HVVDV %LDQFD bien no comparte el planteamiento anterior en lo que respecta al dar derechos inmobiliarios, sí lo acoge en lo que hace al dar PXHEOHV HVSHFtLFRV SRUTXH HVWRV Q VH SUHVWDQ QRPDOPHQWH D XQ XVR FRP~Q R D XQD XW Traité des obligations, cit., n.º 289. Cfr. cas. de 31 de julio de 1924, xxxi, 87; 27 de abril de 1926, xxxii, 320; y 31 de mayo de 1938, xlví, 571, sobre entrega (dare rem) de derecho en común y proindiviso sobre un inmueble.

⁷⁸⁹ Ospina Fernández. El régimen general de las obligaciones, cit., n.º 40 S VRVWLHQH TXH 3WHYULFDPHQWH OD REOLJD constituir una servidumbre no es indivisible, porque sí se puede ejecutar y exigir por partes. Así, si se trata de una servidumbre de tránsito, es cierto que esta no queda totalmente constituida mientras el predio enclavado no tenga acceso al camino público. Sin embargo, no hay razón para negar que cada uno de los propietarios que se interponen cumpla su REOLJDFLy Q FRQVWLWXHQGR OD VHUYLGXPEUH HQ OR TXH DVX SUHGLPRU SUHVSRQGH %<VL VH WUD 6L VH WUDWD GH FRVDV PXHEOHV HVSHFtLFDV HVWDV QRPDOPHQWH Q VH SUHVWDQ D XQ XVR FR FXRWDV DEVWUDFWDV GH GHUHFKR HVWiQ SXHV GH RUGLQDULR GHVSURYLVDV GH XWLOLGDG SURS REEOLJD]LRQH FLW Q S

⁷⁹⁰ 3RU OR WDQWR OD GLYLVLLELOLGDG R LQGLYLVLLELOLGDG GH OD SUHVWDFLy Q KD GH EXFVDUVH HQ HQ cuanto resultado final, y no en el iter formativo del resultado, esto es, en el facere (prestación). Este último será considerado solamente con el fin de establecer en qué consiste el objeto (el resultado final). Pero la afirmación de posibilidad de división de tal objeto no debe estar orientada en el sentido de imaginar un fraccionamiento de su proceso formativo [...] La divisibilidad del objeto-hecho ha de considerarse como posibilidad de su fraccionamiento en porciones simultáneas e iguales \ SRU OR PLVPR LGYQHDV SDUD VDWLVIDFHU SDFLDOPHQWH DGHUHQWLVGH DFUHHGRU & GHOO REEOLJD]LRQH FLW Q S

⁷⁹² Pothier. Traité des obligations, cit., n.º 290.

Las obligaciones negativas o de no hacer son de suyo indivisibles: varios deudores se comprometen a no hacer algo; la permanencia de la situación actual es un resultado que no se da en el evento de que cualquiera de ellos incurra en contravención⁷⁹⁴.

⁷⁹⁶ Cas. de 27 de febrero de 1968, ccxiv, 31. Así, Abeliuk. Las obligacLRQHVV□L□FLW□□Q□□□□□S□□□□□KDEODQGR□GH□
UHODWLVD□R□GH□REOLJDFLyQ□□DQRWD□TXH□(□REMHWVR□PLVPR□GH□OD□REOLJDFLyQ□SXHG□VHU□GLYLA
parcialidades, pero para los fines previstos por las partes resulta indispensable que se cumpla en forma total y no parcial. Es
VX□FRQWHQLGR□HO□TXH□LPSRQH□OD□LQGLYLVLLELOLDGD□D□OD□REOLJDFLyQ□

deber ya nada él u otro u otros de sus compañeros, o de ser extraño a la deuda en cuanto sólo garante; como tampoco es admitido el acreedor satisfecho a cancelar la garantía en general o en lo que a él respecta, mientras queden pendientes los derechos de otros u otros acreedores (arts. 1583 [1.º] y 1422 c. c.), en razón de la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca estatuidas legalmente (arts. 2430 y 2433 [1] c. c.). Indivisibilidad de la garantía, que no de la obligación. Como se suele decir, “el gravamen pesa sobre la totalidad del bien, *tota in toto et tota in qualibet parte*”⁷⁹⁷.

200. obligación de entregar cuerpo cierto

Si la obligación es de entregar un cuerpo cierto, el codeudor que lo posea debe entregarlo y cualquiera de los acreedores puede reclamarlo y recibirlo de él (art. 1583 [2.º] c. c.), debido a la necesidad de agilizar el tráfico jurídico y de separar la relación jurídica básica de aquellas que se establecen entre quienes integran una misma parte, dándole a la situación el mismo tratamiento de las obligaciones indivisibles (art. 1587 c. c.).

201. objeto cuya división sería nociva para el acreedor

Debiéndose por varios un objeto de por sí divisible, cuando menos intelectualmente, pero cuya partición ocasionare grave perjuicio al acreedor, el tratamiento, por orden legal, es semejante al de la indivisibilidad (art. 1583 [5.º] c. c.): quien lo tenga habrá de entregarlo, y los varios deudores son obligados a entenderse entre sí para cancelar la totalidad, sin que el acreedor pueda verse constreñido a recibirlo por partes, pues pese a ser divisible por naturaleza, se le toma como indivisible porque su fraccionamiento haría perder interés o valor a la prestación, que así no correspondería al título ni satisfaría al acreedor (art. 1587 c. c.). Aquí son pertinentes los ejemplos del solar cuya superficie total es indispensable para la destinación pretendida por el acreedor: construcción de tantas casas, o establecimiento de una fábrica o taller de tales dimensiones, y del fundo que, por su topografía, parcelado vendría a desmerecer o a no ser económicamente aprovechable en debida forma por su beneficiario.

202. indivisibilidad de la elección en las obligaciones alternativas

Cuando la obligación es alternativa y la parte a quien corresponde la elección (art. 1557 [2] c. c.) es plural, o cuando la obligación es facultativa y son varios los deudores (art. 1663 c. c.), todos los miembros de la parte correspondiente han de obrar de consuno, como quiera que su decisión debe ser una. Y si por imposibilidad de avenirse todos los deudores no la adoptan en oportunidad, en la hipótesis de la obligación alternativa, la opción pasará a la otra parte (art. 496 c. de p. c.). En el caso del grupo acreedor tal dificultad podría obviarse con el nombramiento de un administrador de la comunidad (arts. 16 y s. Ley 95 de 189; 442 [5] c. de p. c.). En tanto que el desacuerdo de los deudores para ejecutar la prestación substitutiva en las obligaciones facultativas implicaría el desistimiento de dicha salida.

⁷⁹⁷ Cfr. cas. de 27 de febrero de 1968, cxxiv, 32. Giorgianni. Obbligazione solidale e parziaria, cit., p. 602.

203. indivisibilidad de las prestaciones en negocios mercantiles

204. indivisibilidad objetiva y subjetiva

205. proyecciones de la indivisibilidad

⁷⁹⁸ Cfr. Bigliazzi-Geri et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 46.

A. Pérez Vives. Teoría general de las obligaciones, Parte general, Bogotá, 1951, p. 629, tras de anotar que en Francia la jurisprudencia, sobre la base de preceptos correspondientes al art. 900 F F VRVWLHQH TXH³ OD LQGLYLVLLELOLGDG SURGHO HIHFWR GH KDFHU FRP-QD WRGRV ORV FRDFUHHGRUHVD OD LQWHUUXSFLYQH ILVWHQWH D IDYRU G H QWUH QRVRWURV HVWD WHVLV VH KDODUD D HQSOZQDL FRQ52OR pñUGHQDZA Sñ HO L únicamente lo hace posible en el evento de la solidaridad; además, por argumento a contrario sensu derivado del art. 1586, que sólo se refirió a los codeudores, puede concluirse que la interrupción de la prescripción es personal de cada acreedor. El FRPPRGXP FRQLQXDU VLHQGR GLYLVLEOH' DGHDQWH Q S \$EMOLXN DV REOLJ TXH³ IR GLMR HO OHJLVODGRU TXH OD LQWHUUXSFLYQH GH OD SDSDRSLJQ Obhgñon indivisible beneficiaria a los demás, [y] en cambio lo señaló respecto de los deudores de una obligación indivisible. No obstante, parece evidente que si cada acreedor puede cobrar el total, la acción que con tal objeto intente, interrumpo la SUHVLSFLYQH UHSHFWR GH WRGRV ORV DFUHHGRUHV <& ODUR 6RODU HUHFKR FLYO FKLOHQR F FRPHQWD \$O SHGLU HO DFUHHGRU OD HMHFXYLYQH GH OD SUHVWDFLyQH FXDO FDGD XQR parte o porción, aunque la cosa debida no admita división, la prescripción tiene que ser interrumpida respecto de la totalidad GH OD SUHVWDFLyQH SRU OR WDQWR OD LQWHUUXSFLYQH DHFWD D WRGRV WDQWR RFXUUH FXDOTXLHUD GH ORV GHXGRUHV < OD UDjYQH HV REYLD HV XQ HIHFWR QDWXUDO GH HVWD FXDO obligación, puesto que una vez interrumpida la prescripción con respecto a uno de los deudores [o a favor de uno de los afUHHGRUHV @ OR SXHGHHMDU GH LOWHUUXPSLVH SDUD FRO ORV GHPIV GHVGH TXH OD FRVD OR DG

respectivo proceso⁸⁰¹. Por lo mismo ha de anotarse la posibilidad de que los demás sean vinculados a aquel por llamamiento en garantía (art. 57 c. de p. c.).

Para agilizar el cumplimiento de las obligaciones indivisibles la ley ha previsto que si el deudor demandado está en condiciones de satisfacer la prestación él solo, debe proceder a ello sin dilaciones, con la posibilidad de volver luego contra sus compañeros, y que si necesita del concurso de otro u otros de ellos, puede pedir un plazo prudencial para proveer a la actuación conjunta (art. 1587 c. c.), pero sin que el otorgamiento de dicho término impida la constitución en mora del grupo deudor o purgue aquella en que ya incurrió, o altere sus efectos adversos para todos sus componentes⁸⁰². Quiere ello decir que, a diferencia de las prestaciones de actividad conjunta (*infra* n.º 237 y ss.), que por su naturaleza imponen el concurso de todos los deudores, en las prestaciones divisibles con pluralidad de deudores lo que importa es, por así decirlo, el resultado benéfico para el acreedor, que, según las circunstancias, puede llegarle con la prestación de uno solo o varios de los deudores, e incluso con la de un tercero (*infra* n.º 458).

206. límites del poder dispositivo de cada acreedor

Empero, esas fungibilidad personal y seudo representación de los demás que tiene cada miembro de la parte están limitadas al desenvolvimiento propio de la obligación: espera, exigibilidad, ejecución específica, y no rebasan tal ámbito. En efecto, ninguno de los acreedores puede, por sí y ante sí, con prescindencia de los restantes, alterar la sustancia de la obligación (la ley se refiere a la remisión y al recibo de su valor en dinero (art. 1859 c. c.), pero lo mismo cabe predicar de las demás hipótesis con efectos análogos, y si de hecho lo hiciera sin su consentimiento, los demás acreedores pueden perseverar en el rumbo originario de la obligación, esto es, pretender la prestación genuina, para lo cual, y en la necesidad de salvaguardar el derecho del deudor, habrán de abonarle a este la parte o cuota correspondiente a quien se entendió con él para la modificación. Aquel acto aislado de uno de los acreedores es inoponible a los restantes, porque cada cual tiene un interés propio tutelado frente al grupo a que pertenece y a la otra parte, que impone deberes de lealtad que limitan su poder dispositivo. El deudor que pagó el precio total a un solo acreedor y que luego se ve constreñido a entregar la cosa a los demás acreedores con el solo reconocimiento de la cuota correspondiente a aquel, podrá repetir de este la diferencia, por consideraciones elementales de equidad⁸⁰³. En todo caso, el deudor está advertido de los riesgos que corre al alterar el curso propio de la relación obligatoria con uno solo de los acreedores.

207. conversión de la prestación indivisible en divisible

⁸⁰¹ Cfr. *infra* n.º 228 y notas, a propósito de la solidaridad y la cosa juzgada. Acá simplemente se advierte que la proyección de la cosa juzgada sobre los miembros de la parte que no se hicieron parte en el proceso, en materia de obligaciones indivisibles y solidarias, por una afirmada identidad de personas, estaba prevenida en el inciso 3.º del art. 474 c. j., relativo a la cosa juzgada, norma que fue suprimida en la redacción art. 322 del c. de p. c. Naturalmente, los demás miembros de la parte respectiva bien podrían intervenir en el proceso, como litisconsortes no necesarios, y en todo caso, a ellos les aprovechará la cosa juzgada ajena.

⁸⁰² Solución análoga cDEH□ HQ□ OD□ KLSyWHVLV□ GH□ RUGLQDO□ □□□□ GH□ DUW□□ □□□□□ FXDQGR□ GHLPQGRVH□³XQ indeterminada [!] cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el SDJR□ GH□ OD□ FRVD□ HQWHUD□□□□ □

⁸⁰³ (O□□□□□□□□ LL□ EJE□ SUHYLHQH□ TXH□³XQ□ KHFKR□ TXH□ VRODPHQWH□ WHQJD□ TXH□ YHU□ FRQ□ OD□ SHUVRQD□ GH□ X□ HQ□ IDYRU□ QL□ HQ□ FRQWUD□ GH□ ORV□ GHPiV□ DFUHHGRUHV□ □

Y si se pactó cláusula penal, el acreedor puede, a su guisa, exigirla íntegra de aquel de los codeudores, sea uno de los iniciales o sea uno de los herederos del deudor o de uno de ellos, que “ha impedido el pago”, o por partes “a cada uno por su respectiva cuota” (art. 1597 [2 y 3] c. c.).

Con una aclaración necesaria: la prestación es debida por todos, y al volverse divisible cada deudor deberá a cada acreedor tan solo su cuota, independiente de la de los demás; pero, en cuanto se ha infringido el deber y con esa conculcación se pueden haber ocasionado perjuicios, la reparación de estos corre a cargo solamente de aquel o aquellos deudores a quienes sea imputable el incumplimiento (art. 1590 [2] c. c.), y en la hipótesis de pluralidad de transgresores todos estos están obligados solidariamente a la indemnización (art. 2344 c. c.). Así, p. ej., si de tres deudores de una obligación indivisible dos fueron renuentes, mientras que el tercero estuvo presto a cumplir, los tres responderán fraccionadamente, *pro parte*, por el equivalente pecuniario de la prestación, y los dos infractores responderán, además, y en forma solidaria, por los perjuicios, mientras que el inocente quedará indemne. Pero si media cláusula penal y esta es compensatoria, es decir, está prevenida como equivalente del incumplimiento y no ampara la sola mora (arts. 1594 y 1600 c. c.), será exigible en su totalidad del deudor incumplido, o solidariamente de los varios deudores incursos en incumplimiento, y de los restantes sólo en su cuota, hasta completar el total (art. 1597 c. c.), pudiendo estos volver internamente contra los solos responsables.

Habiendo de partir del supuesto de que cada uno de los varios acreedores de obligación indivisible tiene interés en el crédito, como también del que a cada cual de los deudores le concierne personalmente la deuda, es lógico advertir que aquel de los acreedores que fue satisfecho o extinguió la obligación está en el deber de enterar lo suyo a su compañero o compañeros, y que el deudor que hubo de ejecutar la prestación puede volver contra los restantes por la respectiva cuota, y que al efecto se han de aplicar, por *analogia legis*, las

⁸⁰⁴ Para Ospina Fernández. El régimen general de las obligaciones que compromete la responsabilidad del deudor o deudores culpables, responsabilidad que se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor [...] [no] es que aquí se trate de obligación indivisible cuyo objeto se

disposiciones relativas a la solidaridad, sin perder de vista las particularidades ya examinadas.

210. obligaciones indivisibles solidarias

Lo característico de las obligaciones indivisibles es que, dada la naturaleza de la prestación, es uno solo el objeto debido o, más ampliamente, la prestación es única: todos los deudores la deben simultáneamente y todos los acreedores tienen el mismo derecho, y, sin que ni unos ni otros dejen de ser varios, pueden actuar en función del interés común y dentro de los límites de este. Tal la explicación de las restricciones del poder dispositivo de cada acreedor y de la precariedad de la conjunción, que va hasta donde persiste la indivisibilidad del objeto.

Por último, venga esta anotación: es posible que las obligaciones, a más de ser indivisibles, sean solidarias, por estipulación particular o disposición legal⁸⁰⁵, caso en el cual la solidaridad, como rasgo específico del contenido de la relación obligatoria, se aplicará a las relaciones entre las partes posteriores a la transformación del objeto, y así este, no obstante que por divisible sólo se debería por cuotas, resulta debido por todos *in solidum*.

211. indivisibilidad de la resolución por incumplimiento

Queda por dilucidar el problema de la acción resolutoria del contrato de prestaciones correlativas por incumplimiento, legalmente planteada como alternativa a la acción de ejecución de lo pactado, en favor de la parte cumplida o presta a cumplir (arts. 1546 y 1610 c. c.; 870 c. co.). Obvio que la pretensión de cumplimiento es divisible cuando la prestación debida lo es, y que cada miembro de la parte podrá exigir lo suyo por separado. Pero, cuando frente al incumplimiento se plantea la resolución o la terminación del contrato y la parte autorizada para demandarlo está compuesta por varios sujetos, todo persuade que ninguno de estos podrá optar por ese camino separadamente, y que para proceder de conformidad tendrán que obrar todos de consuno (arg. ex art. 1583 [6.º] c. c.)⁸⁰⁶. Lo que sí es de plano divisible es “la obligación de indemnizar los perjuicios provenientes del no cumplimiento del contrato celebrado entre varios contratantes”, tanto en lo que respecta a la pluralidad de acreedores como en lo que hace a la de deudores⁸⁰⁷.

III. indivisibilidad “solutione tantum”

212. indivisibilidad “solutione tantum”

Una vez más: la divisibilidad de la obligación, cualquiera que sea el número de personas

⁸⁰⁵ Con frecuencia se lee la afirmación de que la solidaridad exige que la prestación sea divisible, perdiendo de vista que aquella es un modo de ser de la relación obligatoria, al margen de la naturaleza del objeto. Así, p. ej., Abeliuk. Las obligaciones, i. cit., n.º 389, p. 328, quien se basa en el texto del art. 1551 c. c. chileno (1568 c. c.).

⁸⁰⁶ En cas. de 5 de julio GH□□□□□□□□[[Y□□□□□□□□GLMR□OD□&RUWH□FRODWHUDOPHQWH□□³&XDQGR□VRQ□YDULRV□OR herederos del acreedor, no puede sostenerse que si algunos optan por el pago del precio y reciben válidamente su cuota del crédito, se pierde para todos la acción resolutoria del contrato. El efecto jurídico que en tal caso se produce es el de que los que no reciben el precio conservan el derecho a exigir la resolución del contrato: resolución total con la obligación de hacer el abono de que trata el art. 1589 c. c., si la acción es absolutamente indivisible; resolución parcial, por su cuota, si la acción HV□GLYLVLEOH□SRU□VX□REMHWR'□

⁸⁰⁷ Cas. de 29 de noviembre de 1911, xx, 345.

que integran cada parte, gira básicamente en derredor de la naturaleza del objeto, con la posibilidad adicional de que la ley, delante de ciertas figuras o eventualidades, trate a una relación de por sí divisible, en un todo o en algunos aspectos, como si fuera indivisible.

Si la obligación es individua, es obvio que el pago de ella habrá de ser necesariamente unitario⁸⁰⁸. El pago de toda obligación, de suyo, ha de hacerse en tal forma, o sea que el deudor no está autorizado para satisfacer por partes al acreedor, ni este puede compeler al deudor a que así proceda (art. 1649 c. c.). Cosa distinta es que, en el supuesto de que sean varios los acreedores o varios los deudores de obligación divisible, en razón de la naturaleza de esta, cada uno de estos deba apenas su cuota y que el derecho de cada uno de aquellos sea sólo el correspondiente a su cuota: débito, crédito, responsabilidad y acción solo *pro parte*.

Pues bien, el ordenamiento autoriza a los interesados estipular que el pago de una obligación tal, cualesquiera que sean las circunstancias, y así en principio pudiera o, mejor, debiera ser fraccionado, se haga de todas maneras en su totalidad por uno de los varios deudores o por cualquiera de ellos, según lo indicado en el título⁸⁰⁹. No es que las partes o el testador puedan convertir la obligación divisible en indivisible, sino que disponen la indivisibilidad del pago, o sea la aplicación a aquella del régimen de esta en lo relativo al cumplimiento⁸¹⁰.

El código civil (art. 1583 [4.º]) trae el evento de la estipulación en el sentido de que si el deudor llegare a fallecer sus herederos habrán de pagar la totalidad, pese al beneficio de división que por regla general les compete en proporción a su cuota hereditaria y hasta el total de lo debido por el *de cuius*, aun por encima de la solidaridad (arts. 1411, 1581 [1] y 1580). Hipótesis que ciertamente se puede ampliar al caso de varios deudores, sin necesidad de pensar en la muerte de alguno, igual que al de la liquidación de personas jurídicas. También puede ocurrir que la decisión de no dividir el pago provenga del testador o de convenio entre los varios asignatarios o de cláusula de la partición o de la liquidación. Dicha estipulación de indivisión consiste en que, no obstante la pluralidad de deudores, cualquiera que sea su origen y la oportunidad en que ocurra, cualquiera de ellos o uno predeterminado deberá el total y responderá por este frente al acreedor, eventualmente dejando a salvo su acción contra los demás para el reembolso o saneamiento, con arreglo a lo acordado o a las pautas de ley⁸¹¹. El pacto o la cláusula de indivisión del pago, envuelven una ventaja para el acreedor, de la que él puede prescindir en todo o en parte a su arbitrio, en cualquier momento, consideración a la que se agrega aquella otra de que, si es producto

⁸⁰⁸ 3/D LQGLYLVLLELOLGDG WLHQH SRU ILQ HO SURWHUHU a QHONV La Hoeson, la seguncho quimifXFLy Q O cumplimiento se produzca con un acto único [...] En la indivisibilidad probablemente se tiene una obligación única, en la cual SDUWLFLSDQ YDULRV GHXGRUHV R YDULRV DFUHHGRUHV FROH FROHig SRU OD nasu, VWDFLy Q HQWHUD' solidio, divisible e indivisible, cit., p. 354.

⁸⁰⁹ 3/D GRFWULQD IUDQFHVD GLVWLQJXH HQWUH 3LQGLYLVLLELOLGDG QDWXUDO TXH HV DTXHOOD TXH 3UHV REOLJDFLy Q H 3LQGLYLVLLELOLGDG FQVHSHGH VHU WFLWD FXDQGR GH ODV FLUFXQVWDQFLDV UHVX contemplado la ejecución como indivisible (art. 1281 C. civil), [y que] puede ser pasiva (codeudores indivisibles) o activa DFUHHGRUHV LQGLYLVLLEOHV DEHSHXOHgWons KDFDy generale, cit., n.º 1075, p. 1125.

⁸¹⁰ 3, QGLYLVLLELOLGDG SRU OD LQWHQLy Q SDUWLFXODU R GHULYDGD GH OD ILQDOLGDG GH OD REOLJD únicamente al cumplimiento unitario de prestación de suyo divisible y manifestada solo en el pago, que debe hacerse como si HO REMHWR IXHUD LQGLYLVLLEOH SHUR QR HQ HO FREUR SDUD HO FXDO ORV YDULRV DFUHHGRUHV cas. de 27 de febrero de 1968, cxxiv, 31.

⁸¹¹ 6H KDEOD GH 3LQGLYLVLLELOLGDG entria, pasiva, resultante de la voluntad formal o tácita del disponente o de las partes, para una cosa o un hecho divisible por naturaleza [...] Indivisibilidad que puede ser estipulada originalmente o aparecer posteriormente [...] Puede ser tácita como lo presupone el art. 1221 [5.º] [code civil], y es definitiva en el sentido de que si la obligación ha de resolverse en pago de daños y perjuicios, cada deudor o cada heredero de uno de los deudores pagará el total, quedando a salvo su derecho de llamar en garantía a sus co-REOLJDGRV PUEDE droit civil, ii, cit., n.º 1666, p. 242 y s.

de disposición testamentaria o de acuerdo entre los asignatarios o de estipulación en la partición o en la liquidación, se trata de un giro en que él no intervino y del que, por lo mismo pudiendo beneficiarse, no lo vincula (arts. 1397 y 1506 c. c.). Lo cual implica que, a discreción suya, exigirá el pago unitario a quien sea, sin que le pueda ser opuesto el beneficio de división, o demandará a cada deudor por su cuota (arts. 1415, 1417, 1343 y 1393 c. c.). Con la anotación pertinente de que, si el acreedor fallece y deja varios herederos, o por cualquiera otra razón la parte acreedora deviene plural, los varios miembros de ella, si quieren que el pago sea unitario, tienen que proceder conjuntamente (art. 1583 [4.º.3] c. c.).

Este giro que incuestionablemente beneficia al acreedor en cuanto, ocurra lo que ocurriere, los deudores no están autorizados para fraccionar el pago y el acreedor puede demandar la ejecución íntegra de la prestación a cualquiera de ellos o al designado, ventaja que se manifiesta más elocuentemente en el caso de muerte de uno de los deudores, al impedir la división de la deuda entre sus herederos a prorrata de la respectiva cuota hereditaria, es, por cierto, inusitado en nuestro medio⁸¹².

IV. obligaciones solidarias

213. la solidaridad

Otro motivo de conjunción íntima entre las varias obligaciones con comunidad de sujetos, activos, pasivos o de ambos, es la solidaridad. En ella la razón de ser de la coligación no es ya la naturaleza de la prestación, sino “la forma de asunción del vínculo”⁸¹³, y en últimas, el contenido de la obligación. Independientemente de la índole del objeto, cualquiera que sea este y sin que importen sus vicisitudes y modificaciones, las varias relaciones unitarias se miran y tratan como si fueran una sola, en todo el tiempo, entre las partes acreedora y deudora. La solidaridad es un modo de ser de la obligación, impuesto por la ley o estipulado por las partes, con arreglo al cual cada acreedor tiene derecho al todo (solidaridad activa) y cada deudor está obligado al todo y responde por él (solidaridad pasiva) (art. 1568 [2] c. c.), pero en ambos casos se trata de un mismo todo, de manera que su reducción o su acrecentamiento compromete a la integridad de los interesados (art. 1569 c. c.). La prestación que se debe a cada acreedor y, en su caso, la que debe cada cual de los deudores es idéntica, a más de ser común⁸¹⁴. El rasgo característico, distintivo, de la solidaridad es que en la relación obligatoria, o sea en las relaciones externas (entre acreedor y deudores, o deudor y acreedores), no cabe la división de los créditos o de las deudas, según sea del caso, sin perjuicio de que internamente la situación de cada miembro del respectivo grupo sea autónoma, y en principio tenga una parte de la deuda y sólo esa parte.

214. solidaridad activa

Mediante ella, cualquiera de los acreedores puede esperar y exigir la totalidad de la prestación del deudor o la totalidad de lo correspondiente a la cuota de cada deudor, al ser

⁸¹² (Q□ FDEPLR□□ HQ□)UDQFLD□□ °OD□ VROLGDULGDG□ FRQYHQFLRQDO□ VH□ DFRPSDxD□ FVDL□ VLHPSUH□ GH□ XQD□ LQ□ redactores de documentos uWLOLJDQ□ XQD□ IyUPXOD□ TXH□ HV□ FVDL□ GH□ HVWLOR□□ ORV□ FRGHXGRUHV□ VH□ LQGLYLVLLEOHPHQWH□□□□ODJHDXG□HW□&KDEDV□□/HoRQV□□2EOLJDWLRQV□□7KpRULH□JpQpUDOH□□FLW□□□Q□□□□

⁸¹³ ³/D□ VROLGDULGDG□ HV□ XQD□ PRGDOLGDG□ GH□ OD□PRECECIENTARQHV fruit-tpPDUUG Théorie générale des obligations, cit., n.º 1640, p. 232.

⁸¹⁴ Giorgianni. Obbligazione solidale e parziaria, cit., p. 595.

pero que no deja de suscitar reparos en cuanto, se dice, quebranta el principio de la paridad de trato a los distintos miembros del respectivo grupo, en especial si se piensa en la opción entre ejecución *in natura*, ejecución por el equivalente pecuniario, resolución, que vendría a ser del solo resorte del acreedor que se apresure y tome la delantera⁸²¹.

216. relaciones externas entre acreedores y deudor

Distintas son las relaciones entre las partes acreedora y deudora (externas) de las relaciones entre los varios miembros del grupo acreedor entre sí (internas). Respecto de las primeras, lo que cada acreedor haga beneficia o perjudica a los demás, según el resultado de su intervención, que es procedente hasta la demanda de alguno, a partir de la cual, como se acaba de anotar, el proceso concentra en él esa legitimación, y él solo o quienes coadyuven su demanda son los autorizados para decidir por el conjunto. Así se responde positivamente a los interrogantes relativos a la interrupción de la prescripción, a la constitución del deudor en mora, a la cosa juzgada y a la cláusula penal, como también al ejercicio del poder decisorio en las obligaciones alternativas y al de la pretensión resolutoria del contrato de prestaciones correlativas o de terminación del contrato de ejecución sucesiva.

Cabe preguntar qué sucede cuando uno de los acreedores fallece dejando varios herederos; si todos estos han de proceder de consuno o si, por contrario, cada cual de ellos puede obrar legítimamente por la totalidad, cual lo podía hacer el *de cuius*. De entrada ha de advertirse que si la prestación es indivisible, la respuesta corresponde a la última alternativa, en razón de la indivisibilidad. Pero si la prestación es divisible, todo indica que la solución ha de ser la de que, por lo mismo que todos representan al acreedor difunto y subentran en sus relaciones jurídicas en los mismos términos que a él correspondían, para ello han de proceder juntamente, de manera análoga a como está dispuesto para los herederos del acreedor difunto de obligación indivisible *solutione tantum*, cual lo prevé el art. 1583 [4, inc. 3.º] c. c.⁸²².

217. relaciones internas entre los acreedores

Satisfecha la obligación o extinguida por medio distinto del cumplimiento al entenderse el deudor con uno cualquiera de los acreedores o, en su caso, con quien lo demandó o con él y todos los demás intervinientes en el proceso, desaparecen el débito y la responsabilidad del obligado, pero quedan pendientes las relaciones internas entre los varios acreedores, y quien actuó por todos ellos deberá participar a los demás lo que les corresponda o

SDUD□FX□D□SUHVHQFLD□°VH□UHTXLHUH□TXH□H□LVWD□XQD□UHODFLyQ□PDWHULDO□TXH□ODraOH□UHJXOD□□GiQ□
 intervenir en determinados casos que VH□UHILHUHQ□D□HVD□UHODFLyQ□PDWHULDO□□□□FRQFOX\H□DQRWDQGR□TXH□°OD□
 FDVRV□GH□OLWLVFRQVRUFLR□>FXDVL@□QHfHVDULR□ODV□REOLJDFLRQH□VROLGDULDV□□FRQ□FLWD□GHOD□

⁸²¹ Cfr. Rubino. Obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili, cit., p. 202 y ss.; Busnelli. Obbligazioni soggettivamente complesse, cit., p. 342.

⁸²² El art. 270 c. F□□GH□%UDVLO□SUHYLHQH□TXH□°6L□XQR□GH□ORV□DFUHHGRUHV□VROLGDULRV□IDOOHFH□GHMDQGR□□
 tendrá derecho a exigir y recibir la cuota del crédito correspondiente a su cuota hereditaria, salvo que la obligación sea LQGLYLVLEOH□□

* Cfr. A. Alberti. Le obbligazioni solidali sorgenti da stipulazione correaie nella dottrina del diritto intermedio, Torino, 1937; G. \$PRUWK□□/REEOLJD]LRQH□VROLGDOH□□OLODQR□□□□□□□□□□\$PRUWK□□/D□UHVSRQVDELOLDGD□GHO□GHXGR□
 Branca. Obbligazioni solidali, correali collettive, en Rivista di dir. civile, Padova, 1957, i, p. 150 y ss.; F. D. Busnelli. La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali, en Studi in onore di S. Pugliatti, Padova, 1978; A. Di Majo. Obbligazioni solidali (e indivisibili), en edd., xxix, Milano, 1979; J. Caffarena Laporta. La solidaridad de deudores, Madrid, 1980; C. Mirglia. Pluralità di debitori e solidarietà, Napoli, 1983; M. Orlandi. La responsabilità solidale, Milano, 1993.

De cara a la relación externa, bien se aprecia la función de ampliar las posibilidades de satisfacción del acreedor que cumple la solidaridad pasiva, que dentro de las cauciones del derecho de crédito es la más universal y frecuente, al punto de ser marcada la tendencia a convertirla en regla general, de modo que la divisibilidad y el consiguiente tratamiento autónomo de cada relación obligatoria pasen a ser la excepción. Sin embargo, no es ese su único cometido y, observando el aspecto interno, es preciso distinguir dos situaciones distintas en que puede estar colocado cada deudor, según que tenga o no tenga interés en la deuda, es decir, si tiene parte en ella, caso en el cual frente a los demás deudores no puede hacer caso omiso de su participación real en la comunidad, o, por el contrario, no tiene interés en ella, evento en el cual asume una responsabilidad por débito ajeno, como garante solidario, todo ello independientemente de la oportunidad y la forma como se hizo o llegó a ser codeudor.

¿Cómo orientar, entonces, la presentación de la figura de modo de responder a la variedad de razones y condiciones por las que cada deudor asume su compromiso, al mismo tiempo que al funcionamiento unitario de aquella?⁸³³ ¿Hablando de un “haz de relaciones convergentes en la misma prestación, única”?⁸³⁴, ¿“relaciones que tienen una conexión intensa, en cuanto la finalidad económica a la que tienden es la misma”? ¿“unidad estructural basada en la cotitularidad del débito individual, independientemente de la comunión o de la exclusividad del interés en la situación subjetiva pasiva”? ¿“pensar en una solidaridad ‘propia’ y una ‘impropia’, aquella cuando todos los deudores tienen interés en la deuda, y esta cuando uno sólo es el interesado”? o ¿en una solidaridad en sentido estricto, contraída en interés de todos, una solidaridad desigual, contraída en interés de uno, y una (solidaridad) correalidad, contraída en el interés de todos pero con instauración de un vínculo único con varios sujetos?⁸³⁵, ¿o, más bien, reconocer que “no existe un concepto homogéneo de obligaciones solidarias, sino una noción unitaria de solidaridad, que puede funcionar, ora como instrumento de actuación de una obligación subjetivamente compleja, ora como vínculo entre varias obligaciones, distintas aunque conexas?”⁸³⁶. De todos modos, no deja de ser indicativa la expresión del epígrafe del título IX del libro 4.º del código: *De las obligaciones solidarias*, en plural.

La solidaridad pasiva puede ser la excepción o ser la regla, según la decisión política que tome el ordenamiento. Históricamente la solidaridad (solidaridad electiva) ha tenido como fuentes el contrato, el testamento y la ley, lo que bien da a entender su excepcionalidad⁸³⁷, como corresponde a la agravación y desmejora de la posición de cada deudor que acarrea y al temperamento del vínculo que merece este. Así, el art. 1568 [3] c. c. previene: “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”⁸³⁸, en la misma órbita del art. 1202 *code civil fr.*, que aún más explícitamente preceptúa: “La solidaridad no se presume; es menester que se la estipule expresamente. Esta regla no deja de aplicarse sino en los casos en que la solidaridad opera de pleno derecho en virtud de una disposición legal”⁸³⁹.

Por el contrario, el código de comercio de 1971, siguiendo la concepción y la redacción del

générale, cit., n.° 1057, p. 1106.

En lo que hace al régimen civil, cuando la ley la consagra lo hace, bien a título de sanción represiva, para establecer una vinculación más estrecha y drástica (una responsabilidad común), bien como medida de protección más amplia para el titular de un interés o un patrimonio frente a quienes lo han administrado conjuntamente, bien, en fin, para imprimir mayor seguridad a determinadas operaciones de crédito. Se dice, en ese mismo orden, que la ley presupone una “comunidad de intereses” en el contrato, o que así lo previene por “razones de interés general”⁸⁴⁴. De tal suerte se tienen estos ejemplos: todos los intervinientes en un delito o culpa o en una actividad peligrosa son responsables en forma solidaria ante la víctima (art. 2344 c. c.)⁸⁴⁵; relativamente a daños al consumidor por falta de “calidad o idoneidad de los bienes y servicios”, en “tratándose de bienes importados, serán solidariamente el importador y el productor de dichos bienes (art. 24 [4] Dcto. 3466 de 1984); la mujer que contrae nuevas nupcias sin dejar pasar un tiempo prudencial a partir de su viudez, de la nulidad del matrimonio o del divorcio, es solidariamente responsable con el nuevo marido por todos los perjuicios que sufran el hijo o terceros en razón de la incertidumbre de la paternidad del ser que da a luz antes de expirar los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio (art. 235 c. c.); si ha habido dolo en la consecución de alimentos, todos los partícipes en el engaño responden solidariamente (art. 418 c. c.); el

En el derecho francés, cuyo art. 1383 code civil, indica la responsabilidad de cada cual, esto es, singular, por el daño que causó, la jurisprudencia llegó a considerar que los deudores, aun cuando no obligados solidariamente, si responden in solidum, o sea que creó o resucitó pretorionalmente otra categoría de obligaciones con sujeto pasivo plural: solidaridad LPSHUHFWD□□³QR□HV□TXH□VH□Gp□XQD□VROD□REOLJDFLyQ□FRP-Q□D□YDLURV□GHXGRUH GHXGRU⁴□FRPR□HQ□HO□GHUHFKR□URPDQR□□⁵H□GRQG□OD□&RUWH□GH□FDVDfLyQ□GHGXMR□ compromete VX□UHSRQVDELOLGDG□FLYL□GHOLFwLYD□R□FXDVLGHOLFwLYD□□HVW□REOLJDGI demás civilmente comprometidos, como serían el tercero cómplice del incumplimiento del deudor y el asegurador en seguro GH□UHSRQVDELOLGDG□aud et Chabas. Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 1057, p. 1106 y n.º 1070, p. 1115 v ss.

En cuanto a terminología y ámbito legal de la solidaridad pasiva, no sobra aclarar que, en materia civil, el hecho de ser codeudor no implica solidaridad, sino estar vinculado a una obligación conjuntiva o a una indivisible, según la naturaleza de la prestación; que la solidaridad presunta del código de comercio se reduce al ámbito de las operaciones mercantiles (arts. 20 a 22 y 24 c. co.), sin proyección sobre los negocios que no tengan ese carácter (art. 23 c. co.); y que, por tratarse de reglas de excepción, las que imponen la solidaridad no se pueden interpretar extensivamente por vía de analogía (arts. 31 y 1568 [3] c. c.).

[illegible]

varios sujetos (varios patrimonios) simultánea y plenamente responsables para con él: la insolvencia de cualquiera de los deudores grava a los demás. Esa es su razón de ser histórica y económica. De ahí su empleo intenso, como el más elemental de los respaldos del crédito, que la ha hecho prácticamente universal, y que dio lugar o pretexto a la mencionada presunción introducida en el derecho privado por la vía del ordenamiento mercantil. La movilidad plena del acreedor frente a los varios deudores sin que la insolvencia de cualquiera de estos signifique algo y la extinción de las relaciones con el acreedor por la ejecución de la prestación por quien quiera que sea, son los denominados efectos primarios de la solidaridad pasiva⁸⁵⁰.

225. la solidaridad pasiva entre las partes

Frente al acreedor cada uno de los codeudores solidarios es deudor a plenitud, sin que importe en razón de qué asumió así la obligación, esto es, si tiene o no interés en la deuda y en qué magnitud. Si es apenas garante o lo es en alguna medida, es algo que concierne exclusivamente a las relaciones internas suyas con sus compañeros⁸⁵¹. Cada uno de los obligados debe simultáneamente la misma prestación (*tota in toto et tota in qualibet parte*), pero una sola vez —de ahí que se hable de “unidad de obligación” o de “unidad de objeto”⁸⁵²—, y, por lo mismo, cada cual de los deudores puede ser demandado por el total, a discreción del acreedor, y sin posibilidad de oponer el beneficio de división. Cualesquiera que sean las vicisitudes por las que pase la relación solidaria, el nexo subsiste hasta cuando el interés del acreedor sea satisfecho íntegramente o la obligación se extinga por otro modo y, cuando se trata de reducción de su monto, el remanente continúa sometido al régimen de solidaridad (arts. 1572 y 1575 c. c.).

226. renuncia de la solidaridad

Por lo mismo que la solidaridad implica una ventaja para el acreedor, este puede prescindir de ella o renunciarla respecto de todos los deudores, de uno solo o de varios, discrecionalmente, caso en el cual lo que ocurre es que si la prestación es divisible, el vínculo se regirá por las reglas de las obligaciones conjuntivas o dividuas, y en el evento contrario, se someterá al de las obligaciones indivisibles o individuas, en todo aquello en que desaparece la solidaridad (arts. 1573, 1568 [1] y 1581 c. c.).

El acreedor puede renunciar a la solidaridad en todo o en parte, por declaración o por conducta concluyente, e inclusive puede renunciar por conducta omisiva. En el caso de conducta concluyente, al desplegarla puede anticiparse y prevenir la interpretación adversa haciendo la reserva del caso. La aceptación del pago que uno de los deudores le haga de su parte o cuota, sin aclaración o reservas, así como la demanda en esos mismos términos, se entienden como abdicación de la solidaridad respecto de él; situación que puede presentarse simultánea o sucesivamente frente a los demás deudores. Pero en tales casos el acreedor puede conjurar esos entendimiento y efectos de su conducta contrarios a sus intereses, haciendo reserva o salvedad expresa de la solidaridad o la general de sus derechos (art. 1573 [2] c. c.). También se produce renuncia de la solidaridad cuando el

⁸⁵⁰ Mazeaud et Chabas. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1063, p. 1110. Cfr. al respecto, con precisión del alcance estrictamente interno de la norma del art. 1579 c. c., cas. de 11 de enero de 2000, exp. 5208, sin publicar.

⁸⁵¹ Cas. de 30 de marzo de 1936, xliii, 747; cas. de 11 de enero de 2000, exp. 5208.

⁸⁵² Hémard. *Précis de droit civil*, ii, cit., n.º 1651, p. 236.

acreedor consiente en la división de la deuda (art. 1573 [4] c. c.). Pero si se trata de pensiones periódicas, y otro tanto habrá de decirse de las deudas por cuotas, la renuncia expresa o por conducta concluyente u omisiva no se extiende de por sí sino a las porciones devengadas, esto es, exigibles, y no a las futuras, salva declaración del acreedor en contrario (arts. 1574 c. c. y 962 c. co.).

227. efectos primarios de la solidaridad pasiva

El acreedor, como se ha visto, puede exigir el pago total o el pago parcial, a todos los deudores a la vez, a varios de ellos, como también a uno cualquiera, sin que ninguno pueda oponerle una “excepción dilatoria de garantía”, es decir, un plazo para acordar con sus compañeros la manera de proceder a ejecutar la prestación⁸⁵³, como sí ocurre en la hipótesis de obligación indivisible (art. 1587 c. c.); y de parte de los deudores ha de anotarse que cualquiera de ellos puede constreñir al acreedor a recibir el pago total.

Vigente la solidaridad pasiva en todo o limitada en parte en cuanto a la magnitud de la deuda o al número de deudores, en aquello en que subsiste se desenvuelve así: la demanda del acreedor contra alguno o algunos de los deudores solidarios y su eventual satisfacción parcial no exime de responsabilidad a los restantes, quienes continúan vinculados solidariamente por el saldo insoluto (art. 1572 c. c.); la extinción parcial de la deuda (por pago u otro modo) no compromete la responsabilidad solidaria por el remanente (art. 1570 [2] c. c.), esto es que entonces la solidaridad se descarga o reduce en la porción correspondiente, pero se mantiene por el resto; la liberación de uno o de varios de los deudores, por el motivo que sea, deja intacta la solidaridad de los demás por el saldo pendiente (art. 1575 c. c.). Si se produce un relevo en la parte pasiva (asunción liberatoria de deuda, infra n.º 406), la novación extingue la obligación y naturalmente la solidaridad, pero uno o algunos de los deudores pueden continuar solidariamente obligados, accediendo a la obligación nuevamente constituida, o haciendo reserva de esa caución, o accediendo a la novación (arts. 1576, 1702 y 1704 c. c.). También puede ocurrir que un extraño asuma solidariamente la obligación precedente concurrentemente con el deudor o los deudores de entonces (art. 1694 c. c.) (asunción cumulativa), espontáneamente (adpromisión) o por delegación (art. 1690 *in fine* c. c.).

228. efectos secundarios de la solidaridad

La colocación de todos los deudores en mora por un fenómeno que, en principio, sólo atañe a uno de ellos, la interrupción de la prescripción por acto del acreedor frente a uno solo de los deudores (arts. 2539 [3] y 2544 [2.º] c. c.) o por un acto exclusivo de uno de estos para con el acreedor (art. 2539 [3] c. c.) y la eficacia universal de la cesión con la sola notificación de uno de los deudores (art. 1960 c. c.), son los llamados efectos secundarios de la solidaridad pasiva, a los que tradicionalmente se agregaban los generales de la cosa juzgada con uno solo de los deudores. Todos ellos explicados de ordinario mediante la idea de una representación mutua entre los varios deudores⁸⁵⁴. Expediente que parece artificioso

⁸⁵³ Cfr. Hémard. Précis de droit civil, ii, cit., n.º 1651, p. 236.

⁸⁵⁴ “DUD □ OD □ WHVLV □ FOVLFD □ QDGD □ HSPDWLHQW □ RY □ La solidaridad pasiva: no se recurre a ella más que para explicar los llamados efectos secundarios [...] La jurisprudencia que, por el contrario, sostiene que los deudores se representan mutuamente, multiplica los efectos de la solidaridad. Así, en la importante sentencia de 1.º de diciembre de 1885, fundándose en la representación, la Corte de casación declaró oponible a todos los coobligados el fallo pronunciado en contra

Es incuestionable la vinculación plena entre los varios deudores: pudiendo cualquiera de ellos ejecutar la prestación y satisfacer él solo al acreedor, la mora del acreedor repercute favorablemente no solo respecto de aquel, sino también en beneficio de los demás, tanto en el descargo de intereses como en el traslado de los riesgos, e inclusive en la propia extinción de la deuda, según el caso. La constitución en mora de uno de los deudores opera contra todos (cfr. § 429 [1] BGB); la prescripción interrumpida por uno de los deudores, mediante el servicio o el reconocimiento de la deuda que él haga, o en contra de uno cualquiera de ellos⁸⁵⁷, por demanda del acreedor o, excepcionalmente, por su solo requerimiento, se considera interrumpida respecto de todos, por expresa disposición legal (arts. 2540 c. c. y 1206 *code civil fr.*)⁸⁵⁸. Es esta una consecuencia de la conjunción, “inspirada en una ‘necesidad lógica’”, como quiera que la prescripción no podría considerarse en parte interrumpida y en parte no⁸⁵⁹. Los intereses moratorios corren contra todos los deudores (art. 1207 *code civil fr.*)⁸⁶⁰. En fin, es natural la reflexión de que al cesionario no le es menester notificar uno a uno a todos los deudores para alcanzar la eficacia de la cesión hecha en su favor frente a ellos y respecto de terceros, sino que le basta enterar a uno solo para alcanzar dicho resultado, lo cual no deja de generar inquietudes en lo que respecta a la caducidad del derecho a la reserva de las excepciones personales por parte del deudor cedido (infra n.º 337).

Como quiera que el acreedor puede dirigirse contra todos los deudores, contra varios de ellos o contra uno solo, tanto por el total como por parte de la obligación, en el caso de que no proceda judicialmente contra todos surge la inquietud de la participación de los demás en el proceso y, sobre todo, de las repercusiones sobre ellos de la decisión que llegue a pronunciarse en él⁸⁶¹. En lo que hace a la cosa juzgada⁸⁶², bien se advierte al repasar los

GHXQRGH HOORV'0DJDHGXHW&KDEDVcom HGRVAL GELDWLRQV7K
 una cierta comunidad de intereses entre los codeudores solidarios, lo cual no es siempre verdadero en la solidaridad legal [...] Esta fue la idea, más ingeniosa que precisa, que Dumoulin propuso en el siglo xvi y que Pothier retomó en el siglo xviii: el mandato entre codeudores existía ad conservandam vel minuendam non ad augendam obligationem; Malaure et Aynès. Obligations, cit., n.º 1156, p. 703.
 Así, Giorgianni. Obbligazione solidale e parziaria, cit., p. 603.
 Valga la anotación de que la interrupción de la prescripción respecto del deudor produce efectos igualmente en contra de los fiadores solidarios suyos: sng de 4 de noviembre de 1932, xli, 129.
 D GRFWULQDO OD MXLVSUXGHQFLDUOQHFDVD GLFHQT XH³OD HSOLFDFLYQ>GH HWH HHFWR QXYLF obligatoria) está siempre en la representación recíproca de las FRGHXGRUHV VROLGDULRV ORV XQVR SRU ORV RWURV &KDDEV/HoRQV 2EOLJDLWLQVV 7KPRULH JpQPUOH FLW Q S \$FSWDPRV OD querir llevarla demasiado lejos. Hay una idea de mandato, más bien que un mandato propiamente dicho, y es necesario cuidarse de aplicar a la materia todas las reglas del mandato. Por lo demás, esta concepción es tradicional y reproduce, para fijar la extensión de la representación, la fórmula propuesta por Dumoulin: los codeudores solidarios se representan ad conservandam vel perpetuendam obligationem non ad augendam. Para recibir las demandas del acreedor y extinguir la GHXGD SDJQGRODR GH RWUD PDQHDroit cript DUCL m.º 1649, p. 236 y s.
 Así, la Corte Constitucional italiana (1975), citada por Bigliazzi-Geri et ál. Obbligazioni e contratti, cit., p. 58, con la DQRWDFLYQ GH TXH FXDQGR YDUINARE XMHWRMA DERQ, TR su lado, el acreedor común tiene un derecho único frente a to GRV ORV FRGHXGRUHV Cfr. cas. de 17 de junio de 1941, li, 565.
 OLVL FROWRUFLRIDFXOWDWLYRSURSILRH VH SUHVHOWD FRO IUHFHXHOFLDH OH PDWHULD GH GHUHFKRY

En cuanto al crédito privilegiado, se anota que el privilegio puede ser nota común frente a todos los acreedores o a todos los deudores, como también ser un rasgo propio de la relación de uno de aquellos o respecto de uno de estos, caso en el cual no se comunica a los restantes miembros de la respectiva parte⁸⁷⁷.

Todo deudor solidario a quien se exige el cumplimiento puede defenderse proponiendo las excepciones que emanen de la relación jurídica, tanto las gene-*rales*, cuya prosperidad beneficiará a todos, o sea las denominadas *excepciones reales*, que atañen a la naturaleza de la relación obligatoria, como las denominadas *excepciones comunes*, esto es, aquellas que, “sin ser relativas a la naturaleza de la obligación, se refieren a algunos modos absolutos de extinción de la obligación frente a los deudores solidarios (pago, prescripción, remisión total, pérdida de la cosa debida)”⁸⁷⁸, incluso si estos modos de extinción tienen su fuente en una convención”; y también las propias de su posición individual, denominadas genéricamente *excepciones personales* (arts. 1577 c. c.; 509 y 510 c. de p. c.), sean ellas

⁸⁷⁸ Hémard. Précis de droit civil ii, cit., n.º 1657, p. 238.

puramente personales, que no puede oponer sino el deudor en cuyo beneficio se configuraron, como es la nulidad relativa (art. 306 [1] c. de p. c.), o las *simplemente personales*, oponibles en su totalidad por el deudor en cuya cabeza se radican, y por los demás tan sólo hasta concurrencia de su interés en la deuda (p. ej., vicio de la voluntad, confusión, remisión parcial)⁸⁷⁹. En el primer evento ese excepcionante representa al grupo y obra en interés común; en el segundo, esgrime un derecho singular suyo, con alcances circunscritos a él sólo, aun cuando eventualmente puedan repercutir en beneficio ajeno, p. ej., con una reducción del total de la deuda. Lo que no admite el ordenamiento nacional es que las excepciones personales sean alegadas por alguien distinto del propio titular de ellas⁸⁸⁰; así, p. ej., la compensación legal, que exige que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras (art. 1716 c. c.), sólo puede ser opuesta por el deudor solidario con base en los créditos que él tenga contra el acreedor (suyos inicialmente o cedidos a él o en los que se subrogó), y no fundado en los créditos que tenga un compañero suyo. Si quiere emplear los de este, tendrá que hacerlos suyos mediante cesión (arts. 1577, 1682, 1716 [4.º] y 2380 c. c.). Tampoco sería concebible que el codeudor demandado pudiera oponer una nulidad relativa concerniente a otro codeudor⁸⁸¹.

231. la compensación

A esta altura de la explicación es indispensable hacer el cotejo de las posiciones doctrinarias y los preceptos contrastantes a este propósito. Se traen a colación las posiciones de DOMAT y de POTHIER: para el primero, era de lógica y equidad elementales el derecho del deudor solidario de oponer en compensación a la demanda del acreedor común el crédito que su codeudor tuviera contra dicho acreedor, y con más veras el derecho del fiador de echar mano del crédito del deudor principal contra aquel, en el caso de ser demandado. POTHIER, por el contrario, no obstante aceptar la conveniencia de la tesis de DOMAT, negaba su razón⁸⁸². El *code civil français* optó en parte por la posición de

⁸⁷⁹ C. Demolombe en su Cours de Code Napoléon, xxvi, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 3, Paris, 1880, explicando la clasificación que distingue tres categorías de excepciones, la última de las cuales admite a su vez una subdivisión, de suerte que podemos contar cuatro, a saber: i. Las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación. ii. Las excepciones que son comunes a todos los deudores; iii. Las excepciones que son personales a uno o algunos de ellos; iv. Las excepciones que son puramente personales. ± n.º 379. i. Ante todo, la primera clase, las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación, comprende evidentemente aquellas que tienen que ver, sea con los vicios primitivos de su origen, sea con las modalidades dentro de las cuales fue contraída por todos los deudores juntamente [...] Estas son las in rem, rei coherentes, que todos los deudores podrán oponer igualmente al acreedor. ± n.º 380. ii. Pero, así, ¿cuáles vendrán a ser las excepciones de la segunda clase, que en su terminología el legislador llama excepciones que son comunes a todos los codeudores? Esta nueva fórmula restringida de entrada por la primera, no puede comprender las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación. ± La segunda clase no puede, pues, comprender sino los medios provenientes de hechos posteriores a la formación de la deuda, y que han ocasionado su extinción. Sin duda son medios reales, que todos los deudores puede invocar. Por ejemplo, el pago, la remisión. Pero no todos los modos de extinción de las obligaciones constituyen indistintamente medios comunes de los que todos los deudores puedan prevalerse contra el acreedor. ± n.º 381. iii y iv. Quedan las excepciones personales y las puramente personales. ± Se acaba de ver que las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación, y las excepciones que son comunes a todos los deudores, afectan la obligación común de una manera absoluta, y que por ello, afectan el vínculo particular en virtud del cual cada uno de los deudores se encuentra comprometido. Por el contrario, las excepciones personales no se refieren más que al vínculo particular de uno de los deudores; y lo que las caracteriza es que proceden de una circunstancia nacida, por así decirlo, solamente en su persona y que, en efecto, genera, solamente en su persona, un medio de defensa para sostener: sea que la obligación no se formó válidamente en su origen, sea que posteriormente se

⁸⁸⁰ Cfr. sng de 15 de junio de 1940, xlix, 721.

⁸⁸¹ Así, Abeliuk. /DV REOLJDFLRQHV L Q S V V H x D O D F R P R ' H [F H S F L R Q H V S H U V R Q D O H V ' las modalidades en cuanto afecten al vínculo del deudor que opone la excepción, el beneficio de competencia y la cesión de bienes, la transacción, salvo en cuanto envuelva una novación.

⁸⁸² R P D W O X H J R G H D Q R W D U T X H O D V H [F H S F L R Q H V ' T X H O R V R E O L J D G R V V R O L G D U L D P H Q W H S X H G H Q W H Q

POTHIER, esto es, por la individualización absoluta de las excepciones “personales” de los codeudores solidarios, pues en lo que respecta al fiador sí lo autorizó para oponer al acreedor la compensación de lo que este le deba al deudor principal⁸⁸³. Se ha censurado la imprecisión en que incurre al clasificar las excepciones, a la vez que se encomia la sobriedad del código de BELLO al respecto⁸⁸⁴. Verdad sea dicha, la clasificación de las excepciones en reales (*in rem*) y personales (*in personam*) no es del todo perspicua y nítida⁸⁸⁵.

232. posición de los herederos del deudor solidario

Si el deudor solidario fallece, sus herederos pasan a ocupar su lugar y asumen la deuda con su aceptación de la herencia (arts. 1282 y ss. c. c.). La deuda del deudor solidario frente al acreedor es por el total: el original o el del saldo insoluto, y todos los herederos, en cuanto continuadores de las relaciones jurídicas del difunto, responden por ese total. Pero en lo concerniente a cada cual, se produce la división de la deuda en proporción a su cuota en la herencia (arts. 1155 y 1411 c. c.). Entonces, el acreedor podrá cobrar la totalidad de su acreencia, tanto a cualquiera de los demás deudores solidarios como a todos los herederos del deudor difunto, pero a cada cual de estos no podrá exigir sino la cuota que le corresponda, conforme a la porción que haya heredado (art. 1580 c. c.)⁸⁸⁶. Aquí se presenta, sin duda, una desmejora del derecho del acreedor, quien, a pesar de la solidaridad y de que esta no permite la división de la parte deudora (art. 1571 c. c.), se encuentra súbitamente ante el hecho de que la muerte desastilla, por así decirlo, lo que era y habría de seguir

limitan a sus personas, sino que miran a la obligación común, proveen a descargar a todos los obligados, pero que las

H[FHSFLRQHV SHUVRQDOHV GH DOJXQRV GH ORV REOLJDGRV > @ QR LPSLGHQ HO HIHFWR GH OD VRO

3HUR VL XQR GH ORV GHXGRUHV WHQD XQD H[FHSFLYQ SHUVRQDOV EXCEPCIONES DE LOS GHXGD HQ VX SI

otros en dicha porción. Así, por ejemplo, si uno de los deudores fuera a su vez acreedor del acreedor común, sus coobligados

podrían demandar la compensación hasta concurrencia de esa porción. Y por el excedente de lo debido por su acreedor a

DTXHO FRREOLJDGR HOORV QR SRGU DQ GHPDQGDUD OD FRPSHQVDFLYQ PHQRV TXH KXELHUDQ DGTXL

Les loix civiles dans leur ordre naturel, cit., part. i, liv. iii, tit. iii, sect. i, viii, p. 249. De su lado, Pothier, invocando a

3DSLQLDQR ' FLW DUJXPHQWD HQ FRQWUD GH RPDW ' &XDQGR XQ GHXGRU VROLDGR

que vis a vis de sus codeudores que se le reputa pagar por ellos las partes que cada uno debía de dichas deudas, no siendo

responsables de la deuda los codeudores, cada uno, más que por su parte; mas siendo un deudor solidario vis a vis del

acreedor deudor por el total, cuando paga el total, no es vis a vis del acreedor que él ha pagado las partes de sus codeudores;

él ha pagado lo que él mismo debía, y por consiguiente no puede oponer más que lo que a él le es debido y no lo que se debe

D VXV FRGHXGRUHV ' TUDLWp GHV REOLJDWLQRV FLW Q

⁸⁸³ Los preceptos correspondientes del code civil français son el art. 1208, quH SUHFHSW~D ' (O FRGHXGRU VROLDGDLR SHUVHJXLGH el acreedor puede oponerle todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas aquellas que le sean personales, así como aquellas que sean comunes a todos los codeudores. ± [Pero] No puede oponerle las excepciones que VHDQ SXUDPHQWH SHUVRQDOHV D XQR GH ORV GHPiV FRGHXGRUHV HO DUW TXH DJUH compensación de lo que el acreedor le debe al deudor principal, pero este no puede oponer al acreedor en compensación lo que este le deba al garante. ± El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor le debe a su FRGHXGRU HO DUW ' (O ILDGRU SXHG RSRQUH DO DFUHHGRU WRGDV ODV H[FHSFLRQHV TXH TXH HO FRGLFH FLYLOH HQ VX DUW SUHYp ' (O ILDGRU SXHG RSRQUH HQ FRPSHQVDFLYQ OD el deudoU SULQFLSDO ' HQ HO DUW ' (O ILDGRU SXHG RSRQUH DO DFUHHGRU WRGDV ODV H[FHSFLRQHV SULQFLSDO VDOYD OD GH LQFDSDFLGDG '.

⁸⁸⁴ Así Claro Solar. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, cit., t. 10, n.º 490 y s., p. 438 y s. Cfr. los arts. 1520 y 2354 c. c. chileno y los correspondiente arts. 1577 y 2380 c. c. colombiano.

⁸⁸⁵ 2VSLQD HUQiQH (O UpJLPHQ JHQHUDO GH ODV REOLJDFLRQHV FLW Q S VREUH O LSVR LXUH ' H VLPD SUKLEFLYQ TXH WUDHQ ORV FyGLJRV DO HIHFWR HV XQD ' LQFRQVHFHQFLD > el deudor demandado responde de la totalidad de la deuda, tenga derecho a probar, mediante los libros y papeles de otro de sus codeudores, que su obligación para con el acreedor se ha extinguido ipso iure y que ya solo debe al deudor cuyo crédito VH KD FRPSHQVDGR OD SDUWH R FXRWDTXH DO SULPHUR OH FRUUVSRQGH HQ OD GHXGD FRP~Q ' (OOR TXLHUH GHFLU TXH ' HO YQFXOR GH VROLDGRU Q R MLD UHSRQGH HQ QHNS/WRPDQ HO SXHVWR GH DFUHHGRU R GH GHXGRU VROLDGDLR GLIXQRV SUHFLVDPHQWH FRPR FRO

⁸⁸⁶ Geri et ál. Obbligazioni e contratti, cit., p. 59.

siendo un solo tronco: todos los herederos deben el total, pero cada uno de ellos debe solamente su cuota, con lo cual se multiplican los esfuerzos del cobro y los riesgos de insolvencia. De ahí la importancia que adquiere el pacto de indivisión estudiado atrás (*supra* n.º 193 y ss.), que establece un nexo más intenso, inmune a las vicisitudes de muerte o liquidación del sujeto deudor, por encima de las ventajas que para el acreedor trae consigo la solidaridad pasiva. Sin más, compárese la situación del acreedor en los arts. 1581 y 1583 [4.º] c. c. Sin embargo, en la vida de los negocios no se emplea esta figura; bien podría decirse que se la ignora.

233. solidaridad pasiva e indemnización de perjuicios

La solidaridad comprende de suyo los accesorios y acrecimientos de la obligación y se proyecta tanto sobre la ejecución específica como sobre la que se adelante por el subrogado pecuniario de la prestación. Pero no abarca la indemnización de perjuicios por el incumplimiento. Producido este fenómeno, consista en la sola mora o llegue hasta el incumplimiento definitivo, total o parcial (arts. 1613 a 1615 c. c.), la indemnización, sea la ordinaria, sea la prefijada en cláusula penal (arts. 1592 y ss. c. c.), corre a cargo del deudor que incumplió, y si fueron varios los infractores, todos ellos responden solidariamente (art. 2344 c. c.)⁸⁸⁷. El art. 1578 c. c. previene para el caso de obligación de cuerpo cierto, que si este “perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados al precio, salvo la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso”⁸⁸⁸. Esta salvedad no se aplica a las obligaciones de pagar dinero y de entregar géneros, “imperecederas por naturaleza”⁸⁸⁹. Una vez más se hace presente la distinción, en que se ha venido insistiendo desde un principio, dentro de la responsabilidad inherente a la obligación, entre la permanencia del débito con posibilidad de su ejecución forzada *in natura* o en su equivalente pecuniario, y el surgimiento de la obligación resarcitoria de los daños y perjuicios que el incumplimiento ocasione al acreedor, moratorios o compensatorios, totales o parciales, en la medida en que se causen o en que hayan sido preestablecidos. Pero, de otra parte, surge inquietud sobre el alcance que haya de dársele a esa especificación de la clase de prestación incumplida, si se la entiende circunscrita a la obligación de “cosa” o se la considera aplicable, por analogía, a la inexecución de las demás prestaciones. En este último caso, por lo menos habría que excluir la prestación pecuniaria, ante cuyo incumplimiento el acreedor insatisfecho naturalmente puede cobrar los intereses moratorios a cualquiera de los deudores, a todos o a varios.

234. la responsabilidad “in solidum”*

⁸⁸⁷ 3/D □ QRUPD □ GHO □ DUW □ civil, al f. 100. La un principio de responsabilidad común de los codeudores (así sea dentro de ORV □ OPLWHV □ GHO □ SDJR □ GHO □ YDORU □ GH □ OD □ SUHVWDFLyQ □ GHELGD □ HQ □ FDVR □ GH □ LQFXPSOLPLHQWR □ SR FRQFUHWD □ HO □ UHVDUFL □ HQW □ XQW □ FRPR □ XQD □ PDQLHVWDFLyQ □ GLUHFWD □ GHO □ YtQFXOR □ GH □ FR codeudores y, al mismo tiempo, como una consecuencia lógica de la existencia de una cotitularidad del débito, que permite configurar el hecho culposo del codeudor singular U □ FRPR □ LQFXPSOLPLHQWR □ GH □ tQWHJUR □ HO □ JU □ GHXGRU □ (□ □ %LJOLD]] Obligazioni e contratti, cit., p. 57.

⁸⁸⁸ Así, Pothier. Traité des obligations, cit., n.º 273 y art. 1205 code civil fr., que al igual que el código de Bello nada previene relativamente a las demás prestaciones.

⁸⁸⁹ Así, cas. de 17 de junio de 1941, li, 565.

* M. Mignot. Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, Paris, 2002.

El derecho francés, en el ánimo de vincular la responsabilidad común de los varios coautores de un daño resarcible, teniendo el escollo de no contar con disposición a propósito (cfr. art. 2344 c. c.), acuñó pretorianamente⁸⁹⁰ la figura de la *solidaridad imperfecta* o de las obligaciones *in solidum* que venía de la hipótesis de la obligación alimentaria, a fin de erigir una protección extraordinaria del acreedor contra el riesgo de insolvencia de alguno o algunos de los deudores⁸⁹¹. Figura por cierto bastante alambicada, que se dice diferente de la solidaridad propiamente dicha en cuanto a los efectos secundarios de esta: interrupción de la prescripción, constitución en mora, responsabilidad por los intereses moratorios, cosa juzgada, y que en rigor sería distinta en cuanto “en la solidaridad las varias relaciones obligatorias surgen de una misma fuente, lo que explica que tengan el mismo objeto, en tanto que en la obligación *in solidum* las deudas emanan de fuentes distintas, lo que impone explicar por qué tienen un mismo objeto”. No siendo utilizable allí el giro de la representación o el mandato recíproco, hubo de reconocerse que se trataba de una solidaridad no prevenida en la ley, “*resultante de la naturaleza de las cosas*”; de ahí la bifurcación: una conjunción fundada en la ley y otra en la *causalidad*⁸⁹², sin representación, para llegar a la postre a “justificar la obligación *in solidum* en la idea de garantía”, pero evitando utilizar la expresión “solidaridad imperfecta”, e incluso censurando su empleo⁸⁹³.

235. relaciones de los deudores entre sí

Frente al acreedor todos los miembros del grupo deudor se encuentran en la misma posición: deben el total y responden por él, sin que importe cuál sea su interés en la deuda, ni por qué la asumieron así. Para el acreedor todos son deudores y solidarios, y a cada cual le puede cobrar el total, sin parar mientes en cómo y por qué llegó a serlo⁸⁹⁴. Pero una vez que la obligación se extingue, desligadas por ello las partes, quedan por definir y liquidar las relaciones internas de los varios deudores entre sí, para lo cual, por así decirlo, se levanta el telón, aparecen las relaciones de los varios deudores, y ha de establecerse si en rigor son deudores o fiadores y, en su caso, en qué medida tienen interés en la deuda. Quien satisfizo al acreedor puede repetir de los demás deudores lo pagado⁸⁹⁵, sea por la vía de la subrogación (art. 1668, 3.º c. c.), sea por la vía de reintegro o reembolso (art. 2395 c. c.)⁸⁹⁶: a cada cual le puede cobrar según su interés en la deuda, previo descuento de su propia cuota, en el supuesto de que él también tenga interés en aquella, es decir que lo que los deudores tienen que soportar es proporcional al interés que cada cual tiene en la relación obligatoria. Pero si él era el único interesado, nada puede cobrarle a sus compañeros, ni por vía de subrogación, ni por vía de reembolso⁸⁹⁷. Y lo que se dice del cumplimiento es aplicable en general a los otros modos extintivos. Para la liquidación de las relaciones entre los deudores es indispensable establecer el interés de cada cual, y para ello hay que consultar sus estipulaciones y el origen de su vinculación partiendo del supuesto de que

⁸⁹⁰ Casación Gueffier, 2 de julio de 1969.

⁸⁹¹ Aubry et Rau. Cours de droit civil français, Paris, 1887, iv, § 298 ter, n.º 6.

⁸⁹² 38QD UHODFLYQ GLUHFWD HQWUH FDGD FXOSD OD WRWDOLGDG GHO GDxR > @ & DGD FXOSD FRQFXUUL Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 1070, p. 1115.

⁸⁹³ Malaurie et Ayns. Obligations, cit., n.º 1165 y ss., p. 707 y ss. y notas.

⁸⁹⁴ Cfr. cas. de 30 de marzo de 1936, xliii, 747.

⁸⁹⁵ 3Q VLJQLILFDGR SULPRUGLDO GH ODV REOLJDFLRQHV VROLGDULDV UDGLFD HQ OD DFFhyQ GH UHJUHVVR' 661, p. 338.

⁸⁹⁶ Cfr. cas. de 27 de septiembre de 1943, lvi, 163.

⁸⁹⁷ Así, cas. de 17 de noviembre de 1960, xciv, 76.

todos son interesados y en la misma medida, mientras no se demuestre lo contrario⁸⁹⁸ (cfr. arts. 2.º Ley 28 de 1932 y 69 c. s. t.). La regla de oro de la solidaridad es la paridad de trato, acá entre los deudores, pero lo mismo se predica entre los acreedores⁸⁹⁹.

236. subrogación del codeudor que pagó

“El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago [es decir, que le haya implicado un sacrificio patrimonial directo o indirecto], queda subrogado en la acción del acreedor”, dispone el art. 1668 [3.º] c. c. La subrogación personal como sustitución total o parcial del acreedor por un tercero que lo satisface, es eficaz *ope legis*; el tercero subentra en la posición del acreedor, con todas sus ventajas, privilegios y seguridades, pero también con todas las contrapartidas y riesgos (arts. 1666 y 1670 c. c.). Para que se dé la subrogación es indispensable que la ley así lo ordene (art. 1666 [1] c. c.). En esta oportunidad la norma estatuye la subrogación (arts. 1668 [5.º] y 1579 c. c.; 632 c. co.) como medida protectora de quien hubo de pagar una deuda en la que no tenía interés, limitada a la efectividad de dicha circunstancia y, ante todo, con un temperamento de sus derechos en consideración a los restantes componentes de la parte que se hallan en condiciones análogas. De ahí por qué, de un lado, la investidura del pagador en todos los derechos del acreedor se circunscriba a la parte que no le correspondía, o sea aquella en la que no tenía interés en la deuda, esto es, en cuanto era ajena; y de otro lado, por qué no lleve consigo la solidaridad, que desaparece por el hecho de la satisfacción del acreedor, de modo de dejar a todos los deudores en paridad de condiciones (nivelación de ellos) (art. 1579 [1] c. c.).

237. distribución de la deuda y del riesgo de insolvencia

En la liquidación final cada deudor debe soportar lo que le corresponde como interesado: así, si quien paga era, internamente, el único deudor, mal podría volver contra sus compañeros, simples garantes. Cada deudor restante debe contribuir en la medida de su interés: la prestación, sin más divisible, se distribuye entre todos los interesados proporcionalmente a la cuota de cada cual. Si la satisfacción del acreedor se dio por varios de los deudores, opera en favor de todos ellos la subrogación por partes, de conformidad con la contribución de cada cual, sin preferencia entre ellos (cfr. art. 1671 c. c.). Cuando dentro de los deudores restantes unos eran interesados y otros no, los primeros deberán su cuota a quien o quienes cumplieron por ellos, y los demás serán considerados meros garantes (art. 1579 [2] c. c.), tomados como simples fiadores (arts. 2379 y ss. c. c.)⁹⁰⁰, con subrogación ulterior frente al deudor o los deudores verdaderos por lo que hayan tenido que pagar por cuenta de ellos (art. 1668 [3.º] c. c.), adicionalmente a la acción propia de reembolso e indemnización (art. 2395 c. c.).

En esta distribución de los riesgos, la cuota del deudor insolvente se reparte entre los demás interesados, que en esa coyuntura resultan fiadores en lo que respecta a ella y han de

⁸⁹⁸ (O□□□□□□□EJE□SUHYp□□□³/RV□GHXGRUHV□VROLGDULRV□HVWiQ□REOLJDGRV□SRU□SDUWHV□LJXDOHV□HQ□VX□U□GHWHUPLQDGR□RWUD□FRVD'□

⁸⁹⁹ Busnelli. *Obbligazioni soggettivamente complesse*, cit., n.º 9, p. 342.

⁹⁰⁰ Para la distinción de las relaciones entre acreedor y codeudores solidarios y las relaciones de los deudores entre sí, a este respecto, cfr. cas. de 11 de enero de 2000, exp. 5208.

* V. Caredda. *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1989, i.

⁹⁰² Careda. Obbligazioni ad attuazione congiunta, cit., p. 457.

242. exposición de los deudores en caso de incumplimiento

243. relaciones internas entre los varios deudores

244. obligación negativa con sujeto pasivo plural

alguna cosa, si lo que él se ha obligado a no hacer es cosa indivisible, como si se ha obligado para con su vecino a no impedirle el paso por sus heredades, la contravención hecha por uno solo de sus herederos da lugar a la acción contra todos los herederos, para que se les hagan prohibiciones, y sean condenados a daños y perjuicios; con esta diferencia, que aquel que ha hecho la contravención debe ser condenado por el total, y que los otros deben ser condenados solamente en cuanto a la parte por la cual son ellos herederos, y salvo su recurso contra aquel que ha hecho la contravención, para que sea obligado a

impide el logro; la obligación subsiste la misma o convertida en dinero, y en este caso es divisible y se puede exigir por partes, pero los perjuicios los debe quien incumplió, es decir, el responsable del insuceso.

VI. cotejo de las obligaciones subjetivamente plurales

245. comparación entre las varias obligaciones subjetivamente colectivas

Para concluir este tema resta destacar comparativamente los rasgos de cada una de las cuatro categorías de obligaciones subjetivamente colectivas, a fin de precisar mejor sus caracteres y, por tanto, las diferencias entre ellas. Partiendo del supuesto básico de la pluralidad de sujetos en una misma parte, el principio fundamental es el de que cada deudor debe su cuota y cada acreedor no tiene derecho sino a la suya (obligaciones conjuntivas o dividuas). Regla que puede alterarse en razón de la naturaleza del objeto, que al no permitir fraccionamiento alguno, impone la unidad de la actuación y unifica materialmente a los varios componentes de cada grupo, mientras subsista aquel fundamento (obligaciones indivisibles). También se modifica el régimen común por la configuración del vínculo, no sometido a aquellas contingencias de oportunidad, de suerte que no cabe división porque las relaciones singulares están concebidas y dispuestas negocial o legalmente para permanecer unidas hasta su extinción total (obligaciones solidarias). Hay prestaciones de suyo independientes que, sin embargo, pueden resultar fundidas funcionalmente por la articulación teleológica que establece su fuente en beneficio específico del acreedor, que perdura mientras sea esperable *in natura* (obligaciones de actividad conjunta). Por último, como medida de orden práctico, puede estipularse que el pago de todos modos haya de hacerse unitariamente, por encima de las reglas ordinarias, de la naturaleza del objeto o del contenido del vínculo (obligaciones indivisibles *solutione tantum*).

246. generalidades

Una vez más se insiste en que el objeto de la obligación, característico suyo y distinto del de toda otra relación jurídica, por similar que se muestre, es una conducta del deudor: la prestación. Deber de colaboración intersubjetiva, la obligación tiende a satisfacer el interés del acreedor con un servicio determinado: acción u omisión, simples o compuestas, separadas o coordinadas, simultáneas o sucesivas, en cualquier orden o en uno determinado⁹⁰⁷. Tal cooperación implica la necesidad de adopción de una actitud y de una conducta ciertas, fundamentalmente a cargo del deudor, pero que en oportunidades implica cierta disposición y aun concurso del acreedor, que no podría calificarse en modo alguno de obligación correlativa o complementaria suya, sino que ha de incluirse en la visión global del funcionamiento del vínculo para juzgar, llegada la oportunidad, la actuación de aquel y distinguir entre cumplimiento, allanamiento, no cumplimiento e incumplimiento⁹⁰⁸.

Acá ha de repetirse que uno de los servicios económica e históricamente más significativos ha sido y sigue siendo el de entregar bienes o permitir que otro goce o disfrute de ellos, dentro de los linderos de cada figura normativa o social, de modo que en la consideración del aspirante a obtenerlo lo definitivo es la detentación de la cosa, la posibilidad de ejercer derecho sobre ella, para lo cual la actividad o la abstención del deudor no es sino un paso o etapa. En las obligaciones cuyo contenido se agota en una mera conducta, el deudor es sujeto pasivo de la relación, a la vez que “objeto”, porque este es su prestación. Mientras que en aquellas que se proyectan sobre una cosa, a más de lo anterior, se tiene la necesidad de la presencia de una porción del mundo exterior o de un derecho, aparte de la conducta indispensable para alcanzarlos, o sea que de por medio hay una duplicación o un desdoblamiento en lo que tiene que ver con el interés y la función del vínculo: la prestación: la conducta y la cosa misma, y la naturaleza de esta en sí y en su consideración singular dentro de la fuente que determina el tratamiento que haya de dársele a la relación jurídica, en especial a la subjetivamente compleja.

247. complejidad de la prestación

Pero, dejando de lado la anterior precisión, el hecho es que en esta clase de prestaciones, al igual que en las restantes, de ordinario la conducta del deudor es compleja, comprende acciones y abstenciones varias, sólo que se las toma como si formaran un solo haz, en su unidad funcional, unitariamente, dentro de lo posible, y cuando no se puede prescindir de su pluralidad, se insiste en aquella tendencia unificadora, al considerar cada paso integrado teleológicamente dentro del proceso global.

⁹⁰⁷ &RQ UHODFLyQ DO REMHWR \ DO FRQWHQLGR GH OD REOLJDFLyQ VH VXHOHSLQIAWYQJXLU HQWUH R obligaciones (objetivamente) *complejas* o *colectivas* o *múltiples*, según se quiera. Las primeras son aquellas que tienen una sola prestación y si en la obligación hay de por medio una cosa material, se refieren a una sola cosa. Las segundas, en cambio, son aquellas respecto de las cuales en la relación puede haber, por distintos aspectos y con eficacia variada, varias prestaciones (o una prestación con varios objetos, que por lo demás, probablemente implica también una hipótesis de pluralidad de prestaciones, así sean de la misma índole. Estas últimas, a su vez, se subdividen en *cumulativas*, *alternativas* y *con facultad alternativa* RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, en *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA. *Delle obbligazioni* (art. 1285-1320), 2.ª ed., Bologna-Roma, 1961, p. 1.

⁹⁰⁸ Cfr. art. 1175 *codice civile*.

De este modo surgen múltiples ejemplos de situaciones sometidas a dicho análisis: las obligaciones del arrendador consisten básicamente en la entrega de la cosa y en el mantenimiento del arrendatario en la tenencia pacífica de ella (art. 1892 c. c.), y en el contrato de suministro y en la venta con precio pagadero por cuotas o con entrega de la mercancía por lotes hay pluralidad de prestaciones (arts. 1863 [2] y 1651 c. c.; 962 y 968 y ss. c. co.); las obligaciones del vendedor se concretan en la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida (art. 1880 c. c.); la enajenación de un establecimiento de comercio se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar los elementos que lo integran (art. 525 c. co.); en cambio, la llamada donación “universal” o “a título universal” sólo comprende los bienes singularmente determinados en el inventario hecho por escritura pública (art. 1464 c. c.); la entrega debida puede ser de varios cuerpos ciertos o de varios individuos de un género: el no hacer puede ser simple o compuesto (p. ej., no hacer competencia comercial o industrial en cierto territorio y durante cierto tiempo, o esto y, además, no revelar datos secretos o reservados de la empresa (obligación de confidencialidad o de reserva); y con el acto debido ocurre lo propio: obligación de otorgar un título traslativo de dominio y de proveer luego a su inscripción en el registro; obligación de girar u otorgar un título-valor y de entregarlo seguidamente; prestación laboral continuada, o asistencia y patrocinio jurídicos a lo largo de un proceso; la posibilidad de que el deudor se comprometa tanto a labor suya como a trabajo ajeno: contrato de construcción que incluye prospección, estudio de suelos, planos y edificación; contrato de construcción con entrega “llave en mano”.

I. obligaciones de género

248. obligaciones genéricas

La obligación de dar y la de entregar, con notas comunes básicas, mueven a un intento de distinción en torno del título en razón del cual se produce la entrega, si en tradición por la índole traslativa de aquel, o en mera tenencia, con el agregado de que en algunos casos, así haya tradición, existe un deber restitutorio *in tantundem*. Según que el bien sea específico, de cosa o cuerpo cierto (arts. 1605 a 1607 y 1729 y ss. c. c.), o sea de género (arts. 1565 a 1567 c. c.), se regula la conducta del deudor mientras debe satisfacer la prestación y se juzgan los riesgos del objeto y la responsabilidad de aquel o su liberación (arts. 1567 y 1729 c. c.). Especie o cuerpo cierto en sentido estricto (*res certa*), es un bien individualizado y, por lo mismo, insustituible unilateralmente (art. 1627 [2] c. c.), determinado desde un principio o en una operación posterior. Género, en cambio, significa uno o varios individuos debidos indeterminadamente dentro de una clase o categoría próxima (art. 1565 c. c.)⁹⁰⁹. El género “solamente se designa con referencia a la categoría a la que un determinado objeto pertenece”. En el género la nota peculiar es su fungibilidad o intercambiabilidad; no hay una determinación específica o singular, sino en cuanto al número y a la clase⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ ³/D REOLJDFLyQ GH JpQHUR WLHQH OD FDUDFWHU tVWLFD GH TXH DO PRPHQWR HQ TXH VXUJH QR VH especificamente determinada, sino que tiene un objeto simplemente determinable, cuya determinación deberá hacerse, por el GHXGRU R SRU HO DFUHHGRU R SRU DPERV MXQWDPHQWH GH QWRU BNGH DellePellegrin GH XQ FRQMXQR alternative, cit., p. 12.

⁹¹⁰ Sobre el significado de *género* y su determinación, cfr. SNG de 6 de febrero de 1936, XLIII, 277.

Las partes del negocio jurídico pueden tomar como no fungibles, o sea considerar específicas, cosas que ordinariamente se tienen por genéricas, como también reducir el ámbito del género e indicar que la obligación recae sobre tal número de objetos de un género limitado.

En las obligaciones de género, aun las de género limitado⁹¹¹ mientras sean tales, el deudor asume los riesgos; sobre él no pesa deber alguno de custodia (arts. 1567 c. c. y 929 c. co.). Al paso que en el cuerpo cierto el riesgo va de cuenta del acreedor (*res perit creditoris*, y en las obligaciones de *dare rem*, en los sistemas en los que el mero contrato no transfiere el dominio ni constituye el derecho real, sino que es menester la tradición, *res perit domino*), en las de género el deudor asume, en principio, todas las contingencias que se puedan presentar (*gener non perit, genera non pereunt*) y sólo cumple con la entrega del número de objetos debidos, de las calidades señaladas en el título o establecidas luego.

De todas maneras el objeto ha de ser determinado y estarlo a cabalidad para la oportunidad del cumplimiento, dentro de su propio contexto. Lo usual es que surja determinado en la propia fuente, pero nada se opone a que la determinación sea ulterior, con tal de que allá se sienten las bases para hacerla, o que, en últimas, pueda deferirse a las costumbres y los usos correspondientes (cfr. arts. 1864 a 1865, 1877 a 1879, 2001 y 2054 a 2055 c. c.; 969 a 970 y 1264 c. co.).

Si la obligación es de cuerpo cierto o es de género es algo que depende, no tanto de las calidades intrínsecas del objeto, como de la manera como se le haya considerado en el título, es decir, es algo funcional o teleológico. A más del ejemplo ya expuesto de los billetes o monedas tomados no como dinero, sino como piezas de colección, podría pensarse en las hipótesis usuales de un libro incunable o de una botella de vino de cosecha agotada, y el más frecuente, de los granos o el petróleo, tomados como cuerpo cierto objeto de un contrato de transporte (arts. 2073 c. c. y 1008 y ss., espec. 1027 c. co.).

Además, una consideración inicialmente genérica puede resultar luego específica, por selección así prevenida (arts. 1877 a 1879 c. c.), o por la enajenación o la pérdida o la circunscripción en general de los individuos pertenecientes a la clase de donde se han de tomar los debidos, al extremo de no quedar sino aquel o aquellos cuyo número se debe: de las reses entre las cuales se habrían de tomar tantos individuos, ya no subsisten sino esos, o apenas restan en el número necesario dentro de las que reúnen las calidades previstas o a lo menos la mediana (art. 1566 c. c.). También puede darse el caso de que por la modalidad del vínculo varios cuerpos ciertos hagan las veces de géneros por su intercambiabilidad, como acontece con las obligaciones alternativas (arts. 1556 y ss. c. c.), o que haya una alternatividad legalmente ofrecida entre bien o prestación específicos y bienes de géneros, como se presenta para todo acreedor ante el incumplimiento del deudor: ejecución específica o por el equivalente pecuniario, o para el contratante cumplido o presto a cumplir en los contratos de prestaciones correlativas, que, ante el incumplimiento de su contraparte, puede optar entre perseverar en la ejecución de lo debido o pedir la resolución o terminación del contrato (arts. 1546 c. c. y 504 c. de p. c.).

En fin, no obstante que la distinción entre género y especie se contrae por lo general a las obligaciones de dar-entregar, y que es en estas en donde más se destaca el carácter fungible del género, es preciso advertir que las prestaciones de hacer dan también lugar a aquella diferencia fundamental en lo que hace a la determinación del objeto y a los alcances de la deuda y su cumplimiento. Así, p. ej., el suministro de energía por watios-hora, el de trabajo

⁹¹¹ WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrecht*, cit., II, § 255, 2; RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 13 y s.

251. obligaciones alternativas y obligaciones de género

252. incumbencia del “ius eligendi”

253. oportunidad de la elección y mora

1915 Cfr. BIANCA. *FREEOLJD/LRQH* n.º 71, p. 125 □□□³/D □OLEHUDFLyQ □GHO □GHXGRU □HV □FRQVHFHXHQFLD □GH □OD □HMHFXFLyQ □
GH □ODV □SUHVWDFLRQH □HYG □SUZINGRWDY □. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 40.

1916 RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 12.

1917 RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 8.

1918 La cas. de 29 de abril de 1907, XVIII, 106 □□ SRQH □ GH □ SUHVHQWH □ TXH □³>O □D □ OH □ FRQFHGH □ DO □ YHQGHGRU □ XQ □ GHUHI
demandar el precio o la resolución de la venta, con indemnización de perjuicios, en caso de haberse constituido el comprador
en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados; pero eso no quiere decir que la obligación correlativa de este sea
WDPELpO □DOWHUODWLYD □

salvo el recurso interno del que habiendo estado presto a cumplir resulta, sin embargo, responsable frente al acreedor, contra el verdadero responsable de la tardanza o del incumplimiento definitivo.

En tanto que si la selección corresponde al acreedor, el deudor no está en mora de ejecutar la prestación mientras aquel no le comunique cuál de las varias prestaciones escogió (art. 1608 [3.º] c. c.). Los ordenamientos sustancial y procedimental prevén el caso de escogimiento por parte del deudor, el primero para indicar que “el acreedor no puede demandar determinadamente una de las cosas debida, sino bajo la alternativa en que se le deben” (art. 1558 c. c.), y el segundo, dentro de la norma del art. 496, con la prevención de que “deberá pedirse previamente que se requiera al deudor para que haga la escogimiento dentro de tres días, y si no la hiciere, la elección pasará al acreedor” (cfr. arts. 326 y 489 c. de p. c.). Regulación que el numeral 258 del art. 1.º del Decreto 2282 de 1989 subrogó para disponer, confusamente, que el demandante ha de pedir que el mandamiento ejecutivo se dicte alternativamente, pero anticipando cuál es la prestación que él prefiere, y que si el ejecutado no cumple dentro de los cinco días siguientes la obligación que elija, ni la de preferencia del acreedor, el proceso continuará por la obligación escogida por el ejecutante. Ninguno de los dos códigos regula la situación inversa, esto es, la opción a cargo del acreedor y la renuencia de este a tomarla.

254. naturaleza jurídica del acto de elección

El acto de elección es considerado como un acto dispositivo, es decir, un negocio jurídico unilateral y propio de la persona a quien compete hacerla, que se adosa a la relación obligatoria, que la altera en el sentido de simplificarla, con la determinación final de la prestación debida, y es definitivo e irrevocable unilateralmente una vez comunicado a la otra parte por aquella que procedió a hacerla⁹¹⁹, lo que no se opone a que, previendo la relación obligatoria varias prestaciones periódicas, se haya dispuesto una opción para cada cual, caso en el que el titular de la opción habría de tomarla otras tantas veces⁹²⁰. Si lo ejecuta un tercero, como ocurre en general con el tercero que interviene con fines de determinar el objeto, ha de pensarse en la función de árbitro⁹²¹.

255. pago por consignación de obligación alternativa

Es natural tener en cuenta el interés del deudor en liberarse y, sobre todo en descargarse de los riesgos de la cosa o cosas debidas, y precisamente para atender esa eventualidad, ante la ausencia o la renuencia del acreedor, la ley previene el pago por consignación (arts. 1556 y ss. c. c. y 420 c. de p. c.), figura que dentro de sus requisitos incluye que el pago sea oportuno y se ofrezca en la forma debida (art. 1558 c. c. [13 Ley 95 de 1890, 3.ª y 5.ª]). Sin embargo, mal podría el deudor proceder a la individualización por sí y ante sí, y menos ofrecer y consignar a una los varios objetos debidos alternativamente. Entonces, lógico es pensar que la pauta relativa a la “ejecución por obligaciones alternativas” es aplicable en protección del deudor cuando la opción compete al acreedor. Así, al paso que el acreedor, cuando la escogencia corresponde al deudor, puede demandar el cumplimiento de manera

⁹¹⁹ RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 57 y s.; BIANCA. *REELJD/LRCH*, n.º 74, p. 129. Cfr. art. 1286 [2] *codice civile*.

⁹²⁰ MALAURIE et AYNES. *Les obligations*, cit., n.º 969, p. 574.

⁹²¹ Cfr. BIGLIAZZI-GERI et al. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 40 y s.

924 ³(Q□ SULQFLSLR□□ HQ□ FDVR□ GH□ SOXUDOLGDG□ GH□ VXMHWRV□□ OD□ GHFLVLyQ□ GH□ OD□ HOHFFLyQ□ SXHGH□ VH unanimidad, salvo que en el caso específico una mayoría calificada o, sin más, una mayoría simple, sea suficiente dada la naturaleza particular de la relación que vincula a la pluralidad de sujetos llamados a hacer la elección, p. ej., en el FRQGRPLQLRUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, p. 75 y s. *Versus*, BIANCA, *¶REEOLJDflet* *Reit.*, n.º 76, p. 133 □V□□□□³/D□ regla de la unanimidad necesaria desembocaría en la paralización del ejercicio de la elección, con la consecuencia de su

259. elección por un tercero

Por último, por razones de plenitud, es menester anotar que si bien lo usual y lo que los códigos regulan a propósito de la competencia para escoger la prestación que ha de ejecutarse es la atribuida a las partes: deudor, acreedor⁹²⁵, nada se opone a que ellas la defieran a un tercero⁹²⁶. Para el derecho nacional, tratándose de una “determinación” del objeto, no sería menester acudir a “las reglas generales de derecho (art. 8.º Ley 153 de 1887), pues bastaría la *analogia legis*, con las normas que regulan la determinación de aquel por parte de un tercero (*supra* n.º 171), a quien incumbe una decisión de hecho *arbitrium boni viri*”⁹²⁷.

260. enajenación de objetos alternativamente debidos

En las obligaciones de género, como se sabe, el deudor puede disponer a su arbitrio de los individuos con aptitud para el pago que tenga en su poder, con tal de entregar los que deba en oportunidad, sin otra salvedad en favor del acreedor que la de su reclamo porque no correspondan a los debidos en su número y calidad (art. 499 c. de p. c.). Al paso que en las obligaciones alternativas, la posibilidad de disposición o de destrucción del deudor está subordinada a la consideración de quién ha de hacer la elección y del número limitado de individuos con los cuales se pueda satisfacer al acreedor.

III. obligaciones facultativas

261. obligaciones facultativas

Las obligaciones facultativas, a diferencia de las alternativas, no previenen una pluralidad de objetos debidos. El contenido de la obligación es uno solo y una sola, por tanto, la prestación debida. La facultad consiste en que el deudor puede satisfacer al acreedor, válida y eficazmente, ora con el único objeto debido, ora con otro indicado previamente como sustituto, y así se libera (art. 1562 c. c.)⁹²⁸.

No existe limitación en cuanto a las calidades y la naturaleza de las dos prestaciones. Lo único exigido es que en el título se determine el objeto básico de la obligación, como también aquel otro de que el deudor puede echar mano, llegada la oportunidad del cumplimiento. El acreedor no es quién para determinar con qué ha de pagársele, ni para exigir el relevo en caso de pérdida, fortuita o culpable, a fin de obtener algo distinto de lo que se señaló en la fuente, o sea el objeto principal, para él único en cuanto a su posibilidad de pretensión (art. 1563 c. c.). Así, perdido este o imposibilitada culpablemente la prestación, puede demandar su equivalente pecuniario y la indemnización de perjuicios,

caducidad. A la inversa, parece apropiada la aplicación de la regla de la mayoría, como regla de fondo para los grupos, con o

⁹²⁵ Así el art. 1190 *code civil fr.*, el § 262 BGB y el art. 1557 [2] c. c. Cfr. MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 969, p. 574.

⁹²⁶ El art. 1287 *codice civile* prevé expresamente la posibilidad de que la elección se defiera a un tercero y dispone que si este no la hace oportunamente, la facultad se traslada al juez.

⁹²⁷ RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 82 y ss.

⁹²⁸ SVT □ □ TLXHQ □ FRPSUy □ D □ RWUR □ XQ □ LQPXEHOH □ SRU □ XQ de Vallín, *Debe el idioma de los bediles*, cit., p. 90. Cfr. art. 1947 c. c.

mas no el objeto suplente. En tanto que el deudor cumple al realizar la prestación sustitutiva, libre de indemnizaciones, como también puede cancelar, espontánea o coactivamente, aquel subrogado dinerario y los perjuicios derivados de su incumplimiento. Y sin necesidad de pérdida, el deudor puede derechamente pagar con la prestación suplente, sin que el acreedor esté autorizado para objetar el relevo ya previsto (arts. 1626 y 1562 c. c.). Al paso que si se hace imposible la prestación principal (única exigible por el acreedor) sin culpa del deudor, posiblemente por caso fortuito o de fuerza mayor, el deudor queda libre, siempre que sea de cuerpo cierto o específica (arts. 1563 y 1729 y ss. c. c.), pues nada impide que, por fuera de la previsión concreta de la norma, las partes, en ejercicio de su autonomía, convengan la posibilidad de sustituir una prestación genérica con otra del mismo orden o con una específica, situación ante la cual los poderes del acreedor y los riesgos del deudor se regirán por los patrones propios de la prestación principal, sin perder de vista la posibilidad de su sustitución. En fin, si el deudor opta por sustituir la prestación principal y ejecutar la suplente, en cuanto ejerce esa *facultas alternativa*, los riesgos pasan al objeto sustituto⁹²⁹. Esa opción no está sometida, obviamente, a las reglas y trámites propios de la obligación alternativa: simplemente el deudor ejecuta la prestación sustituta⁹³⁰.

La obligación facultativa, también llamada alternativa facultativa, que regulan los códigos⁹³¹ y a la que en general se hace referencia, es la facultativa pasiva, o a opción del deudor. Pero también puede darse, por decisión negocial o por norma legal, la facultativa activa o a opción del acreedor, de la que son ejemplos nítidos la que tiene dicho sujeto ante el incumplimiento del deudor: pretender la ejecución de la prestación original o su equivalente pecuniario, y aquella que deriva de la cláusula penal: el acreedor, ante la mora del deudor puede optar por hacerla efectiva o demandar la indemnización ordinaria de perjuicios⁹³², y cuya concepción y tratamiento han de ser análogos a los de aquella, con la precisión de que lo que debe el deudor es la prestación propiamente dicha o principal, y llegará a deber la suplente y habrá de ejecutarla sólo en el evento de que oportuna y legítimamente el acreedor la escoja.

262. imposibilidad sobrevenida

Otra precisión importante es la de que acá, cual ocurre en la obligación facultativa pasiva, la imposibilidad sobrevenida de la prestación principal comporta la extinción de la obligación, con liberación del deudor, una y otra soluciones en razón de que la prestación sustituta no está *in obligatione*, y dado que la *facultas* subsiste hasta cuando el acreedor es satisfecho o la obligación se extingue por cualquier otro medio⁹³³.

263. prevalencia de la obligación alternativa

Siendo factible, como es, dudar delante de una situación concreta sobre la naturaleza del vínculo: si se trata de obligaciones alternativas o de obligación alternativa, la ley políticamente dispone que, no pudiéndose definir el punto con seguridad por una de las dos,

⁹²⁹ Cfr. MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 96.

⁹³⁰ BIANCA. *¶REEOLJD/LRQH* n.º 80, p. 140.

⁹³¹ El *code civil français* no regula la obligación facultativa.

⁹³² Cfr. MAZEAUD et CHABAS. *Leçons de droit civil, Obligations*, t. II, 1, cit., n.º 1049, p. 1103.

⁹³³ RUBINO. *Delle obbligazioni alternative*, cit., n.º 9, p. 36 y ss.; BIANCA. *¶REEOLJD/LRQH* n.º 80, p. 140 y s.

se considerará que la obligación es alternativa (art. 1564 c. c.), con una innegable preferencia por los derechos del acreedor, cual sucede por lo general en las opciones legislativas.

La diferencia entre las dos categorías estriba, ante todo, en que en la alternativa se deben los varios objetos, pero se cumple con uno solo, mientras que en la facultativa se debe una sola prestación, pero el deudor puede cumplir con otra.

cuarta parte
vicisitudes de la obligación

sección primera
modificación de los elementos estructurales de la relación obligatoria

introducción

264. generalidades

Aunque pudiera decirse que la relación obligatoria está llamada o tiende a mantenerse entre unos mismos sujetos, no siempre sucede así. Desde el momento en que surge la relación jurídica hasta cuando se extingue, cualesquiera que sean su fuente y la razón de ser de su desaparición, pueden operarse, y de hecho suceden con frecuencia, modificaciones en sus elementos estructurales: sujetos activo y pasivo y objeto, con la agregación complementaria del contenido. Y en lo que respecta a aquellos, valga destacar la presencia de antiguo de las obligaciones ambulatorias, reales, cuyo deudor varía con las transferencias del derecho de dominio del bien al que son inherentes, y también de relaciones obligatorias que están llamadas a “circular”: los títulos de crédito, cuya función es crear crédito y en especial dinero secundario, con vocación de pasar de mano en mano, provistos de una disciplina enderezada a garantizar la confianza y agilizar su circulación (tít. III, lib. 2.º, c. co.).

En sus orígenes el nexo desaparecía con la defunción de cualquiera de las partes y no se admitía la posibilidad de cambio alguno en estas o en la prestación o en la trama de la relación. Más tarde se aceptó la sustitución subjetiva por causa de muerte en cualquiera de los dos campos y, luego, el relevo personal, o del objeto, o del contexto, por iniciativa de los interesados con el mecanismo de la novación, entendida como la sustitución de una obligación por otra (arts. 1687 y 1690 c. c.), con los inconvenientes anejos a la extinción de la primitiva, en especial por el aspecto de sus privilegios, garantías y seguridades y la limitación de la reserva de las cauciones (cfr. arts. 1700 a 1704 c. c.). Poste-riormente se idearon las figuras de la subrogación y de la cesión de crédito como medios para realizar un cambio de sujeto activo sin mengua del derecho y la relación y, por último, más recientemente, la asunción de deuda y la cesión de contrato han venido a complementar, cuando no a reemplazar, a la novación por cambio de sujeto pasivo (arts. 1690 [3.º] y 1694 a 1698 c. c.; 887 a 896 c. co.)⁹³⁴. El caso es que hoy, el principio fundamental al respecto es el de que cualquiera de los sujetos que integran las partes de la relación crediticia u obligatoria puede cambiar: el acreedor o cualquiera de ellos; el deudor o cualquiera de ellos.

A propósito de las alteraciones: sustitución total o parcial, egreso de sujetos o de objetos, ingreso de unos u otros, y de su repercusión sobre la relación en curso, es oportuno reiterar la distinción entre el concepto estricto de la relación jurídica, simple e inalterable, y la idea de la relación compuesta, más dúctil, que sigue viéndose una y la misma, aun cuando se halle integrada por varios haces o en el transcurso del tiempo cambien sus elementos primitivos, con tal que funcionalmente, dentro de una consideración política normativa,

⁹³⁴ Cfr. §§ 414 a 419 y 783 y ss. BGB, y en especial los arts. 1268, 1276 y 1406 a 1410 *codice civile*.

⁹³⁶ El art. 765 [1]@□VH□UHLHUH□D□P□GHQRPLQ□QGRCR□RSERFR□V□W□B□G□Z□X□Y□R□
HMHPSOR□GH□DGTXLVFLV□O□RULJLODULD□GHO□FU□GLWR□□OD□WG□D□L□V□M□R□OGHH□V□N□F□P□T□R

nadie” (art. 685 c. c.). Y a renglón seguido se entra en la precisión de situaciones que son diferentes, pero a las que el ordenamiento les atribuye un mismo resultado. Así, la caza y la pesca, pensando en las primeras actuaciones individuales del animal para su subsistencia, “son especies de ocupación”, sin que haya lugar a distinguir entre si la presa es aprehendida por primera vez o si, habiendo sido ya capturada por otro, se le escapó y recuperó su libertad (arts. 687 y 693 c. c.). Así mismo hay adquisición originaria en la *invención* o *hallazgo*, tanto en la acepción tradicional: “especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio apoderándose de ella. De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar, y que no presentan señales de dominio anterior. Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante” (art. 699 c. c.), que comprende también el tesoro, o sea: “las monedas o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria ni indicio de su dueño” (art. 700 c. c.); como en la acepción, ya no sinónima de hallazgo, sino de novedad genuina: creación del espíritu, sea el artístico, comprensivo de todas las artes, mayores y menores, sea el científico, sea el tecnológico, que desembocan, todos, en el concepto de “propiedad intelectual”, derecho de autor (leyes 23 de 1982, 29 de 1944 y 44 de 1993, Decisión andina 351 de 1993, Dcto. 460 de 1995), sea el aplicado, pragmático, comercial, que se proyecta en el concepto de “propiedad industrial” (tít. II, lib. 3.º: “De los bienes mercantiles”, del código de comercio; Convenio de París y sus revisiones y enmienda: Ley 178 de 1994 y Dcto. 117 de 1994), y cuyo crecimiento en prestancia y provecho individual y social es inconmensurable.

268. la usucapión

Hay adquisición originaria en la ocupación de los bienes que no han tenido titular alguno (*res nullius*), en la de objetos poseídos atrás por alguien, pero luego abandonados (*res derelictae*, tesoro, hallazgo, arts. 685, 699 y 700 c. c.), en la propiedad intelectual e industrial, y, además, en la usucapión (art. 2518 c. c.). Característica de este género es la autofundamentación o autosuficiencia del título actual; el derecho de hoy vale por sí solo, con absoluta independencia de cualquier antecedente, caso de existir; es más, presupone o implica la ruptura o, mejor, la cancelación de él. Especialmente ha de destacarse este aspecto en las figuras de aprehensión de cosas abandonadas y en la prescripción adquisitiva, mejor llamada *usucapión* (arts. 2518 y ss. c. c.). En el primer caso, se hace indispensable la pérdida del derecho inicial (*derelictio*) para la adquisición³; en el segundo, la adquisición lleva consigo la desaparición del derecho primitivo, por su incompatibilidad con el nuevo. La pérdida es allá (en el abandono) un *prius* lógico y cronológico, en tanto que aquí (en la usucapión) ese *prius*, en ambas dimensiones, lo es la adquisición⁴. En la

³ § 1. GLIHHQFLD GH OR TXH VXSRLHODS LA APROPIACIÓN AQUÍ está integrado por la existencia del derecho, sino por la falta de dueño. La propiedad de quien abandona la cosa se extingue; la apropiación crea una propiedad nueva, que por WLHPSR FRQWHQLGR QR VH UHODFLRQD FRQ VXIHQ DEREGOR. *Doctrina general del derecho civil alemán*, cit., vol. II, 1, § 44, II, p. 45.

⁴ § 3. D DGTXLVLFLYQ SXHGH VHU RULJLDULD DXHQH HDSMLDQWUHL DAVQDGHU. El sujeto; es originaria si el derecho actual no deriva del anterior, por tener un *factum* constitutivo propio. En este caso no existe sucesión sino varios derechos que toman uno el lugar de otro; este proceso lo denominamos suplantación o sustitución, según que el *prius* lógico lo constituya el nacimiento del derecho nuevo o la extinción del antiguo. La suplantación se presenta cuando el derecho precedente termina porque su subsistencia sería incompatible con el derecho nuevo. El caso más importante de suplantación

Valga insistir en ello: en el ejemplo más elemental y, si se quiere, arcaico, para que el “ocupante” del objeto arrojado a la multitud pueda adquirir por ocupación ese bien, es menester que su propietario lo haya abandonado, esto es, que haya abdicado de su derecho de dominio, precisamente lanzándolo. En tanto que en la “prescripción adquisitiva” (*rectius*, usucapión) el dueño puede llamarse antiguo (ex) solamente en razón de que otro sujeto lo ha desplazado; ya no es más dueño, porque alguien adquirió el dominio por sus propios actos prolongados en el tiempo, y su adquisición produce la pérdida del derecho antecedente. El art. 2512 c. c., al definir la prescripción adquisitiva, resalta que “es un modo de adquirir las cosas ajenas”, es decir, que tienen otro dueño, quien no deja de serlo sino en tanto y en cuanto un poseedor continuo lo sustituye, lo cual no ocurre, y apenas hay para qué advertirlo, automáticamente, sino en razón de que este invoque su derecho, el acto de adición, por lo mismo que nadie adquiere a la fuerza, sin su concurso o contra su voluntad y, adicionalmente, de la declaración judicial correspondiente⁵.

269. adquisición derivativa

se manifiesta en la propiedad. Como ejemplo típico debe indicarse la usucapión; el usucapiente fundamenta su adquisición en la posesión de muchos años y en la buena fe o en la inscripción en el registro de bienes raíces; no tiene ninguna relación con el propietario anterior. El efecto primario de la usucapión es la adquisición de la propiedad; de esta se deriva la extinción de la propiedad anterior, ya que no pueden existir juntos dos derechos de propiedad sobre OD□PLVPD□FRONTIER. *Derecho civil, Teoría general del derecho civil alemán*, cit., vol. II, 1, § 44, p. 46 y s. Cfr. cas. de 18 de mayo de 1965, CXII, 102.

Estas reflexiones, elementales, son básicas, y han de ser resaltadas con énfasis, en especial delante de alguna jurisprudencia reciente. En cas. de 9 de octubre de 1963, CIII-CIV, 189 □ □ GLMR □ □ OD □ & RUWH □ □ 34XLHQ □ DOHJD □ OD □ H[FHSFLY □ la acción de dominio, afirmando haber poseído el inmueble objeto del litigio por más de treinta y cinco años, sin interrupción y en forma pacífica [...] está oponiendo a la acción incoada el medio exceptivo de la prescripción de la cosa que ha poseído durante ese lapso porque sin prescribirla, mal podría extinguirse la acción protectora del derecho del propietario [...] Es e poseedor quien, primeramente, en un orden lógico, adquiere el dominio mediante la usucapión y es el propietario quien sufre la extinción, en consecuencia. Si el uno no gana la propiedad, el otro no la pierde. De modo que si se alega que la acción reivindicatoria ha expirado por prescripción, es tanto como decir que el poseedor ha usucapido el dominio, hasta entonces amparado por ella; el derecho, se repite, no desaparece para el titular sino por adquirirlo el poseedor mediante la mencionada IRUPD □ DGTXLVLWLYD □ □ (□XQFLDFLY □ UHLVLWDGD □ 1967, EDXXM □ GH □ semestre, 242. Y marginalmente DJUHJy □ □ 3OD □ SUHVFULSFLY □ H □ HWLQWLYD □ GH □ GHUHFKR □ SRU □ DEDQGRQR □ GH □ GXHxR □ H adquisitiva del mismo derecho lograda por el poseedor, como enseña el art. 2538 GH □ F □ □ F □ 3HUR7 de HUR7 de 1997, CCXLIX, 2.º semestre, vol. 1, 640 □ V □ □ □ OOHJy □ D □ VRVWHQHU □ FRQ □ LPSUHFLVLY □ FRQFHSWXDO correr desde el momento en que pueda ejercerlo [el derecho] (cas. de 7 de noviembre de 1977), lógico es concluir que, en materia reivindicatoria, la oportunidad para el ejercicio de la acción correspondiente empieza desde el mismo momento en que el respectivo propietario pierde la posesión. Por ello, si en estas condiciones en que la posesión no se encuentra en manos del propietario, transcurre el plazo para la reivindicación del bien, aquella acción se extingue por prescripción, con independencia de que el poseedor actual aduzca o no la prescripción adquisitiva de dicho bien. Sin embargo, reitera la Sala, que cuando hay una prescripción adquisitiva de dominio por parte del demandado, esta última no solo extingue el dominio por parte del demandante, sino que también extingue OD □ DFFLY □ UHLYLQGLFDWRU □ DGD □ (□ 995 □ CCXXVI, 1.º semestre, 396 □ HFKy □ DWUIV □ DO □ GHFLU □ □ 34XLHQ □ UHVLVWH □ OD □ UHLYLQGLFDLY □ VREUH □ OD □ el derecho sobre la cosa por el transcurso del tiempo, está aludiendo, necesariamente, a que tal extinción se produjo porque de su parte adquirió el derecho sobre ella, por supuesto que, quepa repetirlo, el dominio no se extingue por el simple hecho GH □ GHMDU □ GH □ HMHUFLWDU □ DE □ 1995, CCXXVII, 2.º semestre, vol. 2, 1391, reiteró que al proponer el demandado la excepción de pertenencia, ello significa que se extinguieron las acciones y derecho de quien se abstuvo de ejercerlo.

La adquisición derivativa puede ser: *traslaticia*, cuando el derecho se transfiere tal cual de una persona a otra, sin que en la relación jurídica se encuentre cambio distinto del de sujeto activo; o *constitutiva*, cuando el derecho presente no es el mismo de antaño, pero sí deriva de él, a él se remite y en él se encontraba, por ser de contenido menor a aquel que lo genera y en el que se sustenta. Aplicaciones de la primera hipótesis se tienen en la mayoría de los casos de adquisición derivativa, comenzando por la sucesión por antonomasia: *sucessio mortis causa*, pero también en íntegras las operaciones *inter vivos* que tienen función transmisora: compraventa, permuta, cesión; y de la segunda, en la constitución de derechos reales principales limitados: usufructo, uso y habitación, o accesorios: hipoteca, prenda (art. 765 c. c.).

En tanto que en la adquisición *traslaticia* hay igualdad de contenido en los derechos, así su magnitud sea diferente (p. ej., el propietario del todo vende la mitad de su derecho), en la *constitutiva* hay diferencia de alcance, y novedad en cuanto se crea un derecho que no existía antes como tal, pero que es derivado y dependiente, dado que la condición presente no se entiende ni tiene sustento sino en función de la antigua, de más vastas proyecciones, de la que proviene. En ambas con la concatenación y raigambre anotadas. Sólo que el título constitutivo crea un nuevo estado de derecho, una situación jurídica nueva, aunque derivada. Y apenas hay para qué anotar que ya no es aceptable la expresión: “desmembración de derechos”, para explicar el surgimiento de los derechos reales de usufructo, uso y habitación, pues, por así decirlo, no se trata de un descuartizamiento del dominio, sino de limitaciones del mismo⁷.

Como quiera que el título es la causa o fundamento jurídico de un derecho, la tarea de distinguir los títulos tiene importancia, dado que la adquisición originaria es en sí suficiente, se basta y se justifica a sí misma; en tanto que la derivativa es dependiente y apenas tiene el valor que su antecedente poseía, en virtud de la regla elemental de derecho que se expresa en la máxima latina: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (art. 752 c. c.). No se puede dar más de lo que se tiene, el derecho no se mejora, ni sus vicios se purgan por los traslados, así sean numerosos o frecuentes: como enseña el brocardico francés, ‘nadie se puede crear su propio título’. Como tampoco este se empeora ni se desgasta por su transferencia.

En el tráfico, particularmente en el de inmuebles, se observa una aplicación de estas reglas al exigirse, para conceptuar sobre la regularidad y suficiencia de un título, acreditar la cadena de actos dispositivos, antes “hasta el infinito”, con la llamada prueba diabólica, en busca del “eslabón primario”, hoy tan solo por el tiempo fijado como máximo para la prescripción extraordinaria (arts. 1.º Ley 50 de 1936 y 2536 c. c.), o sea que se indaga por la legalidad de los actos traslaticios hasta encontrar una adquisición originaria, pues ésta es en últimas la única que otorga plena seguridad.

⁶ RV□ GHUHFKRV□ UHDOHV□ □ VROR□ HOORVidiusVROR□ VIKWFI897LFCOHVE GSH ndo, la diferencia entre los derechos reales y los derechos de obligaciones corresponde a la ley de circulación de los derechos: los derechos reales se pueden adquirir, en cuanto susceptibles de posesión, a título originario; los derechos de crédito, por el contrario, se pueden adquirir solo a título derivativo. No es esta una diferencia de poco momento; y como veremos, para hacer posible la DGTXLVLFLyQ□D□ WtWXOR□ RULJQDULR□ GH□ XQ□ GHUHFKR□ doñmFip□ El wulo dE crédito qSticPRLEDe HQ□ SRVHVLY□ HQ□ FXDQRWELHQ□ LXNE Oñtito Privato. 7.^a ed., Padova, 1992, p. 179.

⁷ Así, con entera propiedad, el rubro del título VIII del libro 2. □□GHO□FyGLJR□FLYLO□□³¹H□ODV□~~OLELWD~~FLROHV□GHO□G

271. título universal y título singular

La transmisión de derechos de una persona a otra, y la consiguiente adquisición, pueden operar de dos maneras: mediante la transmisión al adquirente de la totalidad de un patrimonio o de una cuota parte del mismo, o con el traslado de una relación o de varias concretamente señaladas, singularizadas. En el primer evento se configura el título universal o sucesión en sentido estricto, al paso que en el segundo se tiene un título particular o singular.

Adquisición universal o sucesión propiamente dicha no puede ocurrir sino por causa de muerte: el adquirente recibe el nombre de heredero (arts. 1008 y 1155 c. c.). Este fenómeno tiene una relevancia especial cuyo significado se aprecia al observar cómo el nuevo titular reemplaza en la posición al *de cuius*, recibe una universalidad: el patrimonio entero, una cuota de él, o el remanente (*herencia*, arts. 1157 y ss. c. c.), y no un bien individualizado y, por lo mismo, se sitúa en igual posición a la de aquel, tanto en los poderes como en los deberes, de modo que todas las relaciones jurídicas transmisibles en que el fallecido se hallaba presente continúan con el heredero, esto es, con la sola excepción de aquellas que se extinguen con la muerte del titular.

Este subentrar de una o varias personas en la plenitud de las relaciones de otra es característica de la “sucesión” propiamente dicha y, por tanto, se presenta exclusivamente en la transmisión por causa de muerte.

Título particular se encuentra en la totalidad de las enajenaciones por acto entre vivos y en algunas disposiciones para luego de la muerte del titular del derecho, pero en este caso a quien recibe no se le otorgan más que los poderes que el testador haya querido transmitirle, circunscritos a uno o más bienes determinados, sean géneros o especies, o a una cuota parte de ellos (*legado*, art. 1162 c. c.).

La sucesión ocurre siempre por muerte del titular de los derechos y en favor de quienes son llamados por vocación legal hereditaria en virtud del parentesco cercano con el *de cuius* (art. 1037 c. c.), o por designación del testador (art. 1055 c. c.). La transmisión singular por causa de muerte exige siempre testamento y recibe el nombre de legado (arts. 1162 y 1008 c. c.).

Podría pensarse, dada la terminología utilizada por el código civil (art. 1464), que por acto entre vivos puede hallarse título universal en cierta clase de donaciones (“donaciones a título universal”), pero el equívoco se despeja al verificar que en tales casos se exige inventario solemne por escritura pública y que la enajenación y la consiguiente adquisición quedan reducidas a los bienes enumerados allí, con exclusión de cualquier otro, presente o futuro (art. 1466 c. c.), con lo cual se palpa la singularidad del título, corroborada por las voces del art. 1867 c. c. en lo que hace a la transmisión por acto entre vivos a título oneroso.

272. pérdida de los derechos

Entiéndese por pérdida del derecho la privación que de él experimenta su titular, lo cual quiere decir la desaparición del vínculo entre el sujeto y el interés, o sea la cancelación de la titularidad del derecho. Ella puede ocurrir, bien por la extinción de la personalidad, caso en el cual se presenta el fenómeno sucesorio en su sentido estricto (sucesión *mortis causa*), al que hay que agregar el evento de la disolución de la personalidad plural o jurídica; o

bien, permaneciendo el sujeto, por la destrucción de la cosa, por su desaparición, por la finalización del derecho, por expropiación, por la abdicación de él, y por el relevo del titular por parte de otra persona. En todos estos eventos se habla genéricamente de pérdida de los derechos, que comporta una gama amplia de expresiones: privación, extinción, caducidad, perención, destrucción, desposesión.

273. transmisión

La transmisión es, respecto de la pérdida de derechos, el término correlativo a la adquisición derivativa. Si desaparece para un sujeto el interés es porque se ha radicado en la esfera de otro que fundamenta una baja, compensada o no, en el patrimonio del enajenante; de ahí la clasificación de los títulos en onerosos y gratuitos (art. 1497 c. c.), al margen de si hay o debe haber un equilibrio en la onerosidad (conmutatividad) o interviene el azar (aleatoriedad) (art. 1498 c. c.).

274. sucesión “mortis causa” y disolución de la persona jurídica

Como se ha anotado, la extinción de la personalidad lleva consigo el ingreso de otra u otras personas en la posición que ocupaba el anterior sujeto; si él desapareció, las relaciones jurídicas en que estaba implicado permanecen intactas, salvo el caso excepcional de que estuvieran subordinadas a la supervivencia de su titular, y se trasladan a sus herederos en la proporción en que sean llamados por vocación legal o por institución en el testamento (arts. 1008 y 1009 c. c.). Y fenómeno análogo en su origen y sus efectos es el de la disolución de la persona jurídica (arts. 649, 2124 y ss. c. c.; 218 y ss., 333, 351, 370, 457 y ss., 151 y 213 Ley 222 de 1995): en ambos casos se extingue la personalidad, desaparece el titular del patrimonio, que deja una universalidad acéfala, que ha de ser liquidada.

275. cesación del derecho

Si, como ocurre en los casos de usufructo y de uso-habitación o de renta vitalicia, el derecho está subordinado, bien a un término, bien a un evento futuro e incierto (condición), al vencer el plazo u ocurrir el suceso eventual el derecho desaparece definitivamente, se extingue, no sólo para quien lo venía detentando, sino universalmente: no hay sucesión. Igual sucede con la pérdida (destrucción, desaparecimiento, egreso del comercio) de la cosa sobre la cual recaía el derecho. En el fenómeno extintivo se aprecia como rasgo individualizante el que la ventaja cesa para todos, el que no hay posibilidad de transmisión a otra persona ni de aprovechamiento ulterior por parte de alguien (art. 1521 [1.º y 2.º] c. c.).

276. extinción

Es la hipótesis de adquisición originaria de un derecho poseído antes por otro sujeto. Aquí, recordando lo expuesto a ese propósito, se puntualiza el *factum* mostrando cómo entre la adquisición y la pérdida en unos eventos no existe nexo causal, sino una simple relación cronológica, pues la adquisición presupone –como en la ocupación– la precedencia de la cesación del derecho anterior; mientras que en otro (la usucapión), la pérdida del derecho

anterior se produce simultáneamente con la adquisición por parte del nuevo titular, pero, fundamentalmente, a causa de ella (arts. 1512 y 1518 c. c.).

277. renuncia

Dentro del poder dispositivo del particular se encuentra su aptitud para despojarse de los derechos que posee, no simplemente para transmitirlos a otro sujeto, sino también para hacer dejación de ellos sin destinatario alguno. Entonces no se presenta transmisión, sino simplemente extinción, así esos derechos resulten adquiridos inmediatamente por otro individuo o vayan a beneficiarlo robusteciendo su posición; tales los casos de abandono (derelicción), de renuncia a la solidaridad (art. 1573 c. c.), de repudiación de la herencia, legado o donación (art. 1294 c. c.), de renuncia al usufructo o a cualquier otro derecho real diferente del dominio; pues aquí no se contempla el beneficio que ese acto implique para terceros, sino la pérdida que experimenta el renunciante.

capítulo segundo Sucesión

I. sucesión en el crédito

278. titularidad del crédito

El crédito es un derecho a la prestación, realizable por acto espontáneo del deudor o forzosamente, con la colaboración judicial, específicamente, o mediante el subrogado pecuniario con el producto de la enajenación (venta en pública subasta) de bienes de aquel. No otorga derecho sobre el deudor o siquiera sobre su conducta. Frente a la propiedad y a los derechos reales en general, que se conciben como derechos *sobre* la cosa (*in re*), y muestran un señorío y una intermediación entre el titular y el objeto, que hace perder de vista al sujeto pasivo universal, individualizado apenas cuando sobreviene la amenaza o la conculcación, el derecho de crédito es *a* la cosa, es decir, *a* la prestación de un sujeto determinado. Solo que también es susceptible de amenazas y estragos por parte de cualquiera, como en los ejemplos de homicidio o lesiones en la persona de un deudor personalmente calificado, o de destrucción o sustracción de la cosa debida por un tercero (art. 1736 c. c.).⁹³⁷ Lo cual pone de presente que, si bien el derecho de crédito sólo es exigible del deudor y no sería vulnerable como tal sino por este (único sujeto de quien puede predicarse el incumplimiento), se encuentra expuesto a conculcación desde fuera por parte de cualquier extraño, y por ende es objeto de tutela frente a cualquier agresor, pese a no ser un derecho absoluto⁹³⁸. Se habla entonces de la responsabilidad directa del tercero para con el acreedor perjudicado; responsabilidad extracontractual, que eventualmente se sumaría a la contractual del deudor copartícipe en el hecho que imposibilitó la ejecución de la prestación, para una vinculación solidaria de los dos (art. 2344 c. c.).

⁹³⁷ Al respecto es bien conocido y citado el caso del reconocimiento del derecho indemnizatorio al Club de fútbol de Turín a cargo de la empresa transportadora aérea, por la muerte de íntegro el equipo en el accidente de Superga (cas. italiana de 1953, reiterada en casos similares).

⁹³⁸ 6FKOHFKWULHP 6FKXOGUHFkW FLW 5Q V S V DILUPD URWXQGDPHQWH TXH 3H indemnizatoria contra el tercero culpable de su insatisfacción [...] porque los derechos relativos operan únicamente en cuanto a los generados y protegidos por la relación entre acreedor y deudor, mientras que los absolutos son derechos protegidos FRQWUD WHUFHURV DV HQ HO GHUHFKR DOHPiQ & TU 0HGLFXV 7UDSR GH ODV UHODFLRQHV REO

279. el crédito como elemento patrimonial

La relación obligatoria ha de examinarse, no solamente como vínculo entre los respectivos sujetos activo y pasivo, cual corresponde a su concepto y estructura, sino, adicionalmente, como un elemento patrimonial, en cuanto, para el acreedor, según se anotó, así su interés no sea patrimonial o no tenga ese tinte, como ocurre en numerosas acreencias de índole cultural o recreativa, en los más de los casos –lo que abunda en la vida económica– sí tiene ese significado y ese alcance, por lo cual el acreedor lo incluye en el activo al presentar su balance⁹³⁹; y, de la otra parte, cual se señaló igualmente, la prestación necesariamente ha de ser patrimonial o, en últimas, ser apreciable en dinero, y al deudor la ejecución de la prestación le significa un sacrificio patrimonial, en razón de lo cual incluye su monto en el pasivo de su balance⁹⁴⁰ o, a lo menos, le implica un empleo de fuerza de trabajo suya con proyecciones económicas⁹⁴¹.

El patrimonio es un derecho de la personalidad individual o colectiva, una unidad o universalidad, cuya integración, contingente y variable, se produce, en el activo, con todos los llamados *derechos patrimoniales*, y en el pasivo, con las *deudas*, para un saldo líquido, positivo o negativo, según el caso. En el lenguaje usual se toma patrimonio como sinónimo de activo patrimonial o de activo líquido, aun cuando siempre se tengan en cuenta las obligaciones, especialmente las deudas en sentido estricto, o sea las obligaciones de dinero, y por extensión, en particular, las que tienen un significado patrimonial mayor para el deudor. Así, p. ej., en un balance o presentación del estado económico de una persona, no se ocurre incluir en el activo el derecho a usar su vivienda como arrendatario, o el crédito que tenga a no ver perturbado su reposo por determinado vecino, o el que se proyecte en su recreación o su cultivo intelectual; como tampoco se computan en el pasivo las obligaciones correspondientes a dichos créditos, o la de no competir en determinadas circunstancias o de no revelar técnicas u otros datos reservados de la empresa en donde hasta hace poco se trabajó.

Sin perder de vista la naturaleza obligacional de tales relaciones jurídicas, como tampoco lo expuesto a propósito del interés que ha de tener el acreedor, así no sea patrimonial, y de la naturaleza necesariamente patrimonial de la prestación, manifestada en últimas en su convertibilidad en dinero, lo cierto es que el grueso de las obligaciones, formado por las más frecuentes y significativas en el tráfico jurídico, se nutre de créditos con alcance y entidad patrimoniales y de prestaciones pecuniarias. De esa suerte, generalizando, puede afirmarse que el crédito tiene una significación en la vida económica y constituye un valor incluido o incluible en el patrimonio, apreciable y apreciado por el acreedor y por quienes

⁹⁹⁹ Es elocuente la inclusión de los créditos pecuniarios en la lista de elementos del activo patrimonial, pero no lo es menos la de ³ORV□ FRQWUDWRV□ GH□ DUUHQGDPHQWR□□ \□ HQ□ VX□ FDVR□ HO□ GHUHFKR□ GH□ DUUHQGD□ establecimiento de comercio (art. 516 [5.ª] c. co.), como lo sería la de los créditos derivados de un contrato de suministro, o los consistentes en resarcimiento de perjuicios.

⁹⁴⁰ En el pasivo cada cual ha de incluir, a más de sus obligaciones pecuniarias, que son las más sobresalientes, las de dar, por lo mismo que si pesan sobre él no podría mostrar los bienes como activos libres, y también las contingencias de responsabilidad eventual suya propia o como garante.

⁹⁴¹ 3/D REOLJDFLyQ W LHQH GRV DVSHYV Vun V HCLKQD Personal entre dos o más personas, que determina sus relaciones mutuas. De otra parte, es un elemento del patrimonio, elemento activo en el patrimonio del acreedor, elemento pasivo en el del deudor; un crédito es un elemento de riqueza, una fracción de capital, lo mismo que un derecho real mueble R LQPXHEOH " "0D JHDXG HW & KDEDV " / HoRQV " 2EOLJDWLRQV " 7KpRULH Jp QpUDOH " FLW "

como acreedores suyos, actuales o potenciales, tienen la mirada puesta en el patrimonio de él (art. 2488 c. c.)⁹⁴².

Y como derecho subjetivo y patrimonial en esos términos⁹⁴³, el crédito resulta transmisible, tanto *mortis causa* (art. 1008 c. c.) como por acto entre vivos, con escasas excepciones, sin mayor significación, concernientes a aquellas hipótesis en las cuales el interés del acreedor es personalísimo, que mueven a pensar más en un derecho de la personalidad que en uno de crédito, como acontece en el caso del derecho a alimentos, que se suele citar como ejemplo, pero confundiendo el derecho a pedirlos (que “no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno”: art. 424 c. c.) con el crédito ya causado, que sí es transmisible (art. 426 c. c.)⁹⁴⁴.

Durante su vida, el acreedor en cuanto tal puede disponer de su crédito (*ius abutendi*), análogamente a como puede realizar actos de enajenación, a cualquier título, respecto de todos los derechos que posee y cuyo traslado no se encuentre prohibido por las leyes. Puede también constituir sobre aquel, igual que sobre estos, derechos de goce o de disfrute o de garantía, estos para garantizar el cumplimiento de obligaciones suyas o ajenas, y asignarlos testamentariamente. Y si llega a fallecer intestado en todo o en parte, la ley señala a quiénes y en qué medida corresponden. Es más, en la economía contemporánea hay créditos cuya función primordial es la de circular, como símbolos monetarios estatales o privados, creadores de crédito, sobre la base de su transmisibilidad, como es el caso de los billetes de banco del Estado, de los bonos emitidos por el mismo o por empresas prestantes, o de las cédulas, y en un ámbito más reducido, los títulos-valores en general. Todo lo cual muestra el significado de la enajenabilidad aneja al crédito, que especialmente en las obligaciones pecuniarias le permite a su titular anticipar su satisfacción (descuento) y en algunos casos emplear el derecho como bien en sí, dada su mayor representatividad⁹⁴⁵.

280. sucesión*

Atados inescindiblemente a la persona, en un principio, los derechos, especialmente los de crédito, y las obligaciones correspondientes, no eran transmisibles en forma ni a título algunos⁹⁴⁶. Natural que la primera fisura en esa construcción social se diera por el fenómeno de la muerte, a cuyos efectos ablatorios se procuró escapar. De ahí que inicialmente el concepto de sucesión (*sucessio*) indicara de por sí la *sucessio mortis causa* y sólo este modo de adquirir (art. 673 c. c). Pero con el tiempo, admitidas otras formas y

⁹⁴² (VWD UHODFLyQ > OD UHODFLyQ REOLJDWRULD @ HV PiV XQD UHODFLyQ entres personas, de la cual resulta que la obligación, caracterizada por su objeto [la prestación], puede cambiar de patrimonio activa o pasivamente, sin que por ello haya ruptura de la relación. La ruptura resultaría más de un cambio de objeto que de un simple cambio del VXMHW R DFWLYR R GH O VXMHW R SDVLYR ' / DUURXPHW ' URLW FLYLO / HV REOLJDWLQRV / HUH SDUV & DUDFWHUHV HVHQFLDOHV GH O GHUHFKR GH FUpGLWR VRQ OD UHODWLYLGDG en el caso de WULPRQLDOLGDG la categoría de los derechos subjetivos, particularmente en la de los derechos relativos. En general el derecho subjetivo es una SRVLFLyQ GH YHQWMDM GH O VXMHW R GLUHFWDPHQWH WXWHODGD SRU HO RUGHQ PLHQWR ' % LDQFD p. 29.

⁹⁴⁴ Cfr. cas. de 4 de abril de 1968, cxxiv, 64.

⁹⁴⁵ No por acaso el código de comercio regula la materia de los títulos-YDORUHV W WXORV GH FUpGLWR HQ HO OLEUR PHUFQWLOHV ' ORV FRQVLGHUD ELHQHV FRASBUOPICADU (W 820) & IU (-HXODQG (VVDL VXU OD VXEVLWXWLQR GH SHUVRQQH GDQV HQ UNSSRLOV REOLJDWLQRV de derecho civil, t. vi, 1.ª parte, cap. vii, La transmisión de las obligaciones, México, D. F., 1997.

⁹⁴⁶ (O SULPHU YtQFXOR MXUIGLFR HQ ODV FLYLOLJDFLRQHV SULPLWLYDV HV XQ YtQFXOR GH FDUiFWHU PIl coloca bajo la obediencia del acreedor, que puede ejercer sobre él, a fin de que le pague, su derecho de venganza, si no lo hace. Esta idea es esencial para la comprensión de los derechos primitivos, en los que la obligación es rigurosamente SHUVRQDO DO DFUHHGRU DO GHXGRU > @ (O ULJRU GH OD REOLJDFLyQ OH LPSLPH XQ DVSHFWR Obligations, Théorie générale, cit., n.º 1232, p. 1256.

⁹⁵⁰ Sobre la administración de los bienes herenciales y de la sociedad conyugal, cfr. cas. de 5 de noviembre de 1973, cxlvii, 113.

1976]) y presumidos bienes sociales todos los créditos existentes en cabeza de cualquiera de los cónyuges en ese momento (art. 1795 c. c.)⁹⁵⁶, el patrimonio social conyugal forma una universalidad en la que ninguno de sus miembros: el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge difunto o de los dos difuntos, en caso de sucesión doble (art. 622 c. de p. c.), tiene derecho alguno sobre ningún bien en singular, sino un derecho de cuota parte (la mitad de gananciales), lo cual impone la liquidación de aquella sociedad dentro del mismo trámite sucesorio (art. 586 [2] c. de p. c.)⁹⁵⁷, y puede dar lugar a interferencias y conflictos entre los varios interesados, que el ordenamiento procura resolver así: el albacea, el curador de la herencia yacente y los herederos del difunto representan los intereses de este (o más propiamente, la universalidad, sucesión ilíquida), pero no a la universalidad conyugal (sociedad disuelta e ilíquida), en la que el otro cónyuge tiene su parte, con iguales derechos⁹⁵⁸. Por lo tanto, la administración de ella ha de ser conjunta, y en caso de desacuerdo entre el cónyuge supérstite y quien o quienes representen a la sucesión, el juez proveerá al secuestro de los bienes sociales: el secuestro atenderá lo relativo a ellos y se entenderá con el cónyuge y con el albacea o los herederos para lo del resorte. Análogamente procederá cuando el desacuerdo se presente entre los herederos, respecto de los bienes relictos respectivos (art. 595 [2 y 3] c. de p. c.).

286. créditos hipotecarios

Para la cancelación de los créditos hipotecarios, o mejor, para la cancelación de las hipotecas, será menester la presencia de los titulares de tales derechos reales o sus representantes, según las reglas indicadas (art. 51 Dcto. 960 de 1970 [38 Dcto. 2163 de 1970]).

287. legado de crédito

Como quiera que el testador puede hacer asignaciones singulares y, dentro de estas, legar créditos (art. 1185 c. c.), es preciso establecer cuándo y cómo se transmiten estos a sus asignatarios respectivos. Los legatarios, según el caso, pueden exigir la entrega de los bienes que les fueron legados, a los herederos (art. 1430 c. c.) o al albacea con tenencia de bienes o al curador de la herencia yacente, o al secuestro (art. 1437 c. c.), como corresponda. Cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios (sea de deudas hereditarias, sea de complemento de asignaciones forzosas), estos podrán obtener inmediatamente las especies asignadas (aquí créditos) sin necesidad de prestar caución y, en caso contrario, prestándola con el fin de cubrir, llegada la oportunidad, lo que les quepa en la contribución de las deudas hereditarias o de las legítimas (arts. 1431 y 1419 a 1420 c. c.). Por lo cual, puede darse la situación de que el crédito legado haya de ser satisfecho o cobrado, privada o judicialmente, antes de la exigibilidad de su entrega al legatario y, entonces, la legitimación para obrar extra proceso

⁹⁵⁶ Cfr. cas. de 31 de agosto de 1935, xlii, 490.

⁹⁵⁷ El Decreto Extraordinario 902 de 1988, que fue subrogado parcialmente por los arts. 1.º a 4.º del Decreto Extraordinario 1729 de 1989, autorizó el trámite de liquidación de las herencias y las sociedades conyugales ante notario, a condición de que herederos, legatarios, cónyuge, y sus eventuales cesionarios, sean plenamente capaces y procedan de común acuerdo. La jurisdicción voluntaria de aquel se mantiene en cuanto perdura el acuerdo de los interesados, y al desaparecer este, el notario habrá de dar por terminada su actuación y de devolverles el expediente. De ese modo el juez competente asumirá el conocimiento del proceso (art. 3.º [5.º y 7.º] Dcto. 1729 de 1989).

⁹⁵⁸ Cfr. 5 de noviembre de 1973, cxlvii, 113.

o en él la tienen los representantes de la herencia y el otro cónyuge en su caso, conforme se puntualizó atrás (arts. 1634 y 1637 c. c.; 44 c. de p. c.); como también puede ocurrir que la oportunidad de cumplimiento o de cobro judicial se dé luego de cumplida la asignación, y entonces el legatario será el único titular del crédito y el solo sujeto legitimado para actuar sobre él (art. 1401 c. c.).

288. partición de la herencia y asignación de los créditos

Respecto de los demás créditos pendientes para cuando ocurre la partición de la herencia (o de la sociedad conyugal y la herencia), ha de tenerse presente que la liquidación de la universalidad, la distribución de los bienes entre los asignatarios, la formación de hijuelas y su asignación a ellos (partición), puede haberla hecho preventivamente el propio testador en el testamento (art. 1374 [2] c. c.), como también pueden practicarla los propios interesados siendo plenamente capaces (arts. 1382 c. c. y 609 c. de p. c.), o hacerla un partidior: designado por el testador, nombrado por los interesados de consuno o, en últimas, por el juez (arts. 1382 y 1383 c. c.; 608 c. de p. c.). Aprobada la partición, termina el trámite, y “cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido [aquí los créditos], y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión” (art. 1401 c. c.).

Caso de que alguno de los asignatarios haya cedido su asignación (art. 1967 c. c.), el cesionario tendrá el derecho correspondiente a aquel en la sucesión, con poder para hacerse presente e intervenir en la causa mortuoria y demandar la partición (art. 1377 c. c.). Y si lo ocurrido fue la muerte del asignatario en el entretanto, sus sucesores juntamente ocuparán el sitio que a él correspondía (art. 1378 c. c.).

289. cesión de crédito del difunto

Por último, cabe contemplar la hipótesis de que el crédito sea cedido por los sucesores del difunto (y su cónyuge si fuere del caso) (arts. 576 a 577 y 757 c. c.; 607 c. de p. c.), o que sea cedido judicialmente por remate o adjudicación en el propio proceso sucesorio (art. 602 c. de p. c.) o en proceso ejecutivo adelantado contra aquellos en ese carácter (arts. 1434, 741 [3] y 761 c. c.; 530 y 531 c. de p. c.), eventos en los cuales el cesionario adquiere la titularidad del bien desde la cesión (art. 1959 c. c. [33 Ley 57 de 1887]).

III. disolución, liquidación, transformación de personas jurídicas

290. disolución y liquidación de personas jurídicas

Lo dicho a propósito de la muerte de la persona individual y de la liquidación de sus relaciones transmisibles pendientes, es pertinente, con las salvedades de rigor, a propósito de la disolución y liquidación de las personas jurídicas, sean ellas de derecho público o de derecho privado, civiles, comerciales, laborales o cooperativas. Los estatutos respectivos, donde quiera que se encuentren (ley, decreto, ordenanza, acuerdo, escritura pública o documento privado) y, en su defecto o complemento, las normas supletorias de ley, dirán cuándo y cómo se disuelven o pueden ser intervenidas y liquidadas administrativa o

judicialmente, cómo se procede a la designación del liquidador o liquidadores, y a quién o a quiénes corresponde y en qué proporción el remanente de sus bienes, una vez satisfechas las obligaciones a su cargo (arts. 633, 634, 649, 2124 y ss. c. c.; 319 y ss., 333 y s., 370, 457 y ss., 495, 505 y s. y 514 c. co.; 84 [4 y 5], 149 y ss., 162, 166, 179 y s., 194 y 199 Ley 222 de 1995; 401 a 404 c. s. t.)⁹⁵⁹. Mientras se tramita la liquidación de la persona jurídica, quien tiene a su cargo la liquidación la representa: debe continuar y concluir las operaciones pendientes, a él corresponde como mandatario general (art. 2158 c. c.) proveer a la efectividad de los créditos de aquella y es el sujeto con quien han de entenderse los deudores (art. 1637 c. c). Al concluir la liquidación, en el trabajo respectivo, que ha de ser aprobado por los propios órganos sociales o la autoridad administrativa o jurisdiccional competente (cfr. arts. 279 y 470 c. co.; 404 c. s. t.), se dispondrá a quién o quiénes corresponden los créditos aún vigentes, y el respectivo adjudicatario será el acreedor sucesor de la persona jurídica (art. 1634 c. c.).

Indispensable es hacer referencia a la “crisis” de la persona jurídica⁹⁶⁰, sea ella de derecho privado o de derecho público, de derecho civil o de derecho comercial, con o sin ánimo de lucro, dedicada o no a actividades especialmente reguladas (intervenidas), con regímenes singulares en cuanto a su funcionamiento y administración. Como habrá de indicarse repetidamente en distintas oportunidades, dentro de los vaivenes de las concepciones y reacciones tanto políticas, como jurídicas, sustanciales y procedimentales, y de la variedad de ordenamientos a propósito del tratamiento de iliquidez, cesación de pagos, insolvencia de las empresas, se ha de identificar el estado actual de la cuestión y de ver cómo se articula con la normatividad ordinaria y la tradición.

291. los sucesivos regímenes de atención a la crisis de la persona jurídica

Partiendo de la clasificación de los deudores en comerciantes y no comerciantes, aquellos sometidos al régimen del concordato preventivo, potestativo u obligatorio y de liquidación forzosa administrativa, como también al régimen de la quiebra y de concordato eventual dentro del proceso (tít. I, lib. 6.º, c. co.); y éstos al régimen de pago con cesión de bienes y concurso de acreedores (caps. IX y XL lib. 4.º, c. c.), con correspondencia procesal en la regulación del trámite del concurso de acreedores (lib. 3.º, secc. 2.ª, tít. XXVIII, c. de p. c.), remitido a las disposiciones del proceso de quiebra (art. 570 c. de p. c.), y habiéndose pasado por el Decreto 350 de 1989, en el desenvolvimiento de la normatividad se llegó a la Ley 222 de 1995, de la cual es oportuno resaltar las siguientes orientaciones y rasgos: a. Abolición de la figura de la quiebra; b. Establecimiento de un régimen residual unificado de los procesos concursales, es decir, dejando aparte el tratamiento de la crisis de sociedades dedicadas a actividades sometidas a control y vigilancia especiales y por ende a un tratamiento singular (p. ej., las incorporadas al llamado sistema financiero y asegurador, o las prestadoras de servicios públicos domiciliarios), el “régimen de procesos concursales” de la Ley 222 (tít. II) se aplica a las demás sociedades, y a “las personas naturales y personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales” (art. 213); c. Un trámite concursal que “puede consistir en “concordato y concurso liquidatorio” (art. 89); d. Unificación del concordato: todos son preventivos, sobre la base de que el sujeto no esté

⁹⁵⁹ Cfr. cas. de 5 de marzo de 1936, xlv, 20.

⁹⁶⁰ Dada la inestabilidad y pluralidad de los regímenes normativos para atender el fenómeno de cesación de pago por parte de la

SHUVRQD□MXU□GLFD□□VH□RSWD□SRU□KDFHU□UHIHUHQFLD□HQ□JHQHUDO□D□OD□³FULVLV'□GH□OD□HPSUHV□□□S

sometido a régimen de liquidación forzosa u otro especial (art. 96); e. Competencia (privativa) de la Superintendencia de Sociedades para las sociedades mercantiles, y de la jurisdicción ordinaria para los demás sujetos; f. Mientras se tramita el concordato, el deudor carece de poder de disposición de sus bienes, como no sea para el desenvolvimiento normal de la actividad⁹⁶¹, y queda sometido a la supervisión de una junta de acreedores (art. 98); g. El embargo de bienes se circunscribe a los activos fijos (art. 98 [7]); h. No se pueden adelantar los procesos ejecutivos en curso, ni proponer nuevos (art. 99); i. Los acreedores todos están sujetos a lo que disponga la autoridad respectiva sobre prelación y privilegios (art. 133); j. Lo que resuelva la Superintendencia sobre calificación y graduación de créditos no tiene otro recurso que el de reposición (art. 133 [par.]); k. Las decisiones se toman en audiencias: el quórum para la primera audiencia es del 75% de los créditos, y para la segunda, el 60% de ellos, y el proyecto de concordato presentado por el deudor exige la aprobación de todos los presentes (arts. 127 y ss.); l. Dispuesta la liquidación obligatoria, el deudor queda separado de la administración de sus negocios, que asume el liquidador (arts. 151 y 166).

292. régimen de las sociedades vigiladas por la superintendencia bancaria

Para el evento de crisis de las entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, el Estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993) previene la toma de posesión para administrar, que consiste en la aprehensión inmediata de la empresa, cuyo manejo pasa a manos de un administrador designado por aquella, legitimado para recibir el pago de los créditos (art. 291 [b]), y la toma de posesión para liquidar, con la provisión de un liquidador con la misma función (art. 292 [c]).

293. transformación de las sociedades

Adicionalmente, en lo que se refiere a la sucesión en el crédito, han de mencionarse las transformaciones que puede experimentar la persona jurídica (sociedad): absorción, fusión, escisión, eventos en los cuales la titularidad de aquel pasa “sin solución de continuidad”, de pleno derecho, a la nueva entidad (arts. 167 y 172 c. co.; 3.º Ley 222 de 1995).

294. transmisión del crédito entre vivos

Así como por causa de muerte o de disolución de la persona jurídica puede cambiar el acreedor y venir a ocupar su sitio el heredero o el legatario, en el primer caso, y en el segundo, los adjudicatarios estatutaria o legalmente prevenidos, quienes reciben el crédito tal cual lo tenía su antecesor, con los mismos privilegios, cauciones, seguridades, y con los mismos vicios y deficiencias, y el deudor habrá de entenderse a la postre con ellos, y en el entretanto con los administradores del patrimonio en liquidación; el relevo, total o parcial, del sujeto activo de la relación jurídica puede ocurrir también, al margen de la muerte o la disolución-liquidación de su titular, tanto por ministerio de la ley (subrogación) como por negocio jurídico, espontáneo (cesión-endoso) o forzado (*cessio legis*, cesión o endoso

⁹⁶¹ Lo que se refiere a las actividades a que se dedica el deudor.

judiciales), como también es factible el ingreso de otras personas a esa parte por actos dispositivos del acreedor: pignoración, usufructo, anticresis, delegación, diputación. Todo dentro de las prescripciones legales y el reconocimiento de la autonomía particular respecto del derecho subjetivo de crédito.

IV. subrogación

295. subrogación*

Subrogar significa ocupar el lugar de alguien (*personal*), operación de la que la subrogación del acreedor es prototipo⁹⁶², o de algo (*real*), de la que el equivalente pecuniario de la prestación es ejemplo paradigmático (art. 1731 c. c.)⁹⁶³, de modo que por mandamiento legal el sujeto o el objeto nuevos hacen las veces de los precedentes sustituidos.

En cuanto se refiere al derecho de crédito, el ordenamiento estatuye la subrogación o “transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga” (art. 1666 c. c.), supuesto que ha de extenderse a las demás formas de satisfacción del acreedor⁹⁶⁴, como un efecto independiente del designio de las partes y del tercero, con miras a proteger los derechos de este, en determinados casos que dentro de las consideraciones políticas y sociales de la norma imponen o aconsejan esta medida singular⁹⁶⁵, y siempre sobre la base de la satisfacción del acreedor por parte de dicho tercero y de las circunstancias que antecedieron y rodearon el pago (art. 1668 pr. c. c.). O sea que para que opere la subrogación es menester el presupuesto general de la satisfacción del acreedor por un tercero y que dicha satisfacción esté prevenida con tal efecto por una norma, pues hay taxatividad legal⁹⁶⁶.

La ley regula la figura del pago, entendido como “la prestación de lo que se debe” (art. 1626 c. c.), dentro de los “modos de extinguirse las obligaciones” (cfr. el epígrafe del título

* Cfr. O. Buccisano. La surrogazione per pagamento, Milano, 1958; K. Tharwat. Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse, Genève, 1963; B. Carpino. Il pagamento con surrogazione, en Rivista di dir. civile, Padova, 1971, i; del mismo, Pagamento con surrogazione, en Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Galgano, Bologna, 1988; A. Cañizares-/DVR (O SDJR FRQ VXEURJDFLyQ ODGULG /DGPLVLELWp VXEURJDWLRQ 3DULV \$ =DFFDULD DGHPSPHQWR GL XQ GHELWR SUHVFULWWR GD SDUWH Rescigno, iii, 2, Milano, 1998.

⁹⁶² 7DPELPQ VH HPSOHD HO WpUPLQR VXEURJDFLyQ SHUVRQDO SDUD VLJQLILFDU OD OHJLWLPDFLyQ especialmente acreedor, para ejercitar un derecho (pretensión) de otra persona cuya inercia le causa o puede causar quebranto en un derecho suyo: legitimación por derecho propio, en razón del riesgo presente de desmedro patrimonial, para la tutela del derecho y hasta concurrencia del valor de la amenaza: acción subrogatoria u oblicua (arts. 1295, 2023, 2026 y 2489 [2] c. c.; 254 c. co.; 407 [antes 413] c. de p. c.). Y para indicar el derecho del acreedor, insatisfecho irremisiblemente por la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable a un tercero, que determina la liberación del deudor, cuya acción resarcitoria ha de pasar al acreedor: cessio legis, art. 1736 c. c.

⁹⁶³ Otras hipótesis en las normas de los arts. 1783 [1.º], 1789 a 1790, 2042 y 2221 a 2224 c. c.; 1096 c. co.

⁹⁶⁴ Tal la definición de la figura que trae Carpino. Il pagamento con surrogazione, cit S FRQ FLWD GH URPH D VXVWL GH XQ WHUFHUR TXH VDWLVDFH DO DFUHHGRU HQ ORV GHUHFKRVR GHOSURSLRDFUHHGRU

⁹⁶⁵ Dicha subrogación es puramente legal, sus efectos se producen ope legis. El ordenamiento previene una subrogación convencional, que no es subrogación, sino cesión de crédito, en todos sus aspectos y con todos sus efectos; como el propio precepto lo advierte (art. 1669 c. c.), las únicas diferencias que muestra son que la hace el acreedor en el momento de recibir el pago y en la cartD GH SDJR R UHFLER D HVWD@ VXEURJDFLyQ GHEH VHU FRQFRPLWDQWH FRQ HO SDJR luego del pago, pues el pago extingue definitivamente el crédito con todas sus garantías, y no le sería dado al acreedor resucitarlo en provecho del sROYHQV TXH SDJy VLQ VHU VXEURJDGR ODJHDXG HW &KDEDV HoRQV 2EOLJDWLR cit., n.º 849, p. 946 y s., con cita de jurisprudencia relativa a casos de factoring con aceptación de la subrogación por declaración anticipada del subrogante.

⁹⁶⁶ R/V FVVRV GH VXEURJDFLyQ GHWHUPLQGRV H SUHVDPHQWH SRU OD OH QR SXHGHQ H WHQGHUVH D RV de subrogación hay una especie de ficción de derecho que consiste en dar por vigente una deuda, que en realidad de verdad se ha extinguido mediante el pago hecho por un tercero al acreedor, y sabido es que tales ficciones deben interpretarse UHVWULFWLYDPHQWH FDV GH IHEUHUR GH L & IU FDV GH QRYLHPE

14 del libro 4.º del c. c. y en este el art. 1625 [1.º]), e incluye entre las variedades de aquel el “pago con subrogación” (cap. VIII). Lo cual impone aclarar, de entrada, que si bien el cumplimiento, pago o solución y, más ampliamente, la satisfacción del acreedor, tiene de suyo poder extintivo de la relación jurídica obligatoria y constituye el destino natural de ella (lograr la colaboración intersubjetiva), cuando se hace, no por el deudor, sino por un tercero (art. 1630 c. c.) y en una de las circunstancias expresamente previstas a tal efecto por la ley (art. 1668 pr. c. c.), saca de juego al acreedor, en todo o en parte, en la medida correspondiente a su satisfacción, pero no extingue la obligación, que por mandamiento legal subsiste⁹⁶⁷, solo que en beneficio exclusivo del tercero que subentra en la posición de aquel, y por lo general sin que el deudor intervenga (art. 1668 [5.º y 6.º] c. c.), y sobre todo, sin que él se pueda oponer, y más concretamente, sin que su oposición tenga relevancia alguna (sin embargo, cfr. *infra* n.º 458), quién puede pagar. En esta modalidad singular, el pago no tiene efecto extintivo, sino de desplazamiento y sustitución del acreedor. El acreedor es satisfecho, pero no por el deudor, sino por un tercero, y el ordenamiento provee a la protección congrua de dicho *solvens*, pero sin agravar la condición del deudor⁹⁶⁸. “La subrogación transmite los derechos del acreedor a ese tercero pagador, derechos que se extienden a todos los accesorios para colocar al acreedor nuevo en el mismo pie y puesto del antiguo, según el art. 1670 del c. c.”⁹⁶⁹.

296. casos de subrogación

“La subrogación se efectúa por ministerio de la ley, en todos los casos señalados por las leyes”, reza el art. 1668 pr. c. c. Los más conocidos y tratados, identificados en el precepto, son:

297. pago por parte de acreedor de mejor derecho

1.º Cuando un acreedor de inferior derecho paga a otro en razón de un privilegio o hipoteca. Habiéndose distinguido entre la responsabilidad general e ilimitada del deudor con todos sus bienes actuales y futuros, y la responsabilidad limitada o garantía singularizada con prelación y persecución constituida por aquel o por un tercero sobre un determinado bien, es oportuno señalar que en caso de ejecución universal o de pluralidad de gravámenes (arts. 2440 c. c. y 555 c. de p. c.) y en dándose el riesgo de que el pasivo sea superior al activo o de dificultades y lentitud en la realización de los bienes del deudor, surge interés en saber en qué orden ha de procederse al pago y, por ende, sobreviene el tema de la preferencia y sus causas, que son el privilegio y la hipoteca, cuyos grados se miden por orden cronológico de inscripción en el registro correspondiente (arts. 1493 y ss. c. c.) (*infra* n.º 510). En tales circunstancias, un acreedor de derecho inferior, sea porque no tiene privilegio ni hipoteca, sea porque teniéndolo se encuentra en posición posterior a otro privilegio o hipoteca, puede tomar la iniciativa de satisfacer al acreedor o acreedores que lo

⁹⁶⁷ 3/ DILXUD GH OD VXEUSMdyEIK Historia de la doctrina una alternativa: o se afirma la sucesión y, entonces, se trata de superar la fallida eficacia extintiva del pago; o se afirma el carácter extintivo del pago y, entonces, se trata de explicar la no ocurrencia de la sucesión. ¿Cessio ficta, operación à double face, extinción parcial, expropiación del crédito? [...] En verdad, íntegro el sistema se orienta en el sentido de que la subrogación consiste en una verdadera sucesión del lado activo de OD UHODFLyQ RECAPITULO pago con surrogazione, cit., p. 732 y s.

⁹⁶⁸ Malaurie et Aynès. Obligations, cit., n.º 1206, p. 722.

⁹⁶⁹ Cas. de 8 de septiembre de 1942, liv bis, 53.

298. pago a acreedor hipotecario

970 3 (O□LQWHU□V□HVWDU□□HQ□ODV□YHQWDMDV□TXH□QDWXUDOPHQWHTXSHGHG□HSHV□V□D□H□H□XSDU□HO□OXJDU□□
es ya exigible, sabrá si accionar o esperar un momento más propicio, de manera que, controlando mejor la situación y
obrando con buen tino, podrá salvar su crédito anterior, o hacerlo que se supere en sus probabilidDGHV□GH□FREUDQ□D□HIHFWLYD□□
Fueyo Laneri. Derecho civil, iv, De las obligaciones, ii, cit., n.º 521, p. 110.

971 Así, Medicus. Tratado de las relaciones obligacionales, i, cit., p. 81.

299. pago por parte del deudor solidario o del fiador

Sin embargo, la ley dispuso otorgarle al fiador (y al codeudor solidario en las relaciones internas, en cuanto no haya tenido interés o no haya sido el único interesado, es garante) una tutela adicional, que puede emplear a discreción, alternativamente con la pretensión

⁹⁷⁶ Cfr. cas. de 17 de octubre de 1945, lxx, 725.

301. pago por parte de tercero
autorizado por el deudor

El tercero que paga puede colocarse en una de tres situaciones: o procede con la anuencia del deudor, o sin que este lo sepa, o no obstante su prohibición (arts. 1631, 1632 y 2309 c. c.; *infra* n.º 464 y ss.). En la primera de ellas, que es la regulada por el art. 1668 [5.º] c. c., opera una tutela especial en razón de la autorización del obligado. El empleo del gerundio “*consintiéndolo* el deudor”, tiempo verbal que implica una acción precedente, y la regulación específica del pago sin ella (art. 1631 c. c.), hacen ver que se trata de *autorización*, es decir, de asentimiento o conformidad del deudor *previamente* al pago, y que queda excluida la ratificación como supuesto de la subrogación. O sea que el tercero se subroga cuando procede con la aquiescencia del deudor, pero no cuando este aprueba luego lo hecho por aquel. La subrogación se da en favor del autorizado y no del agente oficioso (arts. 2304 y ss. c. c.).

Y acerca de dicha autorización es necesario aclarar que el tercero a quien se refiere la disposición tiene que ser un sujeto que se esté comportando jurídicamente ante el acreedor como alguien distinto del deudor y no un representante o alguien comisionado o encargado por este (cfr. arts. 1505, 1690 [3.º], 1695 y 2158 c. c.)⁹⁸², pues si ese fuere el caso, el “tercero” no tendría un derecho propio susceptible de la tutela subrogatoria, sino las

982 No cabe pensar en el agente oficioso como tercero con vocación para subrogarse, toda vez que el concepto de la gestión de negocios presupone la ausencia del dominus, en tanto que la subrogación a favor del tercero que satisface al acreedor en esta KLSyWHVLV H[LJH HO DVHQWPLHQWR GHG GHXGRU 9HUVXV \$EHOLXN /DV REOLJDFLRQHV LL FLV estamos en este caso frente a un tercero extraño, pues desde el momento en que media el consentimiento aun cuando sea WiFLWR GHG GHXGRU DTXp HV XQ PDQGDWDULR VXR SDUD HIHFWDU HO SDJR SRU VX FXHQWD XC YHU SHUGLHQGR GH YLWD TXH SRU SHUHQWR QH HQHDP persona confía la gestión de uno o más QHJRLVR DRWUD TXHVH KDFH FDUJR GH HOORV SRU FXHQWD XC ULHVJR GH OD SGLPHUD HQ WDQV encargo del deudor, sino simplemente con su autorización. Cfr. cas. de 17 de noviembre de 1960, xciv, 76.

acciones derivadas de la relación de gestión. Así se contempla como factor de subrogación tan sólo la hipótesis de un tercero, espontáneo o diputado por el deudor, que obra rogado o por propia iniciativa, pero siempre con el asentimiento del deudor, cuyo visto bueno puede darse mediante declaración o por conducta concluyente. No se exigen términos sacramentales. Lo único necesario es que aparezca de manera inequívoca la autorización presupuesta por la ley. Y, además, que lo haga de su propio peculio⁹⁸³.

302. subrogación a favor del prestamista

Y en cuanto atañe a la concurrencia de varios prestamistas de dinero al deudor para el pago de su deuda, cumplidos los requisitos formales (art. 1668 [6.º] c. c.), todos van en igualdad de condiciones, cualquiera que sea la cuantía del mutuo, sin importar la fecha en que se sucedió ni la de la subrogación (art. 1671 c. c.).

Complementariamente a la lista anterior contenida en el art. 1668 c. c., pueden señalarse estas otras hipótesis de subrogación que se encuentran sueltas en los códigos:

Quien hipoteca o empeña su bien por deuda ajena, que luego tiene que pagar, se subroga en los derechos del acreedor frente al deudor y tiene además acción indemnizatoria por la pérdida o abandono del bien (arts. 2454 y 2453 c. c.).

⁹⁸³ Así, cas. de 17 de noviembre de 1960, xciv, 75. Para Fueyo Laneri. Derecho civil, iv, De las obligaciones, ii, cit., n.º 531, p.

⁹⁸⁴ Cfr. Mazeaud et Chabas. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.° 859, p. 957.

El legatario es sucesor a título singular y no representa a la herencia ni es continuador de los derechos y obligaciones del testador más que en el bien a él asignado por este (arts. 1008 y 1162 c. c.). Por ello cuando la especie se encuentra gravada con hipoteca o prenda, es preciso indagar acerca de la situación suya frente a los herederos o al tercero fiado hipotecaria o prendariamente por el testador. Y la respuesta ha de encontrarse en el testamento: si allí se gravó expresamente al legatario con la obligación de pagar la deuda caucionada, él deberá pagarla para purgar la hipoteca o la prenda, o abandonar el bien al acreedor (art. 2450 c. c.), o soportar el resultado de la ejecución: remate o adjudicación del bien al acreedor (arts. 530 [7] y 557 c. de p. c.), sin derecho a recuperación alguna. Pero, en caso contrario, habrá de distinguirse entre la deuda propia del testador, por la que responden los herederos, frente a quienes el legatario que pagó se subroga en los derechos del acreedor (art. 1423 c. c.), y la deuda ajena al testador, que este caucionó con el gravamen (art. 2454 c. c.), de cuyo pago no son responsables los herederos, pero sí el deudor extraño, contra quien, por lo mismo, se subroga el legatario (arts. 2454 y 2453 c. c.).

306. subrogación del deudor solidario que extinguió la deuda por medio distinto del pago

El deudor solidario que extinguió la deuda por medio distinto del pago queda subrogado igual que aquel que la solucionó (art. 1579 [1] c. c.).

307. subrogación a favor del poseedor que dejó de poseer

Procediendo la acción reivindicatoria contra quien poseía de mala fe y la ha dejado de poseer por hecho o culpa suya, ese demandado puede ofrecer el valor de la cosa, y si el reivindicante lo acepta, se subroga en todos los derechos de este sobre ella (art. 957 c. c.).

308. subrogación a favor del asegurador

El asegurador que paga una indemnización se subroga hasta concurrencia de lo pagado, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro (art. 1096 c. co.)⁹⁸⁶, salvo que estos sean parientes inmediatos de dicho asegurado (art. 1099 c. co.), o que se trate de un seguro de vida (art. 1139 c. co.).

El código de comercio de 1971 introdujo esta hipótesis de subrogación, pues anteriormente estaba prevista una *cessio legis* de los derechos del acreedor de la obligación indemnizatoria⁹⁸⁷, con responsabilización del asegurado por actos suyos que “puedan perjudicar las acciones cedidas”, e inclusive un derecho propio del asegurador como tercero interesado en la conservación de la cosa (art. 677 c. c. t.), si que también una subrogación, pero a favor de quien habiendo asegurado la solvencia del asegurador, se vio obligado “a pagar el siniestro, por ese mero hecho” (art. 678 c. c. t.).

⁹⁸⁶ 3(O□DVHJXUDGRU□TXH□SDJXH□XQD□LQGHPQL]DFLyQ□VH□VXEURJDUí□□SRU□PLQLVWHULR□GH□OD□OH□KDVWD□F□
derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’□□UHJD□OD□QRUPD□□TXH□DVt□OLPLWD□HO□DOFDQFH□
subrogación a lo desembolsado.

⁹⁸⁷ 6LQ□HPEDUJR□□HQ□FDV□□GH□□□GH□GLFLHPEUH□GH□□□□□□LY□□□□□□□□OD□&RUWH□VH□SURQXQFLy□DVt□□□’□
valor de la cosa asegurada, se subroga en los derechos de este, por ministerio de la ley, para recuperar esa misma cosa o sus
restos, o para ejercer contra quien haya lugar las acciones correspondientes sobre indemnización del perjuicio proveniente de
FXOSD□HQ□OD□SpUGLGD’□□&IU□□FDV□□,GH]8□□GH□PDUJR□GH□□□□□□

995.

311. efectos de la subrogación

Mediante la subrogación el acreedor satisfecho dejar de ser tal, por completo o en parte, según el alcance de la actuación del tercero con respecto a su derecho, y en la misma medida este se traslada a quien lo satisfizo, tal cual, con “todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, tanto contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda” (art. 1670 [1] c. c.)⁹⁹⁶, pero al mismo tiempo con todos los vicios y deficiencias del crédito y “las mismas excepciones que pudieran hacerse valer contra el acreedor” (art. 1096 [1] c. co.). Es interesante resaltar que en lo que hace a los efectos de la subrogación, los códigos civiles⁹⁹⁷, en tanto que se pronuncian sin más en el sentido de que el tercero recibe la plenitud de los poderes del acreedor subrogado frente al deudor y los garantes, nada dicen acerca de la posición del deudor; e igualmente la doctrina omite pronunciamiento sobre la suerte de las defensas del deudor⁹⁹⁸. Empero, todo persuade de que las diferencias entre una y otra figura y la exigencia de preservar los derechos del deudor conducen a afirmar que este puede oponer al subrogatario las mismas excepciones valederas contra el acreedor: el pagador asume ese riesgo; la ley no previene la necesidad de reserva oportuna de excepciones, y en esa dirección previene la norma del código de comercio atrás citada.

No está de más indicar que la subrogación coloca al tercero en la misma posición del acreedor, por ello se entiende en cuanto a los derechos del acreedor como tal, de modo que, en mi sentir, en tratándose de relaciones obligatorias surgidas de contrato de prestaciones correlativas, no le transfieren aquellos derechos y pretensiones que no son propiamente de acreedor sino de parte contratante, ante todo la acción resolutoria por incumplimiento⁹⁹⁹. De la misma manera que el cesionario lo es del crédito y no se transfiere lo que es propio de su condición de parte en el contrato, lo que se produce es una mera *sucessio in locum creditoris*¹⁰⁰⁰.

312. subrogación parcial

Si la satisfacción y el consiguiente desinteresamiento del acreedor es apenas parcial, la sustitución subrogatoria corresponderá a la proporción o cuantía de aquella, y entonces el relevo del acreedor no será completo: coexistirá su derecho al saldo con el derecho del

⁹⁹⁵ (Q□OD□FHVLYQ□□HO□FUpGLWR□VH□WRPD□HQ□FRQVLGHUDFLYQ□FRPR□μREMHWRF□GHO□QHJRFbR□□SRU□WDQWR□□
 en la cesión como en la subrogación, difieUH□HQ□TXH□□HQ□OD□FHVLYQ□□RFXUUH□SRU□HIHFWR□GHO□QHJRFRLR□□μHVWf□□
 QHJRFRLR□PLVPR□□PLHQWUDV□TXH□HQ□OD□VXEURJDFLYQ□VREUHYLHQH□SRU□OH□□GDGD□OD□RFXUUHQFLD□GH□
 pagamento con surrogazione, cit., p. 733.

⁹⁹⁶ Cfr. cas. de 8 de septiembre de 1942, liv-bis, 53.

⁹⁹⁷ Cfr. arts. 1249 code civil fr., 1204 codice civile.

⁹⁹⁸ Por todos, cfr. Claro Solar. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, cit., t. 12, n.º 1574 y ss., p. 271 y ss.; Fueyo Laneri. Derecho civil, iv, De las obligaciones, ii, cit., n.º 506 y ss., p. 104 y ss.; Mazeaud et Chabas. Leçons de droit civil, t. ii, vol. 1, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 857, p. 954 y s.

⁹⁹⁹ En el mismo sentido, Ospina Fernández. El régimen general de las obligaciones, cit., n.º 592, p. 379 y s.

¹⁰⁰⁰ 9HUVXV□MXLSUXGHQFLD□GRFWULQ□TUDQFHVVD□>@□VXEURJDGR□VH□EHQHILFLD□GH□WRGRV□ORV□
garantías: este fue, en sus orígenes, el único efecto de la subrogación, y aún hoy ese es su interés mayor. Pero, el efecto de la
VXEURJDFlyQ□HV□PiV□FRPSOHWR□HO□VXEURJDGR□VH□EHQHILFLD□GHO□FUPLWR□PLVPR□TXH□SDJy□μFRQ□W
SUHVHQWHV□SRU□YHQLU□6L□VH□WUDWD□GHO□FUPLWR□GH□XQ□YHQGH□Pueden ser modificados□VX□GLVSRVLFLy
sostiene ahora la jurisprudencia, el beneficio de la cláusula de reserva de dominio [...] 6H□OH□WUDQVPLWH□OD□DDFLyQ□REOLFXD□
Mazeaud et Chabas. Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 858 y notas 2 y ss., p. 955. Con posibilidad, según la
MXLSUXGHQFLD□GH□TXH□HO□VXEURJDGR□OH□GHMH□HMHFUH□DO□VXEURJDOWH□ORV□GHUHFKRIV□TXH□K

tercero que subentra, pero con una posición de ventaja respecto de este, que en fin de cuentas es un intruso (*nemo contra se subrogasse censetur*). Esa primacía consiste en que el acreedor primario tiene *preferencia* (arts. 1670 y 2493 c. c.), de modo que, en una ejecución concurrente, a él habrá de satisfacerse con prelación. Piénsese, antes que nada, en el crédito garantizado con prenda o hipoteca (art. 2499 c. c.). Pero desaparecería en el evento de que el saldo del crédito que conserva el acreedor originario resulte transferido a otro tercero pagador, también por subrogación, porque allí los actuales titulares del crédito estarían en la misma condición de subrogatarios¹⁰⁰¹. Y en cuanto a la ejecución coactiva y a la disposición del crédito a favor de terceros o frente al deudor, cada cual procede autónomamente y con efecto circunscrito a su porción de crédito.

313. interrupción de la prescripción en caso de subrogación parcial

¿Otra cosa habría que pensar en lo que respecta a la interrupción de la prescripción? ¿La demanda de uno solo de ellos o el reconocimiento de la deuda que haga el deudor respecto de uno solo de ellos producirá efectos sobre la relación obligatoria de ambos? La jurisprudencia francesa tiene “al *solvens* como una especie de representante del subrogante, y decidió que la interrupción de la prescripción en beneficio del subrogado valía a favor del subrogante, en un caso en que no había vínculo *in solidum*”¹⁰⁰².

314. tutela del tercero subrogado en crédito putativo

En el evento de que el crédito satisfecho por el tercero no hubiera existido realmente o de que se hubiera extinguido ya para la fecha de la subrogación, el tercero cuya pretensión resulte desestimada por la prosperidad de las excepciones del deudor o por decisión judicial *ex officio* (arts. 306 y 509 a 510 c. de p. c.), podrá ejercitar frente al acreedor la acción de repetición del pago de lo no debido (art. 2313 c. c.).

V. cesión de crédito

315. cesión como sinónimo de transferencia

Cesión es un término que se emplea para indicar en general el traspaso de bienes incorpóreos, sean ellos créditos o no (cesión del derecho de herencia o de legado: art. 1967 c. c.; cesión de derechos litigiosos: art. 1969 c. c.; cesión de interés social: arts. 329 y ss., 338, 362 y ss. c. co.; cesión de nombre comercial: art. 608 c. co.). En materia crediticia se habla de cesión para identificar la enajenación de créditos de derecho común (civiles, comerciales ordinarios, laborales, administrativos) y de endoso para la de los comerciales, genéricamente, y más en concreto, para la de los títulos-valores (arts. 620 y 645 c. co.), pero la figura es la misma, con las salvedades propias de los regímenes singulares acerca de formalidades, fraccionabilidad, oponibilidad, reserva o traslado de excepciones, responsabilidad del cedente y acciones, que se estudiarán luego, una vez analizado el sistema común.

¹⁰⁰¹ Mazeaud et Chabas. Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 859, p. 958.

¹⁰⁰² Mazeaud et Chabas. Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 858, p. 956 y s.

316. cesión de créditos*

Como quiera que el crédito es un activo patrimonial y suele ser una porción importante de capital, más en la época contemporánea, al punto de que buena parte de las fortunas está representada en créditos: bonos, certificados de depósito, cédulas, títulos, “papeles”, su enajenabilidad y su enajenación, de suyo tema importante, han adquirido mayor interés y trascendencia¹⁰⁰³. Sin ir más lejos, piénsese en las figuras de la adquisición de bonos a tiempo de su emisión por parte de un intermediario financiero que seguidamente procede a su “distribución” en el mercado secundario; del “descuento” profesional (*Factoring*); y más recientemente en la de la “movilización de créditos” o de la “titularización”, practicadas directamente o con el concurso de un contrato de fiducia y por intermedio de una entidad fiduciaria¹⁰⁰⁴.

317. naturaleza jurídica de la cesión

Toda enajenación de un crédito por acto entre vivos, a cualquier título que se haga, encuadra dentro del concepto genérico de “cesión”. La cesión es en sí misma una transferencia negocial del derecho por parte de su titular a un tercero; en esa razón, “la adquisición del derecho transferido tiene carácter derivativo, a título singular, por acto entre vivos”. La cesión de créditos es un negocio jurídico: acto de autonomía privada, en virtud del cual ¹⁰⁰⁵ el acreedor dispone de su derecho, para transferirlo a un tercero, quien será en adelante el único sujeto activo de la relación, si la cesión es total, o uno de ellos, en la medida del traspaso, si la cesión es parcial, y con quien habrá de entenderse en lo sucesivo el deudor, ante todo para la cancelación. La cesión es un instrumento social y legal para la disposición de derechos subjetivos, acá el de crédito. Más específicamente es un contrato por el cual el acreedor *cedente*, gratuita o retributivamente, transfiere a la otra parte, *cesionario*, el crédito, considerado como un bien incorporal (arts. 653 [3] y 761 c. c.). Sus partes son el acreedor cedente y el tercero cesionario. El deudor no es parte en la cesión, es

* Cfr. P. Perlingieri. Della cessione dei crediti, en Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-
5RPD□□□□□□□\$□□=DFFDUL□□□/□JDUDQJLD□GHOOIHVLVWHQ□Dei G. Padellaro, GB92R□; DIFardesYLusWD□G
conflits de lois en matière de cession de créance, Paris, 1997; C. Gómez Estrada. De los principales contratos civiles, 3.^a ed.,
Bogotá, 1999; J. A. Bonivento Fernández. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, 14.^a ed.,
Bogotá, 2000, cap. iii.

1003 5HYDOWDQGR□OD□XWLOLGDG□SUIFWLFD□GH□OD□FHVLyQ□□ODJHDXG□HW□&KDEDV□□/HoRQV□□2EOLJDWLRQV□□
1275, ponen de presente que la cesión le abre grandes posibilidades de liquidez al acreedor y atiende a sus apremios de
disponibilidad inmediata, le provee medios de constituir garantías para obtener crédito, simplifica las operaciones entre
acreedores de acreedores y deudores de deudores, le facilita al acreedor las diligencias y gestiones de cobro, y en fin, lo
descarga de las molestias y los costos de un proceso contra deudores recalcitrantes.

¹⁰⁰⁴ Reglamentadas minuciosamente en Francia por la Ley 1.^a de 1981; cfr. Mazeaud et Chabas. Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 1268-2, p. 1283 y ss. El art. 12 de la Ley 546 de 1999, creadora de la Unidad de Valor Real (uvr), dispuso:

«⁷LWXODULJDFLYQ□GH□FDUWHUD□KLSRWHFDULD□□RV□HVVDEOHFLPLHQWRV□GH□FUpGLWRé ley ODV□HQWLGDGHV□ podrán emitir títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda, incluyendo sus garantías o títulos representativos de derechos sobre los mismos y sobre las garantías que los respaldan, cuando tengan FRPR□SURSyVLWR□HQDMHQDUORV□HQ□HO□PHUFDGR□GH□FDSLWDODHV□>«@□RV□HVVDEOHFLPLHQWR transferir sus créditos, incluyendo las garantías o los derechos sobre los mismos y sus respectivas garantías, a sociedades titularizadoras, a sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos o a otras instituciones autorizadas por el Gobierno Nacional, con el fin de que éstas emitan títulos, en las condiciones previstas en el presente artículo, para ser colocadas entre el público. Parágrafo. La cesión de cualquier crédito, garantía o derecho sobre los mismos, que se realice para movilizar activos financieros en desarrollo de lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo, no SURGXFLUi□HIHFWRV□GH□QRyDfLYQ<□

1005 BiaOFD / TREEOLJD LROH FLW O S \ O S

318. la cesión como negocio abstracto

La relación de base, o sea el contrato en cuya razón el acreedor cede el crédito al cesionario, “incumbe exclusivamente a quienes celebran el contrato, de modo que el deudor nada tiene que ver con el título que determina a los contratantes a realizar la cesión”, de manera que él es ajeno a los requisitos y a las irregularidades o vicios de que aquel pueda padecer, de cuya recurrencia no se puede prevaler¹⁰¹⁰.

319. la cesión es un negocio formal y real

La cesión es un *negocio formal*, dado que exige para su validez solemnidades especiales¹⁰¹¹, consistentes en su documentación con la firma del cedente; si el crédito es documentado, es decir, si consta en un documento, allí se escribirá la nota correspondiente, y en caso contrario, se extenderá uno a propósito, que puede ser la propia carta de pago (art. 1669 *in fine* c. c.), y en ambas oportunidades con la expresión inequívoca del traspaso a favor del cesionario, sin “exigencia de frases sacramentales”¹⁰¹², que suscribirá el acreedor cedente (art. 1959 c. c. [33 Ley 57 de 1887])¹⁰¹³. En el crédito constituido por escritura

1006 H□PDQHUD□FRQIXVD□□FDV□□GH□□□□GH□MXOLR□GH□□□□□□□□OLL□□□□□'SFHSWDGD□OD□FHVLyQ□SRU□HO□GHX
el cesionario, aquel se vincula al contrato celebrado entre cedente y cesionario [1], pero únicamente en lo relacionado con el
SDJR□GH□□FUpGLWR□□□FRQ□ODV□H□FHSFLRQHv□TXH□SXHG□SursRQH□DO□FHVLRQDULR'□□□FDV□□GH□□□GH□
de un crédito conlleva dos etapas bien definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las
GHWHUPLQ□□HQUH□HO□FHVLRQDULR□□□HO□GHXGRU□FHGLGR'□□&IU□□FDV□□GH□□□□GH□VHswLHPEUH□GH□□
cli. 49.

¹⁰⁰⁷ Cfr. Gómez Estrada. De los principales contratos civiles, cit., n.º 129, p. 148.

¹⁰⁰⁸ Cas. 9 de mayo de 1914, xxiv, 84.

1009 \$Vt□H□Q□FDV□□GH□□□□GH□DEULO□GH□□□□□□H□[S□□□□□□□□□3DGHPIV□GH□ODV□UHJXODFLRQHVS□SURLDV□GH□□
resulta necesario observar el régimen jurídico aplicable al respectivo negocio jurídico de disposición del derecho personal,
HVWR□HV□□HO□UpJLPHQ□GH□OD□YHQWD□□GH□OD□SHUPXWD□□GH□OD□GRQDFLyQ□□GHO□DSRUWH□H□□VRFHLHG□

¹⁰¹⁰ Así, cas. de 9 de mayo de 1914, xxiv, 84; 31 de agosto de 1920, xxviii, 165.

¹⁰¹¹ A diferencia de la cesión en el derecho francés (arts. 1689 y s. *code civil*) y en el derecho italiano (art. 1262 *codice civile*), donde es un contrato consensual. Cfr. Mazeaud et Chabas. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1259, p. 1277.

¹⁰¹² Así, cas. de 9 de noviembre de 1933, xli bis, 60.

¹⁰¹³ Solemnidad constitutiva o ad substantiam actus. Cosa distinta es que, como lo señaló la Corte en cas. de 15 de junio de 1892,
YLL□□□□□□HO□PHUR□³DFXHUGR□GH□ODV□YROXQWDGHV□KD□D□GDGR□QDFLPLHQWR□□□□KQD□FRQYHOFly□□GL

pública, ante todo el caucionado con hipoteca, la nota deberá suscribirse en la copia con mérito para exigir el cumplimiento que la notaría haya expedido al acreedor (art. 82 Dcto. 960 de 1970)¹⁰¹⁴.

La cesión, además, es un *negocio real*, por cuanto “no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título” (art. 741 c. c.)¹⁰¹⁵, o sea, con la “tradición” de la cosa (art. 1500 c. c.), en este caso con la entrega del documento: aquel en que corre el crédito, al que se le puso la nota correspondiente, o el elaborado para la cesión (arts. 1959 [33 Ley 57 de 1887] c. c. y 82 Dcto. 960 de 1970)¹⁰¹⁶.

320. modalidades de la cesión

En fin, la cesión puede ser simple o condicional, total o parcial, como también a favor de uno o de varios sujetos, todo a discreción de las partes: cedente y cesionario.

321. créditos no cesibles

En principio, todos los créditos son susceptibles de transferencia por medio de cesión. Empero, hay salvedades excepcionales: los créditos no transmisibles por su naturaleza estrictamente personal¹⁰¹⁷, de que es ejemplo paradigmático el de alimentos (a los futuros, pues el crédito ya devengado sí es cesible: art. 426 c. c.), y al respecto es interesante recordar que en el derecho romano se prohibió la cesión *in potentiorum*: el acreedor no podía ceder el crédito a una persona más poderosa, esto es, de rango social más elevado, que pudiera oprimir o vejar al deudor¹⁰¹⁸.

322. cesión y apoderamiento para el cobro

Por último, es del caso diferenciar la cesión del apoderamiento a un tercero, teniendo presente que, cuando a él se procede para que el apoderado exija la prestación en nombre propio, se tiene una cesión (cesión al cobro), con plenos efectos respecto de terceros, a quienes no es dable oponer la atenuación interna, que únicamente vincula a las partes.

323. requisitos de la cesión entre las partes

GHPiV VH KDQ OOHQDGR HQ HOOD ODV FRQGLFLRQH V JHQHUDOHV SDUD OD YDOLGH GH ORV FRQWUD

cesión de crédito, ni podría producir los efectos de esta. Cfr. cas. de 20 de marzo de 1918, xxvi, 312.
¹⁰¹⁴ Norma esta que puso término a una antigua controversia doctrinal, habiendo optado por la tesis más lógica, teniendo en cuenta que en aquellos casos el crédito en sí o su garantía no pueden exigirse sin aportar la copia hábil, de modo que a lo dicho en tal documento se contrae la pretensión, con literalidad evidente del derecho (arts. 80 y 81 Dcto. 960 de 1970).

¹⁰¹⁵ /D H[SUHVLYQ 'WtWXOR' VH HPSOHD FRUULHQWHPHQWH WDQWR HQ HO VHQWLGR GH 'RULJHQ R IXQ REOLJDFLyQ FRPR HQ HO GH 'VHPWWDGLQ DXP' DFHSFLRQH V GH 'LFFLRQDULR GH OD OHQ

¹⁰¹⁶ &RQ UHDOFH GH GLFKR UHTXLVLWR FRQVWLWXWLYR 'QR VH HQWHQGHI μSHUHFFLRQGD OD FHVLYQ entrega material del título en que consta el crédito, en el cual se haya puesto la nota de traspaso suscrita por el dueño del

¹⁰¹⁷ (QWUDQ WSLFDPHQWH HQ OD FHVLYQ GH 'VHPWWDGLQ DXP' prestaciones de carácter artístico e intelectual D IDYRU GH GHWHUPLQGRV VXMHWRV SUHVWDFLRQH V GH FXLGDGR HQ VHQWLGR DPSOLR GH /REEOLJD LRQH FLW Q S no cesibles FHVLYQ GH 'VHPWWDGLQ DXP' de 1927, xxxv, 53; 26 de septiembre de 1941, lii, 403.

¹⁰¹⁸ Ferrini. Diritto romano, cit., p. 111; Biondi. Istituzioni di diritto romano, 3.ª ed., cit., p. 346; Burdese. Manuale di diritto privato romano, 4.ª ed., cit., p. 543. Tutela, por cierto, poco recordada a propósito del principio del favor debitoris, análoga en su razón de ser a la limitación de la pretensión del cesionario contra el deudor al importe de lo pagado por él al cedente (lex Anastasia, CI. 4, 35, 22) y a la prohibición de cesión del crédito litigioso (CI. 8, 36, 2).

Como todo negocio de enajenación, para su validez exige la capacidad de ambas partes y el poder dispositivo del “tradente” (arts. 741 y 1633 c. c.). El objeto de la cesión es el crédito como bien incorporal, que puede no existir ni llegar a existir (arts. 869 y 1870 c. c.), como tampoco ser del cedente (art. 1871 c. c.), a quien además le puede estar prohibida su enajenación (arts. 1504 *in fine* y 1521 [3.º] c. c.; 98 [3] y 151 [1] Ley 222 de 1995); puntos estos que imponen reenvío, unos a los presupuestos de validez del negocio jurídico, y otros, a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones surgidas de él.

En lo que respecta a la fecha de la cesión para entre las partes, ella será en principio la que aparezca en la correspondiente nota¹⁰²³, en el supuesto de que entonces mismo se hizo la entrega del documento, pero que bien puede ser la de esta última, toda vez que sólo entonces culmina el recorrido de la *figura legis* y, por ende, existe cesión.

La cesión de por sí inviste al cesionario del derecho de acreedor, o más precisamente, le otorga todos los derechos que tenía el cedente (arts. 752 y 1964 c. c.) y, dada su función social, tiende a la satisfacción de aquel por parte del deudor, que se verá frustrada no sólo cuando el crédito no exista o el obligado pueda oponerse valederamente a su cobro, sino también en caso de insolvencia suya. Y que habrá de ser provisional y reversible, si por

¹⁰²⁰ Cfr. cas. de 5 de mayo de 1941, li, 256.

1022 %LDQFD□□/TREEOLJD/LRQH□□FLW□□□Q□□□□□□□□S□□□□□□\□V□

¹⁰²³ Cfr. cas. de 3 de noviembre de 1937, xlv, 837; 5 de mayo de 1941, li, 256.

incumplir el cesionario las obligaciones a su cargo provenientes de la relación de base (su contrato con el cedente), este obtiene la resolución o la revocación del contrato (arts. 1546, 930 y 1485 c. c.; 870 c. co.). De más está decir que la eficacia de la cesión del crédito presupone que este exista, y que la cesión de un supuesto crédito a cargo de determinada persona no la convierte en deudora.

Se pueden transmitir únicamente los créditos que son susceptibles de enajenación (arts. 1521 [1.º y 2.º] y 1866 c. c.). Por lo mismo, será inválida la cesión de créditos embargados (secuestrados), como también de las prestaciones alimenticias o de salarios no devengadas aún (arts. 424 c. c. y 142 c. s. t.). Además, téngase presente que no se puede disponer válidamente sino de lo propio o de aquello ajeno sobre lo cual se tiene excepcionalmente poder de disposición.

325. responsabilidad del cedente

Es conocida la progenie de las disposiciones de los códigos a propósito de las garantías a cargo del cedente. Estos son los textos de las fuentes romanas, que, por cierto, han dado lugar a mucha discusión: “Si se hubiera vendido un crédito [...] que no debe responder de que sea abonado el deudor; pero que responde de que haya deudor, si no se convino otra cosa” (ULPIANO, con apoyo en CELSO. D. 18, 4, 4) “—y ciertamente sin excepción, si no se hubiere tratado lo contrario. Pero si se hubiere dicho que el deudor lo era de cierta suma, el vendedor se obliga por esta suma, si de cantidad incierta, y nada debiera, por cuanto importe al comprador” (PAULO. D. 18, 4, 5). “El que vendió un crédito tal cual era, está obligado a responder solamente de que exista, no también de que pueda cobrarse alguna cosa, y del dolo” (HERMOGENIANO. D. 21, 2, 74, 3).

El cedente, en principio, responde de su calidad de acreedor, es decir, garantiza la existencia del crédito (*nomen verum*), al propio tiempo que su titularidad y la enajenabilidad del mismo y por él, en el momento de la celebración del contrato. Son las voces del art. 1693 *code civil fr.*: “El que vende un crédito [...] debe garantizar su existencia al momento de la transferencia” y del § 437 BGB: “El vendedor de un crédito u otro derecho responde de la existencia del crédito o del derecho”.

Cual se anotó, la cesión es una especie del género negocio de transferencia de derechos, cuya causa puede ser onerosa o gratuita, y más precisamente, *solvendi*, *donandi* o *credendi*, caracteres que necesariamente influyen en la regulación de las vicisitudes de la enajenación. La cesión de crédito, se repite, tiene por objeto un crédito, o sea el derecho a una determinada prestación a cargo de una determinada persona. Ese objeto muestra caracteres especiales, en contraste con otros bienes y derechos, de los cuales importa aquí destacar el que su condición y calidad no es susceptible de apreciación directa por parte del candidato a adquirente, de donde se deriva la protección singular que el ordenamiento le otorga. La existencia misma del crédito, su pertenencia al cedente, su enajenabilidad, la ausencia de vicios, no son comprobables fácilmente, por lo cual el cesionario en ciernes termina haciendo fe en los asertos del cedente¹⁰²⁴.

¹⁰²⁴ 3/D□UDWLR□TXH□FRQGXM□D□OD□SUHYLVLYQ□GH□OD□JDUDQW□D□GH□OD□H□LVWHQFLD□GH□F□FUpGLWR□FHGLGR□ una forma de mayor tutela a quien adquiere un crédito, o sea un bien cuya existencia efectiva sólo puede ser verificada con GLILFXOWDG□□GH□WRGRV□PRGRV□□UDUDPHQWH□FRQ□FHUWH□D□□DO□FRQWUDULR□GH□FXDQWR□RFXUUH□HQ□□ ZaccDULD□□/D□JDUDQJLD□GHOO□HVLVWHQJLD□GH□F□FUGLWR□□FLW□□□S□□□□□□□□V□□□□S□□□□□□□□V□□□□(V□FLH□ posición de quien, aprestándose a celebrar una compraventa, pretende verificar la existencia y las características de un bien material, y la posición de quien, deseando adquirir, en cambio, un crédito o una determinada posición contractual, quiere proceder a verificaciones de tal género; y es igualmente evidente la oportunidad, por no decir la necesidad, en este último

326. cesión a título oneroso y a título gratuito

Delante de tales problemas resulta indispensable indagar acerca de los antecedentes de la cesión, esto es, de la relación subyacente, y distinguir, para los menesteres de la responsabilidad del cedente, entre la enajenación a título gratuito y la a título oneroso (arts. 1497 y 1965 c. c.), dado que en el primer caso aquel no responde al cesionario ni de la existencia del crédito ni de su titularidad y poder de disposición, y menos aún de su efectividad (art. 1479 c. c.), salvo las excepciones correspondientes a la donación remuneratoria y a la con causa onerosa (arts. 1490 [1] y 1480 c. c.), a cuyo propósito es preciso puntualizar hasta dónde va la retribución u onerosidad y dónde comienza la mera gratuidad, y tener en cuenta que “las donaciones con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena, a sabiendas” (art. 1480 [2] c. c.); en tanto que en la remuneratoria, el donatario “tendrá derecho a exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto no aparecieren haberse compensado por los frutos” (art. 1492 c. c.). Por lo demás, el cesionario a título gratuito, frustrado en sus ilusiones, podrá reclamar la indemnización de los daños recibidos por la falta de veracidad o seriedad de la cesión, como serían los gastos, judiciales o no, de la cobranza fallida, con exclusión del valor del derecho perdido.

En el segundo caso, cesión a título oneroso, por *analogia legis* se han de aplicar las reglas del contrato de compraventa: el cesionario tendrá acción de saneamiento por evicción, dado que el cedente responde entonces de la existencia del crédito al tiempo de la cesión y de que en realidad le pertenecía y podía enajenarlo (arts. 1965 y 1893 y ss. c. c.)¹⁰²⁵; como también acción resolutoria por incumplimiento, cuando fuere del caso (p. ej., en la dación en pago: arts. 643 y 882 c. co.) y, en su oportunidad, la de nulidad (absoluta), total o parcial, por falta de idoneidad del objeto (arts. 1741 y 1870 c. c.; 899 [1.º] y 902 c. co.), cada cual con sus consecuencias propias (arts. 1904, 1564 y 1746 c. c.). Y sobra advertir que es del todo factible restringir, como también excluir, tales garantías, con las salvedades propias de toda cláusula de tal índole: por contradicción de la buena fe (supresión de responsabilidad) y abuso de la posición dominante; y que, igualmente, caben el robustecimiento y la ampliación de aquellas, con temperamentos análogos.

327. exclusión de la responsabilidad

Previsión que no se opone a que se suprima dicha garantía, o sea al disponer que el objeto de la transferencia sea contingente, caso en el cual el cesionario asume el alea, esto es la eventualidad de la ausencia de crédito y nada podrá reclamar al cedente por dicho vacío (art. 1869 c. c.), carácter que, por lo demás, es propio de la cesión de créditos litigiosos (“el evento incierto de la *litis*”: art. 1969, *infra* n.º 358 y ss.).

caso, de una WXWHOD□HVSHFLDO□GHO□FRPSUDGRU'□□=DDFDULD□□&HVVLQRH□GHO□FRQWUDWWR□H□JDUDQJLD□GH□
civile, Padova, 1985, i, p. 241.

¹⁰²⁵ 6H□GLVWLQJXH□GRV□HVSHFLHV□GH□JDUDQW□D□HQ□ODV□UHQWDV□\□RWUR□Vchop□G□WMA□D□JDUDQW□D□GH□GHU□
derecho es llamada así, porque el vendedor está obligado a ella de pleno derecho, sin que se la haya convenido, y por la
naturaleza misma del contrato. Consiste en asegurar que el crédito es verdaderamente debido, y en defender al comprador de
las demandas de aquellos que reivindicaren su propiedad en contra del comprador, o que pretendieren tener algún gravamen.
La garantía de hecho es llamada así, porque el vendedor no está obligado a ella de pleno derecho y por la sola naturaleza del
FRQWUDWR□□VLQR□VRODPHQWH□FXDQGR□GH□KHFKR□□□SRU□XQD□FOiXVXOD□SDUWLPR□GHO□FRQWUDWR□
Traité de la vente, trad. italiana de F. Foramiti, Venezia, 1834, n.º 559.

328. inexistencia del crédito

Mientras que el art. 1870 c. c. previene que “[l]a venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse¹⁰²⁶ el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno”, el art. 1965 *ibidem* dispone que “[e]l que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión...”. La doctrina, en especial la alemana, se ha ocupado de desentrañar la razón de la dualidad de regímenes, como también de analizar los efectos de la disciplina propia de la cesión de créditos¹⁰²⁷. Este contraste entre las dos ventas, que se encuentra en todos los códigos, obedece, sin duda, a la mencionada diferencia de los objetos.

Ciertamente el cedente, a menos que haya habido pacto en contrario, legalmente está llamado a responder por la *existencia* del crédito al momento de la cesión. Pero, ¿qué ha de entenderse por tal? Se pregunta si dicho concepto se ha de extender a las hipótesis contiguas de su extinción anterior al contrato, de falta de legitimación del cedente, de incesibilidad del crédito, de nulidad del negocio jurídico de donde surgió, de excepciones del deudor fundadas en hechos anteriores a este. Al respecto es básico tener en cuenta que el ordenamiento colombiano, en el citado art. 1964 c. c., trae una “definición” de “inexistencia al tiempo de la cesión”: “esto es [...] que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo”, que no sólo deja pendiente la inquietud, sino que la proyecta sobre la propia ausencia del crédito en sentido “técnico”. Sin embargo, puede afirmarse que la doctrina es conteste en sostener una interpretación amplia de la asunción de la garantía de la existencia del crédito por parte del cedente, de modo de comprender todas aquellas eventualidades en que no se da una transferencia eficaz del crédito¹⁰²⁸, que, por consiguiente, excluye la extinción del crédito por hechos acaecidos luego de la cesión¹⁰²⁹.

El art. 1965 c. c. remite la disciplina de la garantía de la existencia del crédito al momento de la cesión del cedente a la disciplina de la compraventa y, en consecuencia, puede afirmarse que las partes pueden pactar tanto la eliminación como la limitación de dicha garantía (art. 1895 c. c.), con la sola prevención de que la mala fe del cedente determina la nulidad del pacto de exención (art. 1898 c. c.)¹⁰³⁰. Ahora bien, es también natural la anotación de que aun cuando se haya excluido la garantía del cedente, este, de todos modos, responderá por el “hecho propio”¹⁰³¹, esto es, por los daños (el interés negativo) que con culpa o dolo haya ocasionado al cesionario con la frustración del contrato. Y, a la inversa, no hay lugar a pensar en responsabilidad del cedente en el caso de *cessio legis*, o de créditos que hacen parte de una “masa patrimonial” (p. ej., la herencia [art. 1967 c. c.] o el

En varias oportunidades el propio código emplea análogos como "SHUIHFFLRQDU"/FRQ UHODFLyQ DO FRQWU... el contrato ya existiera antes de ese remate, con lo cual se distorsiona el concepto mismo de la forma o la res como elemento VVWDQLDO GH OD ILJXUD TXH QR HV MXPR TXHVRSKOHUHQHVLWLUMXuGLFDPHQWH VLQ pODUD &IU =DFDULD D JDUDJLD GHOOHVLVWHQJD GHO FUHLWR FLW Q S V V Q

evolución del debate acerca de si la ausencia del crédito implica nulidad o incumplimiento, y de las consecuencias de acoger una u otra solución.

1028 3/DJDUDQWQGHODµH[LVWHQFLD¶GHOFUpGLWRVHGHGHFRQVLGHUDUDSUHVHQQWHinQRVRORHQOD
cedido no existe, sino también en todos aquellos supuestos de hecho en los que el crédito se extingue con posterioridad a la
FHVLYQFRQHIFWRUHWURDFWLYRQHQFXDQWRDTXHMDGRGHXQ¶YLFRLR¶HQVHQWLGRODWR¶SUHV
/DJDUDQLDGHOO¶HVLVWHQFLDGHOFUFLY s.

1029 &IU000=DFFDULD000/D0JDUDQJLD0GH00HVLVWQHJ0D0GH0FUHGLWR00FLW000Q000000Vngue0S0000000VV00
por causas posteriores a la cesión, aunque imputables al cedente, la garantía no puede ser invocada, por cuanto ella opera
VRODPH0WH0FRO0UHIHUH0FLD0DO0PRPH0WR0GH0OD0FHVLvO'00RE00FLW000O0000000S000000

¹⁰³⁰ Cfr. J. Rodríguez-Fonnegra. Del contrato de compraventa y materias aledañas, Bogotá, 1960, n.º 506 y s.; p. 783 y s.

¹⁰³¹ Así el art. 1266 [1] codicH□FLYLOH□LW□□&IU□□=DFFDULD□□/D□JDUDO□LD□GHOO□HVLVWHO□D□GHO□FUHGLWR□□FLW□□□

[illegible]

aquellos en los que el derecho se identifica con el documento (títulos valores, art. 619 c. co.): dado que la cesión exige documentación y entrega del documento al cesionario, bien puede ocurrir que el titular de un derecho, acá el acreedor, disponga del mismo derecho a favor de distintas personas por medio de otros tantos contratos sucesivos, lo cual da lugar a conflictos entre los respectivos cesionarios: ¿cuál de ellos será el adquirente del crédito cedido y qué derecho corresponde a los restantes? Acá viene directamente a dar respuesta la norma del art. 1873 c. c.: “el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si [el vendedor] ha hecho la entrega separadamente a varios, aquel a quien se haya hecho primero será preferido”, con la precisión de que la entrega del documento con la nota de cesión es formalidad constitutiva de esta. Sólo que a ello habría que agregar que, respecto de “deudor y terceros”, será preferido aquel cesionario que primero notificó la cesión al deudor¹⁰³⁵.

332. cesión de crédito en pago o para el pago

La cesión del crédito es utilizada frecuentemente para atender al pago de otro crédito. En tanto que el ordenamiento civil no se ocupa de esta figura, la legislación mercantil ha solido hacerlo a propósito de la transferencia de los sucesivamente llamados efectos de comercio, instrumentos negociables, hoy títulos valores de contenido crediticio. Al respecto es preciso distinguir la dación en pago (*datio in solutum*), de la provisión para el pago (*datio ad solutum*), sobre lo cual se ahondará adelante (*infra* n.º 587). El código de comercio trae al efecto estas dos normas: art. 643: “La emisión o transferencia de un título-valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a tal emisión o transferencia”; art. 882: “La entrega de [...] títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de esta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera”. De ello puede ponerse en claro, en lo que hace al tema acá desarrollado, o sea al de la responsabilidad del cedente en caso de inexistencia del crédito al momento de celebrarse la cesión, que si la relación crediticia original resultó extinguida por dación en pago (novación), el cedente liberado habrá de responder plenamente como garante; en tanto que si apenas se trató de una provisión para el pago, con duplicación de título, dicho cedente no tendrá que responder sino, en su caso, por el daño que hubiera llegado a sufrir el cesionario por la frustración del trámite, toda vez que este conserva intacto su derecho en la relación obligatoria con su deudor, que puede ejercitar ante la inejecución del crédito cedido¹⁰³⁶.

333. prohibición de cesión

Es oportuno preguntar acerca de la validez de la prohibición de ceder un crédito contenida en cláusula de un negocio jurídico (*pactum de non cedendo*). Puede decirse al respecto que, en principio, nada se opone a tal exigencia de permanencia del acreedor inicial al frente de la pretensión crediticia; es esta una medida tutelar del interés del deudor, que no sería impugnabile o a la que no se le podría descalificar sino en ausencia de tal interés o en el

¹⁰³⁵ Así, en cas. de 5 de mayo de 1941, li, 256, y en el art. 289 c. c. de Brasil de 2001.

¹⁰³⁶ =DFFDULD□□/D□JDUDQJLD□GHOO□HVLVWHQJLD□GHO□FUHGLWR□□FLW□□□□□□□□□□S□□□□□□

supuesto de no ser este legítimo. Piénsese en algunos pasajes aéreos en donde, dado su origen o determinadas circunstancias, se introduce la expresión “no transferible”, o en el de títulos valores a la orden en los cuales el creador o un endosante establece tal veda (art. 715 c. co.). ¿Cómo hacer efectiva dicha prohibición? ¿Habrá el juez de rechazar la demanda del cesionario o deberá acogerla, a la espera de excepción en tal sentido del deudor demandado? Natural que si el deudor “acepta” la cesión, es decir, si acoge al cesionario sin protesta alguna, su conducta concluyente¹⁰³⁷ u omisiva se tendrá como una prescindencia suya del beneficio que para él implica la perseverancia del mismo acreedor (o, como se suele decir en esta clase de circunstancias, esa actitud es una renuncia de aquel beneficio). En todo caso, la prohibición convencional de ceder un crédito no puede ser opuesta al tercero cesionario de buena fe, esto es, a menos que conste en el documento en que obra el crédito¹⁰³⁸ o que él haya tenido o debido tener conocimiento por cualquier otro medio.

La Corte Suprema de Justicia, sobre la base de su afirmación de que “la naturaleza de la subrogación del asegurador prevista en el art. 1096 c. co., es de orden público”, e invocando los arts. 15 y 16 c. c. y las nociones de fraude a la ley y simulación fraudulenta, declaró que “si en la ejecución de un contrato de seguro y por el pago de la indemnización por el asegurador, se pacta la cesión de los derechos del asegurado al asegurador, esta carece de efectos. Porque la cesión versa sobre el derecho cancelado por el asegurador, dicho negocio es ineficaz por carencia absoluta de objeto, porque los derechos de los cuales sería cesionario ya los adquirió en forma *ipso iure* como asegurador –subrogatario legal”¹⁰³⁹. Lo cual, valga anotar, sería algo bien distinto de una violación del orden público y, consiguientemente, de una ilicitud.

334. efectos de la cesión frente al deudor y a otros terceros

Dado que el crédito no es sino un derecho a la prestación, por cuanto su objeto no es un bien corporal, sino una conducta del sujeto pasivo de la relación jurídica, el interés del acreedor implica, necesariamente, un débito, que no surge sino en virtud de la presencia de uno cualquiera de los hechos que conforme a la ley tienen eficacia generadora de obligaciones (art. 1494 c. c.). En otros términos, nadie se convierte en deudor sino en razón de sus propios actos, sean los de disposición de sus intereses mediante un negocio jurídico, sea su actuación dañina que impone el resarcimiento, sea, en últimas, por la inserción de ellos en una norma que delante de esos determinados sucesos previene tales efectos. Mal podría, pues, resultar deudor en virtud de una estipulación realizada a sus espaldas, sin su concurso o autorización. De ahí por qué la cesión de créditos presuponga el débito y deje al deudor en la misma posición que tenía antes. El cedente no puede, ni solo, ni tampoco junto con el cesionario, afectar adversamente la posición del deudor o de los demás terceros.

¹⁰³⁷ /D□H□SUHVLYQ□³FRQGXFWD□FRQFOX□H□WH'□TXH□DSDUHFH□SRU□SULPHUD□YH□□HQ□HO□RUGHQDPLHQWR□QDFLR□
¹IRWLILFDLYQ□SRU□FRQGXFWD□FRQFOX□H□WH'□TXH□DSDUHFH□SRU□SULPHUD□YH□□HQ□HO□RUGHQDPLHQWR□QDFLR□
 UHLPSU□□□□□HG□□□□IDSROL□□□□□□□□□□FDS□□L□□Q□□□□□□□□□□8Q□FLHUWR□PRGR□GH□FRPSRUWDUVH□TXH□□DX□
 dar noticia de un determinado contenido preceptivo a quien le interesa, sin embargo, puede adquirir en el ambiente social en
 que tiene lugar, significado y valor de declaración, en cuanto hace reconocible, según la experiencia común, un determinada
 toma de posición respecto de algunos intereses que tocan la HVIHUD□MXUtGLFD□DMHQD□HQ□OD□LQWHUIHUHQFLD□FRQ□OD□SUR□
 XQ□DQWHFHGHQWH□MXULVSUXGHQFLDO□HQ□OD□VHQWHQFLD□VQJ□GH□□□□GH□QRYLHPEUH□GH□□□□□□□□□□□□□□
 partes pida aclaración de una sentencia, se manifiesta sabedora en juicio de esa providencia, y tal manifestación surte para
 HVD□SDUWH□ORV□HIHFWRV□GH□XQD□QRWLILFDLYQ□OHJDOPHQWH□KHFKD□□□DMXVWDGD□D□WRGDV□ODV□UHQJ□

¹⁰³⁸ En tal sentido el art. 286 c. c. de Brasil de 2001.

¹⁰³⁹ Cas. de 23 de septiembre de 1993, ccxxv, 563 y s.

335. cesión de crédito aparente

En caso de que el crédito no existiera o no fuera del cedente o este no pudiera enajenarlo, la buena fe del adquirente (cesionario) está protegida únicamente con acciones contra el cedente, pero no contra el deudor, quien es un extraño a esa relación, que no resulta afectado sino por sus propios actos, en condiciones tales que si permaneció totalmente al margen no se vincula. Pero si, por el contrario, dio pie para que el cesionario depositara su confianza en la realidad del crédito, dicho *accipiens* recibirá en verdad un crédito, aun cuando realmente no exista la relación obligacional cedida, como consecuencia de la actitud del “deudor” y de la aplicación de los principios de autorresponsabilidad (cargas de claridad, precisión y lealtad) y de la confianza digna de patrocinio legal, anejos al ejercicio de la autonomía privada. De tal modo se explica que, si bien es cierto que para ceder válidamente un crédito es menester que dicho crédito exista, cuando no habiendo en verdad crédito el deudor se comporta como si lo hubiera, crea o fomenta una apariencia y despierta la fe del cesionario, responde como si fuera efectivamente deudor (créditos ficticios, letras de complacencia)¹⁰⁴⁰.

Adicionalmente ha de anotarse que si posteriormente surge en cabeza del cedente el derecho cedido, este se entenderá transferido al cesionario con retroactividad desde el momento de la “tradicón” (art. 752 [2] c. c.).

336. oponibilidad de la cesión

La cesión, eficaz *inter partes* (cedente y cesionario) desde la celebración del contrato (arts. 1959 [33 Ley 57 de 1887] c. c.), no es oponible a terceros, comenzando por el deudor como primer interesado en saber la mutación del sujeto activo para la validez de su pago (art. 1634 c. c.) y continuando con los acreedores del cedente y del cesionario (arts. 2488 y 2491 c. c.), mientras el deudor no tenga conocimiento fidedigno de ella (art. 1960 c. c.)¹⁰⁴¹. Es más, correlativamente, tampoco los terceros pueden prevalerse de la cesión que no ha sido notificada por el cesionario al deudor¹⁰⁴². “Terceros son todas las personas que, no habiendo sido partes en la convención de cesión, ni causahabientes tienen interés en que el cedente sea aún acreedor”¹⁰⁴³. Y a la inversa, una vez notificada la cesión, del modo que sea, a partir de ese momento el deudor queda vinculado al cesionario y ha de entenderse con él, exclusivamente, si la cesión es total¹⁰⁴⁴, o en la parte que le corresponda, si fuere de sólo una fracción.

¹⁰⁴⁰ Cfr. la doctrina y la jurisprudencia desarrolladas a propósito de la teoría de la apariencia-buena fe cualificada.

que se le dé conocimiento de la cesión, de lo cual surge la segunda etapa de ella. Mas ni la notificación al deudor, ni la
DFHSWDFLyQ GH HOOD SRU HO FHVLRQDULR > VLF @ VRQ UHTXLVLWRV R IRUPDOLGDGH SURSLDV GH OD
efecto que dar publicidad a la cesión, ponerla en conocimiento del deudor y de terceros. Es por eso por lo que su omisión
SURGXFH VRODPHQWH ORV HHHFWRV VHxDODGRV HQ HO DUW VLQ TXH HHFWH HO FRQWUDWR
marzo de 1942, liii, 555.

1042 \$Vt\$ \$OD\$ \$RUWH\$ \$GH\$ \$FDVDFLyQ\$ \$IUDQFHVD\$ \$IR\$ \$VRODPHQWH\$ \$D\$ \$ORV\$ \$WHUFHURV\$ \$QR\$ \$VH\$ \$OHV\$ \$SXH\$ sino que tampoco tienen el derecho de prevalerse de ella. En consecuencia, el cedente puede oponer a los terceros la ausencia de formalidades de publicidad del art. 1690 code civil, lo que es manifiestamente contrario al espíritu de la publicidad. En el caso, el deudor invocaba como razón para no pagar a su acreedor una cesión consentida por él. La Cámara civil le negó el \$GHUHFKR\$ \$GH\$ \$LQYRFDU\$ \$OD\$ \$FHVLYQ\$ \$SRUTXH\$ \$QR\$ \$OH\$ \$KDE\$ \$VL\$ \$Gp\$ \$Q\$ \$Miguel\$ \$D\$ \$Théodore\$ \$Jéze\$ \$HW\$ \$&\$ \$KDEDV\$ cit., p. 1287.

¹⁰⁴³ Mazeaud et Chabas, *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1261, p. 1278 y s.

¹⁰⁴⁴ Cfr. cas. de 24 de febrero de 1975, cli, 49.

337. notificación de la cesión al deudor

Sobre cedente y cesionario, pero primordialmente sobre este¹⁰⁴⁵, pesa una carga de providencia, acá carga de publicidad, que se traduce en que la eficacia de la cesión no tiene lugar sino sólo a partir de su conocimiento efectivo por el respectivo tercero¹⁰⁴⁶. La comunicación de la cesión al deudor (*denuntiatio*) es un deber, ante todo del cesionario, por ser lógicamente quien tiene mayor interés en la eficacia universal de aquella y, por ende, en poder hacerla valer y oponerla, no sólo al cedente, sino al deudor y a los acreedores de uno y otro, y a los respectivos cónyuges (cfr. art. 1795 [1] c. c.). Para esa diligencia no hay término, pero sí importa establecer su fecha¹⁰⁴⁷. El cesionario puede enterar al deudor de su condición de tal por cualquiera de los medios de comunicación a su alcance (art. 1961 c. c.)¹⁰⁴⁸, entre los cuales él escogerá a su arbitrio, con la consiguiente asunción de los riesgos inherentes al respectivo medio probatorio (cargas de sagacidad y advertencia). De ellos, y por esa misma razón, es natural que se prefieran aquellos que implican una documentación auténtica. Así, se suele notificar la cesión al deudor con auxilio de juez, en diligencia que se practica con exhibición del documento en que consten el crédito y su traspaso, o este sólo, si aquel no es documentado (arts. 326 y 489 [1] c. de p. c.), o por medio de carta cuya copia fechará y firmará el destinatario, o enviada por correo certificado, o en últimas, por declaración ante testigos.

338. notificación en caso de pluralidad de deudores

Siendo varios los deudores, viene la pregunta de si es menester notificarlos a todos o si basta adelantar esa gestión con uno solo de ellos. Para cuya respuesta ha de tenerse en cuenta de qué clase es la pluralidad subjetiva de la relación obligatoria. Si se trata de obligaciones conjuntivas o divisibles, como quiera que cada deudor debe tan sólo su parte, es claro que la cesión del crédito habrá de ser notificada a cada cual por lo suyo. Pero si, por el contrario, se trata de obligaciones solidarias¹⁰⁴⁹ o de obligaciones indivisibles, la estrechez de la relación, en fuerza de la naturaleza del vínculo o de la prestación, en su orden, y la repercusión de las vicisitudes individuales en la situación de los demás, permiten obviar la pluralidad de notificaciones, pues la notificación a uno solo es eficaz respecto de todos.

339. notificación por conducta concluyente

Además, ha de tenerse presente que el deudor bien puede resultar conocedor de la cesión, y en esa razón vinculado a ella, en la medida en que pueda probarse aquella noticia. Acá puede ocurrir que el deudor la niegue, o que haya terceros que quieran sustraerse a sus efectos. En razón de lo cual se acude a la figura de la conducta concluyente: se entenderá probada la notificación del deudor con cualquier comportamiento o actitud suya que

¹⁰⁴⁵ Cfr. cas. de 24 febrero 1992, ccxvi, 178 y s.: la notificación de la cesión es carga del cesionario, no del cedente.

¹⁰⁴⁶ Cas. de 7 de mayo de 1941, li, 279 y s.

¹⁰⁴⁷ Cas. de 5 de mayo de 1941, li, 256.

1048 3/D □ QRWLILDFLYQ □ GHEON □ KUBHUBH □ el título, que llevará el traspaso del derecho con la designación del cesionario
 □ EDMR □ OD □ ILUPD □ GHOF □ FHGHQWH' □ □ &RQ □ HOOD □ HO □ GHXGRU □ TXHGD □ YLQFXODGR □ DO □ FHVLRQDULR □ □ SHUR
 necesidad de dicho trámite formal, siempre que aparezca que el deudor se enteró o tuvo conocimiento de la cesión (art.
 1962).

¹⁰⁴⁹ Mazeaud et Chabas, *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1059, p. 1111. Cas. 11 de julio de 1921, xxix, 4.

necesariamente presuponga que tuvo información de cesión y ocurrida en determinada oportunidad o época, como, p. ej., un principio de pago, una solicitud de quitas o plazo, un caucionamiento del deudor al cesionario, o la *litis contestatio* sin oposición, y en general, aquello que implique un reconocimiento de la cesión o del nuevo acreedor (art. 1962 c. c.). Es a esta forma a la que el código se refiere insistentemente, comenzando por la previsión de que “la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o *aceptada por este*” (art. 1960 c. c.), con manifiesta anfibología, toda vez que la cesión produce efectos, entre las partes, con su sola celebración, y frente a terceros, con la notificación del deudor, cuya “aceptación” es por completo irrelevante¹⁰⁵⁰.

Apenas hay para qué advertir que, surtida la notificación por conducta concluyente, no es admisible la alegación de que no se practicó directamente¹⁰⁵¹.

340. consecuencias de la falta de notificación al deudor

En cuanto la cesión no haya trascendido al deudor, para todos los que no estén informados de ella, el acreedor es el primitivo (o el cesionario anterior, en caso de cesiones sucesivas), a quien el deudor puede pagar válidamente y con quien podrá entenderse con eficacia para cualquiera modificación de sus relaciones, incluso para la extinción de ellas (arts. 1634 c. c.), sin perjuicio de las acciones del cesionario contra el acreedor por su conducta torticera (responsabilidad por incumplimiento del contrato). Esto significa que la apariencia de titularidad del cedente, dijérase que por inercia, en la medida en que el *accipiens* (cesionario) no tuvo la advertencia y el cuidado de notificar (enterar) al deudor de su adquisición y en cuanto este sea de buena fe, es decir, en cuanto no haya tenido noticia de la cesión, ni hubiera debido o podido conocerla con diligencia y cuidado normales¹⁰⁵², legitima su satisfacción por parte del deudor, que en consecuencia se libera; y lo mismo que se dice del pago en cuanto a su eficacia extintiva, ha de predicarse de los convenios extintivos entre él y el acreedor anterior. Y, a la inversa, el pago, y en general el empleo de otro medio extintivo de la relación obligatoria que haya operado entre el acreedor cedente y el deudor cedido, siendo este sabedor de la cesión, es operación impugnabile en cuanto operación hecha en fraude del cesionario o de terceros, o de uno y otros. Y es claro que sobre esa misma base habrán de proceder los demás interesados en precisar quién es en la actualidad el titular del crédito en cuestión, en primer término los acreedores del acreedor cedente, que lo pueden embargar y secuestrar, cual si no hubiera ocurrido la cesión (arts. 1963 c. c. y 681 [4 y 5] c. de p. c.). Con una anotación pertinente: en mi sentir, análogamente a como se puede inferir la notificación-conocimiento del deudor de una conducta concluyente suya, es posible establecer la noticia que un tercero haya podido tener de la cesión por el comportamiento de él, y en tal caso, mal podría él proceder como si la cesión no hubiera ocurrido.

¹⁰⁵⁰ Bonivento Fernández. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, cit., n.º 175, p. 323, considera que HO□GHXGRU□□HQ□HO□FDVR□GH□VHU□GHPDQGDGR□SRU□HO□FHVLRQDULR□□SRGU□D□UHFKD□DU□OD□FHVLYQ□□□Q falta de notificación o aceptación [...] en el moPHQWR□PLVPR□HQ□TXH□VH□OH□QRWLILFD□OD□GHPDQGD□□

¹⁰⁵¹ Así, sng de 27 de febrero de 1939, xlviii, 149.

¹⁰⁵² Dentro del derecho alemán, se habla de positive Kenntnis, de modo que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Federal, la ignorancia culposa no excluye de suyo la buena fe. Pero sí cuando la invocación de la ignorancia es una argucia, como en el caso del deudor que se sustrae a la noticia o la evade: Schlechtriem. Schuldrecht, cit., Rn. 590, p. 308.

341. cesión parcial e igualdad de los varios cesionarios

Como sucesión en el crédito que es, la cesión significa apenas el desplazamiento total o parcial del acreedor, cuyo lugar pasa a ocupar un tercero, debido a que no posee más interés en la deuda o apenas conserva uno parcial; pero la deuda subsiste y, por lo mismo, el deudor sigue siendo tal, sólo que ahora en favor del cesionario o de este y del cedente, proporcionalmente a la parte de cada cual, o de los varios cesionarios, caso de beneficiarios plurales, sin lugar a preferencia alguna entre ellos distinta de la que convencionalmente se estipule. A diferencia de lo que acontece en la subrogación, donde, como se vio atrás (*supra* n.º 294), dado que allá se trata de una tutela extraordinaria del tercero, en posición de suyo inferior a la del acreedor, y aquí de un acto de autonomía privada, espontáneo, celebrado entre el acreedor o acreedores y el cesionario o los cesionarios. Es decir que acá no hay lugar a aplicar la mencionada regla *nemo contra se subrogasse censetur*.

Esa igualdad o paridad de tratamiento que merecen y han de tener cedente y cesionario parciales, es especialmente sensible cuando el fraccionamiento del crédito consiste en separar capital e intereses, sea que el acreedor transfiera únicamente el derecho a los intereses que hayan de devengarse, sea que transfiera el capital y se reserve el derecho a los intereses¹⁰⁵³. Y esa sensibilidad y los problemas y riesgos anejos derivan de la consideración de los intereses como accesorio del capital, dentro de un concepto bastante amplio de obligación accesorial, como aquella que “presupone la existencia de otra a cuya suerte está ligada”, o quizá, mejor, por una aplicación mecánica de dicho concepto, sin tener en cuenta aquel fraccionamiento y los deberes y cohibiciones que pesan sobre el acreedor del “principal”, a los cuales no puede ser ajeno el deudor, dentro del deber de lealtad de uno y otro para con el titular del crédito de intereses. Al efecto, es oportuno resaltar la posición de la jurisprudencia: “Cuando por virtud de una cesión [...] una persona queda con el derecho a recibir el pago del capital y otra el de los intereses, resultan entonces dos obligaciones separadas, principal la una y accesorial la otra, cada una de las cuales tiene un acreedor distinto, aunque la parte obligada sea una sola. En tal virtud y salvo pacto expreso en contrario, si la de pagar el capital se extingue, o sea la obligación principal, por cualquiera de los modos que establece el código civil, la de cancelar los intereses, como accesorial que es, necesariamente corre la misma suerte de aquella y desaparece también”¹⁰⁵⁴. Conflicto potencial que no se reduce a la figura del pago anticipado del capital, que suscita el dilema entre mantenimiento o reducción del plazo, sino que se proyecta a otras modos de extinción de las obligaciones.

Como quiera que el crédito cedido puede estar caucionado realmente, es oportuno tomar nota de la indivisibilidad de la garantía y de que, por lo mismo, esta subsiste íntegramente mientras no haya sido satisfecha o no se haya extinguido por otro medio la totalidad de la obligación (art. 1583 [1.º] c. c.)¹⁰⁵⁵. Y esto, trátase del capital o de intereses e indemnizaciones (art. 1649 [2] c. c.), sin que pueda alegarse que, como “la hipoteca se extingue con la obligación principal”, según las voces del art. 2457 [1] c. c., satisfecho el titular del derecho al capital, se extingue la “obligación principal”, dándole al adjetivo “principal” un sentido absurdo, toda vez que cuando media una garantía real, la referencia a la “obligación principal” es a la obligación propiamente dicha (art. 2410 c. c.), cuya

¹⁰⁵³ Así en cas. de 24 de febrero de 1975, cli, 49, donde se tratan las cuestiones que vienen enunciadas seguidamente en el texto.

¹⁰⁵⁴ Cas. de 24 de febrero de 1975, cli, 49.

¹⁰⁵⁵ Cfr. cas. de 24 de febrero de 1975, cli, 49.

Si el crédito se encuentra en litigio, sea porque la cesión fue de derecho litigioso, sea porque el crédito hubo de ser llevado a proceso, es obvio que la terminación de él por transacción o por desistimiento por parte del cedente no perjudica al cesionario¹⁰⁵⁷; siempre que este se haya hecho presente allá.

La cesión, como negocio autónomo, que versa sobre el crédito y, por lo mismo, comporta lo que a él accede, entre lo cual van las cauciones (art. 1964 c. c.), tanto personales como reales¹⁰⁵⁸, tiene, conforme se estudió atrás (supra n.º 322), un trámite y unas formalidades propios, distintos de los exigidos para la constitución de aquellas garantías, ante todo, de las reales. Teniendo en cuenta la autonomía de una y otra operaciones y la accesoriedad de las garantías que acompañan al crédito y llegan con él a la titularidad del cesionario (nuevo acreedor hipotecario o prendario), bien se explica por qué no se exige escritura pública¹⁰⁵⁹ ni inscripción en el registro competente para la cesión de crédito garantizado hipotecaria o prendariamente¹⁰⁶⁰. El Decreto 960 de 1970 en su art. 82 zanjó definitivamente la perplejidad que se presentaba por controversia doctrinaria a este propósito¹⁰⁶¹, con la solución acá expresada: basta la nota de cesión con la firma del cedente en la escritura del gravamen expedida con mérito ejecutivo a favor del acreedor.

El traspaso, naturalmente, “comprende las fianzas, privilegios e hipotecas”, y globalmente, todas las ventajas y garantías del crédito cedido: opera una transferencia *ipso iure* de las garantías. Así mismo, en el derecho común, el crédito pasa al tercero con todos sus vicios y deficiencias (art. 1964 c. c.), en desarrollo del principio general de que la enajenación de por sí no mejora ni empeora el derecho objeto de ella, que se traslada tal cual al adquirente (art. 752 [1] c. c.). Ahora bien, ¿cuál es ese derecho? La respuesta es elemental y ha de darse terminantemente: el crédito, al que acceden las cauciones que lo amparen. Y la precisión es importante, como quiera que, más por codicia y habilidosidad que por confusión conceptual, no faltan quienes hablan de “ceder” una hipoteca o una prenda, separadas o desprendidas del crédito, sobre todo en el caso de garantías reales “abiertas”. La caución corresponde a una obligación, es un accesorio, que no tiene relevancia

¹⁰⁶¹ SXQ□FXDQGR³OD□FHVLy□GH□XQ□FUPGLWRendelsPRWHLSIMPLA□MO□SYXHIDA,KDmo lo ha sostenido siempre la &RUWH□□FDV□□GH□□GH□QRYLHPEUH□GH□□□□□□□□□□[OY□□□□□□□□□□GH□PDR□GH□□□□□□OL□□□□□□□□QR□ID crédito hipotecario demandaba la formalidad de escritura pública y su registro, dizque por tratarse de acto de transferencia de derecho real, cual si el objeto de la cesión no fuera el crédito y dicha cesión no llevara consigo el traslado de los accesorios. Cfr. Pérez Vives. Teoría general de las obligaciones, 2.^a parte, cit., n.º 443, p. 754 y s.; Bonivento Fernández. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, cit., n.º 176, p. 323 v.s.

independiente del crédito: aquel individualizado en el acto constitutivo o en el de ampliación posterior, o cualesquiera créditos a cargo de determinada o determinadas personas y a favor de un determinado acreedor (uno o plural). De esa manera, creer que se puede traspasar una hipoteca o una prenda sin el crédito a que ella accede, para que vaya a respaldar otro crédito, de otro acreedor, es un contrasentido¹⁰⁶², a más de que implicaría una vulneración fraudulenta de los derechos de otros acreedores. Cosa distinta es que en el lenguaje usual se hable de “ceder la hipoteca”, para indicar que se cede el crédito a que ella accede y que la cesión se hace con la nota en la escritura mediante la cual se constituyó el gravamen.

344. derechos del deudor cedido

El deudor no puede sustraerse a la cesión; no la puede rechazar ni puede oponerse a ella. La transmisión de los derechos del acreedor al cesionario se produce como el efecto final propio del contrato celebrado entre estos, independientemente del concurso, la ignorancia o la contradicción del deudor al respecto. El no es parte en ese contrato y solamente se le menciona y tiene que ver a propósito de la exigencia de notificarle la cesión para que la figura alcance eficacia universal, que así resulta oponible a él y a otros terceros, dada la naturaleza del derecho cedido.

Pero, si bien el deudor en nada puede intervenir dentro de la cesión, como tercero que es, esta misma calidad impide que mediante el traspaso, acto entre extraños a él, se empeore su situación; de modo que sus derechos en sí, y más concretamente sus defensas, han de quedar a salvo, a despecho del cambio de acreedor, con la sola condición de hacerlas presentes en oportunidad, preclusiva, como corresponde a la lealtad mutua que se deben los distintos sujetos en juego y que la ley tutela¹⁰⁶³.

345. excepciones

A propósito de las excepciones¹⁰⁶⁴ es preciso distinguir entre los vacíos, vicios o deficiencias inherentes a la cesión o al negocio jurídico que dio origen al crédito, independientemente de quién sea el acreedor, como quiera que las defensas fundadas en hechos de esa índole pasan con el crédito (*excepciones reales*), y las circunstancias o hechos que califican personalmente la relación, congénitos o sobrevenidos, que solamente pueden ser esgrimidas entre los sujetos correspondientes, en cuanto se encuentren simultáneamente en la relación crediticia y en la calificadora de ella (*excepciones personales*), nexos particulares que no andan con el título, sino que desaparecen con el traspaso de la titularidad¹⁰⁶⁵. Y como ese cambio se produce sin la concurrencia del deudor,

¹⁰⁶² Cfr. Claro Solar. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, cit., t. 12, n.º 1518, p. 229.

¹⁰⁶³ Así, cas. de 24 de febrero de 1992, ccxvi, 178 y s.

¹⁰⁶⁴ 3(O REOLJDGR SXHGH UHFKD]DU OD SUHWHQVLYQ RSRQLHQGR XQD FLUFXQVWDQFLD FRQWUDULD D VX H mediante esa circunstancia la pretensión es descartada. La circunstancia que frena la pretensión puede ser un derecho o un hecho. A su turno la detención de la pretensión puede ser perdurable o pasajera, total o parcial. Puede ser de naturaleza personal o impersonal (objetiva), esto es, puede presuponer o no que una persona determinada esté legitimada para ejercer la SUHWHQVLYQ FRPR REOLJDGD :LQGVFKHLG

¹⁰⁶⁵ 3DUD XQ SULQFLSLR GH LQGLYLGXDL]DFLYQ QRUPDWLYD GH ODV GRV FDWHJRUtDV GH H[FHSFLRQHVDV FIU oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir. ± 6RQH H[FHSFLRQHVD UHDOHV ODV LQKHUHQWtDV DEBIDA A LA CESIÓN DE BIENES, como en el endoso, se emplea la misma nomenclatura a propósito de excepciones: reales y personales, dentro de unos mismos principios básicos;

En fin, el deudor no puede alegar a favor suyo incorrecciones, defectos, vicios, del contrato de cesión: no es parte en él y no puede considerarse que “tenga interés en ello” (arts. 1742 [2.º Ley 50] y 1743 c. c.)¹⁰⁶⁶. Por lo mismo, si llegó a pagar a un cesionario ilegítimo, su pago es válido y eficaz, y el cesionario legítimo podría dirigir su acción, ya no contra el deudor “que obró mediante una fuerza mayor que lo obligó a solucionar la deuda en manos del poseedor del crédito, y extinguió su obligación por su pago, sino contra el ejecutante poseedor del crédito”¹⁰⁶⁷.

El art. 255 del código de comercio terrestre de 1870 decía: “El deudor que quiera oponer excepciones al cedente que no resulten del título cedido, deberá manifestar su no aceptación en el acto de la notificación, o dentro del tercero día a más tardar”. El estatuto actual (c. co., Dcto. 410 de 1971) se limitó a regular el endoso, como figura propia en materia mercantil, y someter la transferencia de todo crédito de esa índole que llene los requisitos formales correspondientes a los títulos-valores al régimen del endoso (art. 620 c. co.). Así, sólo menciona la notificación de la cesión y el tema de la reserva de las excepciones por parte del notificado a propósito de la ‘cesión de contrato’, para disponer que ‘el contratante cedido’ podrá oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato, y también aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión” (art. 896 c. co.), con redacción que impone hacer la ausencia del texto antiguo, sin duda más perspicuo y más puro, e insistir con él y con apoyo en el art. 326 [2] y 331 c. de p. c. en que el notificado tiene, para “hacer las observaciones que estime pertinentes”, el día de la notificación y los tres hábiles siguientes.

Como ejemplos de excepciones “reales” surgen espontáneos: la nulidad de la cesión o del negocio que generó el crédito cedido, el pago, la prescripción; y de excepciones “personales”: la compensación, a propósito de la cual la ley exige expresamente que el deudor la reserve en tiempo, para que pueda oponer en compensación al cesionario los créditos oponibles entonces al cedente, así no cumplan aún el requisito de la exigibilidad (arts. 1718 y 1716 c. c.), la confusión, en caso de notificación posterior a la muerte del cedente, de quien el deudor resulta heredero (art. 1724 c. c.), y la de contrato de prestaciones correlativas no cumplido a cabalidad (art. 1609 c. c.).

1066 solo que el ámbito y las proyecciones de tales categorías no coinciden a plenitud en los dos regímenes (infra n.os 374 y 375).
 >(@□GHXGRU□QR□HV□SDUWH□HQ□p□□QL□HVH□FRQWUDWR□OR□SHUMXGLFD□□WRGD□YH□a□TXH□OD□REOLJDFL□
 el deudor, ni este tiene interés en no realizar el pago, ni en hacerlo a determinada persona, sino en verificarlo bien, para
 REWHQH□OD□VROXFLY□GH□VX□GHXGD'□□FDV□□GH□□□□GH□MXOLR□GH□□□□□□□□OLL□□□□□□□□HQ□HYHQWR□GH□
 impedido para determinar el grado de validez de las notificaciones que se le hDJDQ□□SRU□DXVHQFLD□GH□IRUPDOLGDGHV'□□VFXL□
 de marzo de 1942, liii, 556.

¹⁰⁶⁷ Cas. 30 de octubre de 1928, xxxvi, 69.

348. cesión de pretensiones

La cesión de crédito abarca, por la misma índole de este, tanto el derecho a ser satisfecho por el cumplimiento del deudor o por un medio sucedáneo, como la posibilidad de disponer de él frente al deudor y terceros y, naturalmente, la de ejercitar las acciones correspondientes a las pretensiones inherentes al derecho de crédito en general y las particulares del cedido. Por ello, el cesionario, como acreedor que es, tiene abiertas las vías para demandar el cumplimiento específico de la prestación o, en su caso, el equivalente pecuniario de la misma y, en ambas oportunidades, la indemnización de perjuicios. Y también es a él a quien le compete la elección del acreedor en las obligaciones alternativas, con el complemento aclarativo de que si la cesión fue parcial o se hizo en favor de varios cesionarios, estos titulares del crédito tendrán que obrar de consuno o podrán proceder separadamente, según las reglas generales de las obligaciones subjetivamente colectivas. Esas posibilidades, realizables en proceso y fuera de él, acompañan de suyo a la cesión, por lo mismo que son propias del crédito, objeto de ella, sin necesidad de mención alguna en el documento. Igualmente van con el traspaso las pretensiones para la definición, la refrendación o la liquidación del crédito, con todas sus contingencias. P. ej., cesión de crédito a una indemnización no definida aún privada o judicialmente; de un crédito cuya acción ejecutiva prescribió (art. 2536 [2] c. c.); del crédito recocado en una condena *in genere*¹⁰⁶⁸ o ilícito por cualquiera otra circunstancia.

349. cesión de crédito y pretensiones contractuales

Al lado de tal situación se muestra la resultante de la cesión de un crédito proveniente de un contrato de prestaciones correlativas (bilateral o sinalagmático, art. 1496 *in fine*), en cuanto se pregunta si la cesión de por sí acarrea el derecho a optar por la resolución en caso de incumplimiento del deudor (arts. 1546 c. c. y 870 c. co.) y más ampliamente si comporta la universalidad de los derechos propios de la posición del contratante cedente (p. ej., las pretensiones de nulidad, de rescisión, etc.). A reserva de lo que habrá de exponerse en torno de la “cesión de contrato” (*infra* n.º 423 y ss.), conviene aclarar de entrada que aquí solamente se contempla el aspecto activo (crédito) de la relación contractual en cuanto atañe al cedente, necesariamente condicionado por las reservas del deudor derivadas de la correlatividad de las prestaciones (cfr. n.º precedente), del todo independiente de la asunción del pasivo correspondiente. De modo que el problema se contrae acá a indagar si el cesionario del crédito de uno de los contratantes, por el hecho de serlo, puede o no demandar la resolución y hacer valer aquellas otras pretensiones, de por sí, sin necesidad de cesión complementaria y expresa de ellas, porque si se cuenta con cláusula a propósito, no habrá lugar a discutir sobre su inclusión en la transferencia.

Todo persuade de que la cesión de que se trata es la del crédito y no la de la posición contractual, así sea solamente la activa, y que, por lo mismo, el cesionario está limitado por los linderos propios del bien que adquirió, el crédito, con sus tutelas ordinarias y

¹⁰⁶⁸ Tradicionalmente, cuando en el proceso estaba demostrado el perjuicio o la obligación de pagar frutos, intereses o mejoras, pero no su monto el juez podía proferir condena en abstracto o *in genere*, sentando las bases para una liquidación ulterior. Así, en los art. 480 c. j. (Ley 105 de 1931) y 307 c. de p. c. (Dcto. 1400 de 1970). Pero en 1989, el numeral 137 del art. 1.º del Decreto 2282 eliminó esa posibilidad y dispuso, so pena de sanciones disciplinarias, que el juez debe siempre condenar en concreto. Cfr. cas. de 16 de diciembre de 1997, ccxlix, 1785; 6 de mayo de 1998, cclii, 1.º semestre, vol. ii, 1393. En el proceso arbitral, la condena en concreto se explica por cuanto los árbitros pierden la jurisdicción con la firmeza del laudo. En fin, el código contencioso-DGPLQLVWUDWLYR□□FWR□□□□□GH□□□□□□□□□□FRQVHUYy□OD□³SURFHGHQFLD□GH□OD□FRQGH

Por lo demás, es obvio que el derecho de pretensión contractual puede ser enajenado (cedido) solo o junto con un crédito, siempre que su disposición no esté legalmente prohibida¹⁰⁷³, en los mismos términos de la cesión de crédito (por *analogia legis*, arg. ex art. 8.º Ley 153 de 1887), en cuanto no se haya trabado aún la relación jurídico-procesal, pues si tal hecho ocurrió ya, el régimen aplicable será, por disposición expresa del ordenamiento, el de la “cesión de derechos litigiosos” (arts. 1969 a 1972 c. c. y 60 [3] c. de p. c.; *infra* n.º 354 y ss.).

350. cesión de universalidades

El heredero puede ceder, en todo o en parte, su derecho real de herencia, a cualquier título (art. 1967 c. c.)¹⁰⁷⁴. Igualmente puede proceder el cónyuge respecto de sus gananciales, naturalmente, una vez disuelta la sociedad conyugal (art. 1820 c. c.)¹⁰⁷⁵. En ambos casos, el cesionario subentra en la medida de la transferencia en la posición del cedente y, por lo mismo, tendrá poder de administración del respectivo patrimonio y vocación para, a la postre, resultar adjudicatario de créditos de la universalidad¹⁰⁷⁶. Y, en el supuesto de que la enajenación del derecho de herencia se hubiera concretado a uno o varios bienes determinados, la adquisición de ellos por parte del cesionario (aquí, para el caso, de un crédito de la masa) estaría subordinada, como enajenación de cosa ajena que es, a una *condicio iuris*: que se le adjudique en la partición (arts. 1871 y 1401 c. c.)¹⁰⁷⁷.

El legatario, por su parte, puede hacer lo mismo con aquello que le fue asignado en el testamento (art. 1967 c. c.), que bien puede ser un crédito, caso en el cual se estará en presencia de una cesión, sujeta a las reglas de esta y con los efectos correspondientes.

En fin, dentro de la figura del establecimiento de comercio ha de tenerse presente que los créditos forman parte de él (art. 516 [3.º] c. co.) y que al darse su enajenación, se la entiende “hecha en bloque o como unidad económica” (art. 525 c. co.), por lo cual el adquirente resulta titular de los créditos (cesionario), operación sometida a tal régimen por este concepto.

351. cesión fiduciaria

Conforme a lo expuesto, la cesión es un negocio abstracto, porque prescinde de la relación obligacional subyacente entre las partes, cedente y cesionario. Cualquiera que sea su razón de ser: por valor recibido, permuta, dación en pago, al cobro, garantía o liberalidad, en sus proyecciones implica una transmisión total de los derechos del acreedor o de una cuota de ellos, sin limitaciones.

¹⁰⁷³ Cfr. cas. de 20 de septiembre de 1941, lII, 393.

¹⁰⁷⁴ Cfr. cas. de 13 de agosto de 1940, xlix, 819.

1075 3(O□FRPSUDGRU□GH□ORV□GHUHFKR□V□TXH□D□XQD□SHUVRQD□FRUHVSRQGHQ□HQ□OD□VXHFVlyQ□GH□RWUD□V□
hereditarios, pero no de lo que al vendedor corresponde a título de gananciales en la sociedad conyugal que haya tenido con
HO□GLIXQWR□□SRUTXH□HVR□HV□FRVD□PX□GLYHUVD□GH□DTXHOOD'□□FDV□□GH□□□□GH□DJRVWR□GH□□□□□□
puede revestir su venta: en abstracto, radicados en determinado bien de la comunidad, y de un cuerpo cierto de la comunidad:
cas. de 8 de febrero de 1963. ci. 90.

¹⁰⁷⁶ Cfr. cas. de 11 de julio de 1932, xl, 196.

¹⁰⁷⁷ Cfr. cas. de 13 de marzo de 1905, xvii, 244; 12 de noviembre de 1935, xliii, 189; 20 de septiembre de 1945, lix, 930; 18 de agosto de 1995, ccxxxvii, 552.

Pero bien puede ocurrir que el propósito práctico de las partes sea de menor alcance que el propio de los efectos legales ineludibles de la figura que emplean. No es inusitado que los particulares acudan a una figura negocial cuyo resultado es superior o más drástico que aquel que aspiran a obtener¹⁰⁷⁸. Esos contrastes hacen pensar en las figuras de la fiducia y del negocio indirecto, de las cuales muy poco se ocupa nuestro ordenamiento, y que no han sido objeto de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que permita determinar su fisonomía y sus linderos, de por sí bastante imprecisos¹⁰⁷⁹.

No huelga recordar que la figura de la *fiducia* (*datio fiduciae causa*) surgió en Roma como una transferencia del dominio sometida entre las partes a una convención en fuerza de la cual el adquirente habría de restituirlo eventualmente al enajenante; contrato de buena fe por antonomasia, con dos aplicaciones prácticas (Gai. *Inst.* 2, 60): la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*. Aquella con la función de otorgar una garantía real mayúscula a un acreedor, que una vez satisfecho debía devolver el bien, que en caso contrario podía quedarse con él, y que de todas maneras podía obrar como dueño a despecho del *pactum fiduciae*. Y la segunda con la función de préstamo de uso o de depósito para colocar el bien en cabeza de persona de confianza que pudiera defenderlo en mejores condiciones, que luego se amplió a la de donación en favor de un tercero a quien el adquirente (interpuesta persona) debía transferir el dominio, todo con efectos más intensos que los correspondientes a la finalidad específica de la operación y, por ende, con mayores riesgos para el aquí enajenante, dado el alcance meramente personal del *pactum*¹⁰⁸⁰.

El código civil se refiere a la fiducia a propósito de las limitaciones del dominio (art. 793 y ss.) y designa como propiedad fiduciaria aquella transitoria, que debe trasladarse a un fideicomisario al ocurrir una condición señalada en el título; y también en torno de la ejecución de encargos secretos del testador, al establecer la figura del albacea fiduciario, dentro de cuyos deberes está el de no revelar la finalidad y el derrotero que le trazó el testador (arts. 1368 y ss. c. c.).

El código de comercio (lib. 4.º, tít. XI) regula la “fiducia” partiendo de su definición como un “negocio jurídico en virtud del cual el fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes al fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario” (art. 1226).

Entendida así, la fiducia cobra entidad propia, diferente de la simulación, sobre la base de la confianza mayúscula que encierra, con resultados a salvo de la acción de los acreedores del fiduciario (art. 1227 c. co.) y realce de los deberes de este de custodia e inversión de los bienes de modo de alcanzar la finalidad del encargo (art. 1234 c. co.). Sólo que la fiducia legalmente disciplinada está circunscrita a los establecimientos y sociedades financieros especialmente autorizados por la autoridad administrativa (art. 1226 *in fine* c. co.), de suerte que en los demás eventos, por cierto frecuentes, se trata de un negocio jurídico paralegal o legalmente atípico.

En todo caso, lo que ha de resaltarse acá es que un crédito puede ser objeto de transferencia fiduciaria en cualquiera de los sentidos indicados: en beneficio del fideicomisario, que bien puede ser el propio fiduciante (art. 1226 [2] c. co.), o con limitaciones y rumbos que solamente vinculan a las partes, inoponibles a extraños, en ambos casos con tutela del

¹⁰⁷⁸ Cfr. 24 de marzo de 1936, xliii, 74; cas. de 30 de septiembre de 1943, lvi, 173.

¹⁰⁷⁹ Cfr. cas. de 16 de mayo de 1968, cxxiv, 146.

¹⁰⁸⁰ Cfr. Gaudemet. *Droit privé romain*, Paris, 1998, p. 260; A.-E. Giffard et R. Villers. *Droit romain (Obligations)*, 4.ª ed., Paris, 1976, n.º 137 y ss.

derecho del fiduciante y, en su oportunidad, también del fideicomisario, y con diversidad de alcance de las acciones correspondientes en lo que tiene que ver con terceros, comenzando por el propio deudor, cuya buena fe ha de ser resguardada.

En la fiducia legalmente reglamentada, el fiduciario es sabidamente un administrador, cuyos actos vinculan a los interesados (art. 1234 c. co.), con deber de fidelidad, de restitución y de rendición de cuentas (arts. 1234, 1242 y 1243 c. co.). En tanto que en la fiducia impropia o para-legal, el cesionario a quien se ha transferido el derecho por causa de garantía o para el cobro o a fin de que realice cualquiera de las operaciones prevenidas en las instrucciones del cedente, es el verdadero titular del crédito *erga omnes* a partir de la notificación de la cesión al deudor, cuyos actos no podrán ser impugnados eficazmente por el cedente en desmedro o con afectación de terceros no enterados del pacto fiduciario, y cuya titularidad, aparente pero cierta, puede dar lugar a conflictos entre el cedente y terceros y de estos entre sí.

Es que la cesión dentro de su rigidez no admite las variedades que sí previene el endoso: endoso en garantía, endoso al cobro, para atender funciones que la ley civil suple por las vías de la pignoración del crédito (art. 2414 c. c.) y del apoderamiento o la diputación en el propio título (arts. 1642 y 1643 c. c.), en un mandato general o especial ordinario (art. 1638 c. c.) o en uno a propósito con miras procesales (*mandatum ad agendum*; arts. 63, 65 y 70 c. de p. c.).

352. cesión para el cobro

Reiterando lo dicho al respecto en el número precedente, cabe insistir en que la figura de la cesión para el cobro no está reconocida como tal en el derecho común, donde la cesión es una sola, con todos sus efectos, sin perjuicio de las restricciones u orientaciones que le introduzcan las partes, con efectos o penas para entre ellas. O sea que para el deudor y demás terceros dicha cesión es, sin más, transferencia de la titularidad del crédito del acreedor cedente al cesionario, en tanto que para entre estos no es más que un apoderamiento para el cobro, sometido a las pautas de la convención que celebraron a propósito, cuyos términos no pueden oponer a terceros de buena fe que hayan obrado ignorándola. Y volviendo al endoso en procuración o al cobro, ha de insistirse en que este requiere esa precisión o calificación en la nota correspondiente, para que se le tenga y trate como tal, es decir, para que no comporte la transferencia de la propiedad del título valor y sus efectos entre las partes y frente a terceros se limiten a conferir la investidura de todos los derechos y poderes propios de la representación, particularmente los necesarios para la tutela y efectividad del crédito allá incorporado.

En fin, valga anotar que dicho apoderamiento *sui generis*, que trasciende la muerte y la incapacidad del poderdante-endosante, y que, obviamente, no le impide al deudor la proposición de todas aquellas excepciones (personales) que sólo pueda enfrentar al titular (endosante) (art. 658 c. co.), es como tal esencialmente revocable, y su revocación, en cuanto conducta recepticia, debe ser comunicada al endosatario y, además y por cautela, al deudor directamente, a menos que aparezca en el propio instrumento y, en su caso, al juez donde se tramita el respectivo proceso de ejecución.

353. cesión judicial de créditos*

Como derecho subjetivo y, en los más de los casos, los más relevantes, de índole patrimonial, el crédito, de ordinario, se incluye dentro de los bienes perseguibles por los acreedores (arts. 2488 y 2422 c. c.), y es susceptible de pignoración (art. 2414 c. c.) y de pretensión de venta o adjudicación, como también de ser denunciado para el pago y, en todo caso, objeto de “medidas ejecutivas” (arts. 513 y ss. c. de p. c.). Embargo y secuestro para cuya efectividad se procede mediante la notificación al deudor o la aprehensión material del título valor, como bien mueble¹⁰⁸¹, con la prevención de que deberá pagar al secuestre¹⁰⁸², quien podrá adelantar el cobro judicial (art. 681 [4] c. de p. c.), o comunicando la traba al juez que conozca del proceso ejecutivo iniciado ya por el deudor acreedor (art. 681 [5] c. de p. c.)¹⁰⁸³. Posteriormente se llegará al remate o a la adjudicación del crédito y a la aprobación de lo actuado, con la entrega del título, previa anotación del traspaso con inserción de la providencia judicial y la firma del juez (art. 530 c. de p. c.). Entonces, el juez, como en cualquiera otra oportunidad de expropiación forzada de bienes del deudor por causa de utilidad particular, obra con el carácter de “representante legal del tradente deudor” (art. 741 c. c.) y, por tanto, deberá suscribir la cesión o el endoso, según sea del caso, y entregar el documento al adjudicatario, o comunicar la adjudicación al juez que está adelantando el proceso ejecutivo incoado por el deudor-acreedor, para que reconozca la sucesión procesal en favor del rematante o adjudicatario. En fin, la cesión judicial también puede darse en el curso de un proceso sucesorio, en el evento de que se proceda a la venta del crédito en pública subasta para obtener dinero con qué pagar “deudas hereditarias o legados exigibles” (art. 602 c. de p. c.).

354. “cessio legis” del crédito

En oportunidades, cuando por la interferencia de un tercero se desemboca en la extinción de la obligación a causa de una imposibilidad sobrevenida con efectos liberatorios (art. 1729 c. c.), o en la liberación del deudor de cuerpo cierto con la entrega del bien deteriorado por “hecho o culpa de otra persona” (art. 1648 *in fine* c. c.), la ley preceptúa que el deudor descargado ha de ceder a su acreedor la pretensión que en su carácter de víctima (art. 2342 c. c.) tiene contra el tercero autor del daño, por la indemnización correspondiente. O sea que el *commodum representationis* ha de ser transferido por mandato legal, fundado en la presencia de un interés evidente del acreedor insatisfecho y en el desinteresamiento del deudor, único autorizado en principio para el reclamo contra el agente dañino, en virtud del efecto extintivo de la pérdida de la cosa debida y, en mayor extensión, de la imposibilidad sobrevenida. La *cessio legis* se encuentra prevenida en términos generales en favor del acreedor y a cargo del deudor de obligación de entregar un cuerpo cierto, extinguida por la pérdida del mismo imputable a un tercero, respecto del deber indemnizatorio de este (art. 1736 c. c.) y, además, específicamente, a cargo de los herederos del comodatario que, ignorando el préstamo, enajenaron la cosa prestada y relativamente a las acciones que en virtud de la enajenación les competan (art. 2212 c. c.), lo mismo que a cargo de los herederos del depositario, en circunstancias análogas (art. 2255 c. c.); otro tanto acontece en la eventualidad de pago de lo no debido, en lo que hace a las acciones del acreedor imaginario frente al comprador de la especie entregada (art. 2320 c.

□□&IU□□*□□*RUOD□□/□DVVHJQD]LRQH□JLXGL]LDOH□GL□FUHGLWL□□3DGRYD□□□□□□□□

¹⁰⁸¹ Cfr. cas. de 29 de mayo de 1942, liv, 95.

¹⁰⁸² Cfr. cas. de 4 de mayo de 1988, cxcii, 183.

¹⁰⁸³ Cas. de 21 de mayo de 1941, li, 488.

c.). Interesa destacar aquí que en ninguno de los supuestos la norma determina un traspaso automático del derecho, cual sucede en la subrogación, ni lo confía al designio de las partes, como en la cesión o el endoso, sino que impone la celebración de un negocio jurídico, un contrato forzado, una cesión forzada o *cessio legis*, eventualmente realizable por el juez en sustitución del obligado y a nombre de este, dada su naturaleza de obligación de hacer calificada consistente en la celebración de aquel (art. 501 c. de p. c.; *supra* n.º 114)¹⁰⁸⁴.

357. objeto de la cesión

De su parte, el código civil disciplina en general la “cesión de derechos”: título XIV del libro 4.º, cuyo capítulo III corresponde a la “de los derechos litigiosos”, en el entendido de que un derecho es litigioso “desde que se notifica judicialmente la demanda” (art. 1969 [2] c. c.) y de que en ese supuesto lo que se cede “es el evento incierto de la *litis*, del que no se hace responsable el cedente” (art. 1969 [1] c. c.)¹⁰⁸⁹. Lo anterior quiere decir que, de suyo (*naturalia negotia*), como en las demás hipótesis y según la naturaleza del crédito y del título a que se haga la cesión, el cedente del crédito simplemente inviste al cesionario de su condición de acreedor litigante en las condiciones y en el estado en que se encuentre el litigio, sin asegurar en manera alguna su resultado¹⁰⁹⁰. Lo que no se opone a la introducción en el respectivo contrato de cláusulas o estipulaciones que supriman o atenúen el carácter aleatorio de dicha clase de cesión.

La cesión de crédito en proceso es una transferencia de dicho crédito, con la sola singularidad de la condición en que se encuentra, trátase de un proceso de conocimiento, encaminado a su determinación y liquidación o a establecer quién es su titular, o trátase de un proceso ejecutivo, tendiente a la efectividad del derecho. El acreedor y, más ampliamente, quien afirma serlo, puede traspasar ese derecho contingente, esa alea, cualquiera que sea la índole del proceso¹⁰⁹¹ y cualquiera que sea el estado en que este se encuentre.

358. trámite de la cesión

Obviamente, la cesión, igual que el endoso, de un crédito en litigio o litigioso exige, a más de las solemnidades y de la *res* propias de tal negocio, un memorial dirigido al juez que conoce del proceso en el que se le comunique la transferencia realizada¹⁰⁹², que si se hace por medio de apoderado, presupone la correspondiente legitimación de este, y que impone un pronunciamiento de aquel (art. 60 [4 y 5] c. de p. c.). En todo caso, la notificación de la cesión al demandado será necesariamente judicial, dentro del mismo proceso, con exhibición del título y de la nota de cesión (art. 326 c. de p. c.).

359. el retracto litigioso

Ahora bien, en cuanto se refiere a las relaciones entre el deudor demandado y el cesionario, y más precisamente, a los alcances de la obligación de aquel para con este, el código civil consagra el beneficio denominado de *retracto de derecho litigioso* o, elípticamente,

1089 3(VXO DFWR GH FDUiFWHU DOHDWRULR' FDV GH GH IHEUHUR GH F[Y \ VV

1090 3(O YHOGHGRU YHOGH VXV SUHWHOVLRHV ELHO R PDEOthiaQJGdV de la WdGHVadFRPE ERO')

Foramiti, Venezia, 1834), n.° 584, p. 241.

¹⁰⁹¹ Para Gómez Estrada. De los principales contratos civiles, cit., n.º 151, p. 172 s., no es dable la cesión de créditos en proceso ejecutivo, con argumento extraído de ODQQRUPDGHODUW FFFHOFHOXGRURQRSXHGHSRQHUSDODFH [reducción o retracto], después de transcurridos nueve días desde la notificación del decreto en que se manda ejecutar la VHQQHQFLDQLQHPEDUJR KDGHHWHQHAYVPHHQBHRF XGWLguna de ceder un crédito en proceso ejecutivo, que el precepto citado regula, no la cesión, sino uno de sus efectos, que la figura del beneficio de retracto no es de aplicación absoluta, al extremo de que donde no se pudiera emplear no podría darse cesión de crédito, y que, en últimas, en el proceso ejecutivo está prevenida sentencia (arts. 507, 509 [e] 555 [6 y 7] c. de p. c.) que ordena proceder al remate de los bienes embargados y secuestrados, esto es, seguir adelante la ejecución.

¹⁰⁹² Cfr. cas. de 21 de mayo de 1941, li. 489.

retracto litigioso, originado en las *leges Per diversas* (C. 4, 35, 22) y *ab Anastasio* (C. 4, 35, 23), y entendido como “el derecho concedido por las leyes al deudor de deuda litigiosa”, fundando en que desde el derecho romano “los compradores de pleitos han sido tenidos como expoliadores, *emptores litium fortunis alienis inhiantes*”¹⁰⁹³, para de ese modo disuadirlos de su aventura y, en todo caso, impedir su lucro indebido¹⁰⁹⁴. Esa actitud adversa a la especulación mediante la compra de derechos litigiosos, especialmente a litigantes exhaustos, se vertió en las codificaciones, y así la nuestra previene que el deudor no está obligado para con el cesionario sino en concurrencia del valor que este invirtió en la adquisición del crédito (derecho litigioso), más los frutos, intereses y costas causados en el tiempo que medie entre la notificación de la cesión y el pago (art. 1971 [1] c. c.), pero siempre que oponga el beneficio dentro de los nueve días siguientes al de la notificación del decreto que manda ejecutar la sentencia: término de caducidad (arts. 1972 c. c.; 307, 308, 335, 507 y 510 c. de p. c.)¹⁰⁹⁵. Conforme a la prevención del art. 1970 c. c., “es indiferente [...] que sea el cedente o el cesionario el que persigue el derecho”. El art. 60 [5] c. de p. c. previene que “[l]as controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el art. 1971 del c. c., se decidirán como incidente”.

VII. usufructo, pignoración, anticresis del crédito

El usufructo está concebido como un derecho real, limitativo del dominio, que otorga a su titular la facultad de gozar del bien, conservando su forma y sustancia, caso de ser no fungible, o con cargo de restituir objetos de la misma calidad en igual número (*in tantundem*), limitada a un plazo o por una condición (art. 823 c. c.).

1093 3RWKLHU ORV OODPD³HVSHFXODGRUHV RGLRVRV' 7UDLWp GH OD YHOWH FLW O S

¹⁰⁹⁵ Cfr. cas. de 3 de noviembre de 1954, lxxix, 16.

En todo caso, lo que acá se quiere resaltar con la referencia al “usufructo más bien del crédito” es que, sea con ese nombre y utilizando directamente dicha figura, sea por vía indirecta (fiduciariamente) y mediante la cesión a secas, el acreedor puede conceder eficazmente a un tercero el derecho a percibir los frutos de un crédito, sin afectación del crédito mismo (principal).

361. pignoración de crédito*

Se puede ceder un crédito ordinario en garantía, y ese es uno de los motivos que explican y justifican la cesión fiduciaria (supra n.º 351)¹⁰⁹⁷, pero acá no se trata ya del negocio con eficacia legal superior a la deseada por las partes o más intensa que ella, sino de la operación autónoma, con entidad propia denominada pignoración o empeño de un crédito, prevenida y disciplinada por el art. 2414 c. c.

La prenda es un contrato real de garantía, accesorio a una obligación principal (art. 2410 c. c.), a la que otorga un mayor respaldo: responsabilidad limitada a cargo del constituyente y, a la postre, del actual titular del dominio sobre el bien gravado. La pignoración consiste en la entrega de una cosa mueble al acreedor para seguridad de su crédito (entrega en prenda, arts. 2409 y 2410 c. c.), que le da derecho a pedir que la prenda se venda en pública subasta, para que con el producto (precio) se le pague, o que se le adjudique en el remate (arts. 2422 y 2423 c. c.; 1202 c. co.; 554 y ss. c. de p. c.).

El crédito, como bien incorporeal y mueble, puede ser pignorado por su titular (acreedor) o por quien, sin ser tal, tenga poder dispositivo sobre ese derecho (art. 2415 c. c. y 1201 c. co.), con el propósito de caucionar una obligación del constituyente o de otro sujeto (art. 2413 c. c.).

Para que dicha pignoración se celebre es menester la entrega del documento en que conste el crédito, con la nota correspondiente firmada por el constituyente, o del documento elaborado a propósito, en caso de que el crédito no sea documental, cual se previene para la cesión, e igual que allá, para que produzca efectos frente al deudor y a los demás terceros es menester notificar lo hecho a aquel, a fin de que se abstenga de pagar a su acreedor y lo haga al acreedor prendario (arts. 2411, 2414 y 1959 c. c.).

Si el crédito entregado en prenda devenga intereses o fructifica, sus rendimientos, perceptibles por el acreedor prendario, serán aplicados a los de la propia acreencia y, en caso de que esta no los cause, se imputarán al capital del crédito caucionado (arts. 1653 c. c. y 952 c. c. t. de 1870, no reproducido en el de 1971; cfr. art. 881 c. co.).

Llegada la oportunidad de pago del crédito pignorado (de los intereses o del principal o de unos y otro), y estando aún vigente la garantía, el deudor habrá de ejecutar la prestación en favor del acreedor prendario, quien al recibir el pago hará las imputaciones convenidas o previstas en la ley (arts. 1653 c. c. y 881 c. co.; *infra* n.º 534), y pasará el saldo al titular del crédito empeñado. El deudor de este quedará libre pagando al acreedor prendario, quien de no hacer las imputaciones debidas y no entregar el remanente al acreedor del crédito pignorado, deudor suyo, quedará expuesto a las acciones de este (art. 1698 c. c.).

Por último, valga reiterar que si el vencimiento del crédito caucionado se produce antes que el del crédito sobre el cual se constituyó la prenda, el acreedor prendario podrá (habrá de)

* Cfr. S. Romano. *Natura giuridica del pegno di crediti*, Milano, 1928.

¹⁰⁹⁷ Cfr. cas. de 25 de abril de 2000, exp. 6189, p. 18 y s., sin publicar.

¹⁰⁹⁹ El Proyecto fue redactado por el profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México Raúl Cervantes Ahumada entre 1965 y 1966, encargado para ello por el Instituto para la Integración de América Latina (intal), a raíz de la solicitud de asesoramiento que le formulara a este el Parlamento Latinoamericano, y fue publicado por dicho Instituto y el bid, con ese nombre, en Buenos Aires en 1967.

364. el título-valor

Como rasgos sobresalientes de esta clase de créditos, bienes corporales, que deben anotarse para los menesteres de su negociación, punto de estudio en este parágrafo, se tienen: todo suscriptor se obliga autónomamente (art. 627 c. co.), “la transferencia del título comporta no sólo la del derecho principal incorporado, sino también la de los derechos accesorios” (art. 628 c. co.), todo suscriptor de él se considera obligado solidariamente para con el beneficiario, aun quien lo haga como apoderado, en el caso de carecer de atribuciones para ello (arts. 632, 642 y 841 c. co.).

Los títulos-valores, según la nomenclatura propia de la materia, pueden ser *nominativos*, “cuando en ellos o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título” (art. 648 c. co.); *a la orden*, cuando se expiden a favor de determinada persona, con la expresión “a la orden” o mención de su transferibilidad por endoso o de su negociabilidad en general o cuando se indique específicamente su carácter de título valor (art. 651 c. co.); y *al portador*, que son los que no se expiden a favor de determinada persona y los que contienen dicha cláusula (art. 668 c. co.) o se tornan en tales por endoso en blanco o al portador (art. 654 c. co.).

1100 38Q□WtWXOR□YDORU□HV□GH□FRQW□H□Q□L□R□J□E□F□S□B□6□W□L□E□L□R□E□X□D□La prestación que puede exigirse como efecto
GH□HVH□WtWXOR□HV□GLQHUR□□YDOJD□GHFLU□□PRQHGD□OHJDO□□/HDO□3pUH□□7tWXORV□p□
el art. 821 c. co. Sin embargo, valga anotar q□XH□HVWD□QRUPD□UH□JD□WH□WXDOPHQW□H□□&XDQGR□HQ□OI□
OD□H□SUHVLY□Q□μLQVWUXPHQWRV□QHJRFLDEOHV□□VH□v□H□QW□D□G□H□T□E□N□I□R□E□D□W□D□Q□E□R□E□G□A□W□X□D□J□E□
HO□SDJR□HQ□PRQHGD□□OR□FXDO□D□E□N□D□Q□U□E□P□E□D□I□N□D□E□C□I□U□L□S□V□H□QW□D□de contenido crediticio con objeto
distinto de pago en moneda; a lo que se agrega que crédito no es tan sólo el derecho a una prestación pecuniaria, pues está, p.
ej., el derecho a entrega de un bien. Piénsese en el caso del crédito a la entrega de la mercancía transportada, incorporado al
conocimiento de embarque.

Los títulos al portador se transmiten por entrega, entendida como tradición del documento, que se toma como bien corporal (arts. 668 c. co. y 761 c. c.).

Es obvio que por acto entre vivos no se conciben ni aceptan figuras distintas de transmisión de un crédito que la cesión y el endoso, con sus ámbitos respectivos, dada la estrictez del

1103 >(@O□HQGRVR□FRPR□LQVWLWXFLyQ□FDPELDULD□HV□XQ□DFWR□MXU□GLFR□FRPSXHVR□GL
única manera que podría expresarse su triple función: legitimar, garantizar, transferir [...] De allí que la entrega sin firma del
HQGRVDQWH□□QR□OHLWLDPD□DO□SRVHHGRU□□QL□OD□ILUPD□VLQ□HQWUJD□□FRQW DW 1984
títulos valores. t. i. cit., 76 bis. p. 96.

Ahora bien, tratándose de una transmisión de crédito por medio distinto de endoso, la única posibilidad de ubicarla dentro del espectro normativo es en la cesión ordinaria regulada por el código civil. Por lo cual, el empleo de la expresión “subroga”, como efecto de aquel acto, común al código y al Proyecto INTAL, resulta desacertado, puesto que asimila innecesariamente dos figuras diferentes, de modo de mantener de manera expresa las excepciones (perso-nales), como corresponde a la subrogación, pero sin la limitación de la oportunidad de la reserva que sí prevenía el código de 1870, como corresponde a la cesión. A lo cual ha de añadirse otro reparo en cuanto al régimen de la transferencia de un título a la orden por vía distinta del endoso que establece el código en su art. 653: allí, como en el art. 39 del Proyecto INTAL, se le da al cesionario la pretensión para que el juez la haga constar en el documento o en hoja adherida a él, como corresponde a la protección de un interés legítimo suyo. Pero en contraste con el Proyecto, el precepto nacional agrega que “la constancia que ponga el juez en el título se tendrá como endoso”, lo cual parece contradictorio, pues, o la transferencia en cuestión no es endoso sino cesión o una subrogación híbrida y sin necesidad de pago (cfr. art. 1666 c. c.), que no obligaría ni autónoma ni solidariamente a quien la hace, porque para ello sería menester el endoso (arts. 627 y 657 c. co.), o bien es un endoso en agraz que solamente llegará a ser tal en el momento en que el juez deje la constancia respectiva en el título, con discrecionalidad del adquirente para optar por uno u otro camino, lo que no se compadecería con el rigor y la severidad de los títulos-valores, documentos circulatorios por excelencia¹¹⁰⁵.

1105 Todo parece indicar que este conjunto de dificultades tiene origen en la adopción sin salvedades ni adaptaciones al derecho nacional, del Proyecto del intal, que dentro de su excelencia en sí y su esfuerzo por lograr un articulado susceptible de recepción en toda América Latina, en oportunidades da por sentada una universalidad de instituciones y reglas que no es tal. Así, rastreando en el autor del Proyecto la razón de ser de la hipótesis de transmisión de título a la orden por vía diferente del HQGRVR□□ VH□ HQFXHQWUDQ□ HVWVDV□ H[SOLFDRQHV a la orden por vía ordinaria también por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso del endoso: pero tales transmisiones no surtirán efectos cambiarios, puesto que podrán oponerse al adquirente todas las excepciones que se hubierDQ□ SRGLGR□ RSRQHU□ D□ TXLHQ□ WUDQVPLWLy□ HO□ W Cervantes Ahumada. Títulos y operaciones de crédito, cit., p. 21. Para el autor en cita, la cesión no es un negocio formal, sino consensual, a pesar de que el art. 2033 del c. c. del Distrito y Territorios Federales de México, igual que el art. 59 [33 Lev 57

1108 >@L VH TXLHUH WUDQVHUHU HO GHUHFKR LQFRUSRUDGHUHQHPSXQGLDWDVWVXORQHOGRELLHQQR SRGUi
FRQOOHYD R QR LQYROXFUD OD WUDQVIHUHQFLD R OD HQWUJD GHO GRFXPHQWR TXH OR FRQWLQH' S.

De más está anotar que, al igual que ocurre con la cesión, el endoso puede hacerse tanto a título oneroso como a título gratuito, declarado o callado; como también pueden darse las figuras del endoso fiduciario y de la anticresis del crédito, como tales, sólo con efectos internos.

¹¹¹¹ Cfr. cas. de 11 de junio de 1992, ccxvi, 546 v s.

El endoso como tal, esto es, con todas sus consecuencias *inter partes* y respecto de terceros, sólo es reconocido cuando ocurre con anterioridad al vencimiento del título; en caso de hacerse luego, “endoso posterior al vencimiento del título”, por disposición legal “produce los efectos de una cesión ordinaria” (arts. 660 [2] c. co.; 1959 y ss. c. c.), o sea que queda sometido a las reglas de esta: trámites y efectos, por lo cual es obvio exigir la notificación al deudor para que pueda ser oponible a él y a los demás terceros¹¹¹², toda vez que dentro de los efectos de la cesión está la pérdida de las excepciones (personales) que tenía el deudor contra el anterior acreedor, que no haya reservado cuando se le notificó la cesión. A ese propósito resulta importante precisar la fecha del endoso para contrastarla con la del vencimiento: siendo necesariamente real y, además, formal, cuando el título es nominativo o a la orden y continúa siéndolo, el endoso se entenderá hecho en el día que aparezca escrito, y en ausencia de tal fecha, en la oportunidad en que el endosante entregó el título al endosatario (arts. 660 [1] y 625 [2] c. co.).

Por lo demás, el transmisor por endoso-cesión responde ante el *accipiens* únicamente de la existencia, titularidad y poder de disposición del derecho.

370. responsabilidad del endosante

Quien endosa un título-valor, como disponente se obliga en forma autónoma, de modo que responde por la existencia del crédito, su titularidad y su disponibilidad en general y en la forma que procede, con independencia de cualesquiera hechos que afecten la vinculación de alguno o algunos de los demás signatarios (art. 627 c. co.) y, además, por su efectividad total, como quiera que, salvo que excluya expresamente esa proyección natural del acto (art. 657 c. co.) o que esta resulte extraña a la naturaleza del endoso (endoso en procuración, art. 658 c. co.), asume la obligación conforme al tenor literal del título (art. 626 c. co.), a partir de la fecha del endoso (art. 660 c. co.) y, en concurrencia con quienes suscriban con él el instrumento en un mismo grado (como endosantes), caso en el cual al pagar tendrá frente a los demás co-obligados los mismos derechos de todo deudor solidario en iguales circunstancias (subrogación [arts. 1579 y 1668, 3.º, c. c.] y reembolso [art. 2395 c. c.]), sin perjuicio de las acciones cambiarias contra las otras partes (art. 632 c. co.).

371. el endoso respecto de terceros

El endoso se considera completo y eficaz tan pronto como se ha recorrido la definición, es decir, en cuanto se puso la nota en el título y se realizó la entrega de este, si es a la orden; cuando, además, se inscribió el traspaso en el libro correspondiente, si es nominativo; o cuando se realizó la sola entrega, si es al portador. Tales plenitud y eficacia no solamente se refieren a las partes en dicha operación contractual, el endosante, y en seguida y necesariamente el endosatario, que recoge la declaración y la conducta recepticias de aquel, sino también a todos los que hayan formado ese título y por ello hayan de responder en

¹¹¹² Así Trujillo-Calle. De los títulos valores, t. i, cit., n.º 82, p. 100, para quien, cuando la cesión $GHO \square WtWXOR \square YHQLGR \square ^3GHEH \square$ observar la forma propia de un endoso y por consiguiente no es preciso hacer notificación al deudor cedido [y], en cambio, cuando la cesión es por acto separado, resulta claro que por tratarse de una cesión ordinaria, tal notificación debe verificarse $FRQIRUPH \square D \square ODV \square UHJODV \square GHO \square FyGLJR \square FLYLO' \square \square FXDO \square VL \square OD \square H[LJHQFLD \square GH \square QRWLILFDEH \square Q \square GHSHQGLHUD \square GF$ documento o en uno aparte, y no del hecho mismo de que esa transferencia es cesión y no endoso. Cfr., también, n.º 113, p. 120.

acción cambiaria indirecta o de regreso o, sin esa responsabilidad, tengan algún interés en él.

372. tutela del título-valor

El título valor, formal y corporal por naturaleza y por su vocación crediticia y circulatoria, está amparado por presunciones de pureza y autenticidad, tanto en su expedición como en las sucesivas negociaciones: puede emitirse en blanco, con la sola firma (art. 622 c. co.); cuando aparece en poder de persona distinta del suscriptor, se presume la entrega con intención de hacerlo negociable (art. 625 [2] c. co.); las alteraciones del texto son oponibles a quienes han obrado luego de introducidas (art. 631 c. co.); la apariencia de poder prolijada por el dueño del negocio se asimila al apoderamiento con facultad de representación (arts. 640 y 842 c. co.); los representantes orgánicos de sociedades y los factores se reputan autorizados para suscribir títulos-valores a nombre de las entidades por ellos administradas (art. 641 c. co.); se considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación (art. 647 c. co.); es válido el pago hecho al endosatario en procuración o al cobro, a pesar de la revocación de tal poder, si esta no fue notificada al deudor (art. 658 c. co.); el obligado no podrá exigir que se le compruebe la autenticidad de los endosos (art. 662 c. co.); las firmas todas, autógrafas o mecánicas, se presumen auténticas, igual que los sellos (art. 793 c. co.).

El título-valor está tutelado con la acción cambiaria, de la que es titular el último tenedor, para el pago del valor real del título (el nominal más sus intereses y menos la parte aceptada o pagada, según el caso) y los gastos de cobranza (art. 782 c. co.); directa contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas, y de regreso contra cualquier otro obligado (art. 782 c. co.), luego de su presentación, rechazo y protesto (art. 787 c. co.).

Son terceros frente al endoso todos los que no intervienen en él, y respecto de ellos el endoso se considera legítimo y hecho en la oportunidad en que aparece realizado, con oponibilidad plena sin lugar a notificación y a que alguno de los suscriptores pueda oponer o reservar excepciones personales contra el endosante o sus antecesores (art. 784 c. co.).

373. la acción cambiaria *

Naturalmente, entre las partes la relación de base que originó el endoso tiene relevancia plena: al tenedor actual del título valor que pretenda el pago de la obligación correspondiente le compete la acción cambiaria en caso de falta de aceptación o de falta de pago total o parcial, o de quiebra, estado de liquidación o concurso de acreedores de girado o aceptante (art. 780 c. co.), acción que puede ser directa o de regreso (art. 781 c. co.). “Es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus respectivos avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado” (art. 781 c. co.), o sea el girador, el librador, los endosantes, sus respectivos avalistas. La acción cambiaria tiene por contenido el saldo insoluto del valor del título, sus intereses, los gastos de cobranza y gastos de transferencia de una plaza a otra” (art. 782 c. co.). “El obligado en vía de regreso que pague el título, podrá exigir intereses moratorios sobre el principal pagado, desde la fecha del pago y gastos de cobranza y de transferencia

* Cfr. Trujillo-Calle. De los títulos valores, i, cit., lib. 1.º, cap. xi, p. 201 y ss.

de una plaza a otra” (art. 783 c. co.).

Frente a dicha acción el o los demandados podrán oponer las denominadas excepciones “reales”, como también las fundadas en el negocio jurídico que dio lugar a la cesión y las propiamente “personales” (art. 784 [12.ª] c. co.).

374. excepciones reales^{**}

Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse como excepciones reales: no haber suscrito el demandado el título (arts. 625 y 654 [3] c. co.), su incapacidad de ejercicio para cuando lo suscribió (arts. 899 [3.º] y 900 c. co.), falta de poder o de suficiencia de él en quien suscribió el título a nombre del demandado (arts. 640 y ss. y 832 y ss. c. co.), omisión de requisitos sustanciales en el título (arts. 820, 821 y 824 c. co.), no serle oponible la alteración del texto del título que se le exige (art. 631 c. co.) o no ser negociable este (art. 716 c. co.), quitas o pagos totales o parciales vertidos en el instrumento (art. 624 c. co.), haber realizado consignación o depósito del valor, haber sido cancelado judicialmente el título o haberse ordenado por la misma vía la suspensión de su pago (arts. 408 [5] y 681 [4] c. de p. c.; 643, 803 y 818 c. co.), prescripción o caducidad, y falta de requisitos para el ejercicio de la acción (arts. 787 a 792 c. co.; 306 [1] c. de p. c.; 784 [1.ª a 10.ª] c. co.).

375. excepciones personales

A ellas se agregan las excepciones personales, entre las cuales la ley puntualiza: las que se deriven de la falta de entrega del título o de intención de hacerlo negociable, frente a un tenedor que no sea de buena fe (art. 625 c. co.) y las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación del título o del que generó la transferencia del mismo, ora contra quien fue parte en él, ora contra un tenedor que no haya obrado con “buena fe exenta de culpa”, salvo el caso del art. 639, en favor de quien ejecutó la contraprestación (art. 783 [11.ª a 13.ª] c. co.).

La doctrina aparecida a raíz de la expedición del código se mostró adversa a la exigencia de la cadena de endosos ininterrumpida para que el tenedor de un título a la orden pudiera legitimarse en su acción (art. 661 c. co.) y reticente en torno de la figura introducida allá de la “buena fe exenta de culpa”, sin duda ambigua, ambas factores de desconfianza y, por consiguiente, de deterioro del valor crediticio y del poder circulatorio de los títulos-valores, al propiciar excepciones inopinadas con fundamento en ellas (art. 784 [11.ª y 12.ª] c. co.).

376. posición del tenedor actual

En todo caso, y en lo que interesa dentro de este estudio colateral, el tenedor actual, con las salvedades expuestas, puede dirigirse en acción cambiaria “contra todos los obligados a la vez o contra alguno o algunos de ellos, sin perder en este caso la acción contra los otros y sin obligación de seguir el orden cronológico de las firmas en el título (art. 785 c. co.), lo que significa incuestionablemente la solidaridad de todo signatario que no la haya rehusado expresamente (arts. 657 y 666 c. co.), o que no haya hecho un endoso que de por sí prescinda de ella (art. 658 c. co.) en los títulos nominativos o a la orden, garantía aquella

^{**} Trujillo-Calle. De los títulos valores, i, cit., lib. 2.º, caps. i a viii; ; Sanín Echeverri. Títulos valores, cit., cap. xi; H. Pérez Leal. Títulos valores, 3.ª parte, Bogotá, 2001.

refrendada por la obligación autónoma de todo suscriptor y endosante (arts. 627 y 657 c. co.) y complementada con la solidaridad pasiva concreta de quienes suscriben un título-valor en un mismo grado y la responsabilidad solidaria del avalista por todo o parte de aquel (arts. 633 y ss. c. co.), garantías que han dado lugar a que se hable de la “solidaridad cambiaria” como una categoría específica de esa figura, en la cual, en materia de interrupción de la prescripción, cada deudor es persona aparte y no se ve afectado por lo que les ocurrió a los demás (art. 792 c. co. *versus* art. 2540 c. c.).

377. situación de quien canceló la obligación

En fin, todo obligado que haya pagado la obligación vertida en el título puede ejercitar la acción cambiaria contra los signatarios anteriores (art. 785 *in fine*) y cobrar cargando o pidiendo que le abonen en cuenta el valor o girando contra ellos por dicho valor (art. 786 c. co.), y los varios suscriptores de un título valor en un mismo grado gozan también de las acciones cambiarias contra las demás partes (art. 632 c. co.).

378. cesión y endoso

Las dos figuras coinciden en sus rasgos básicos, como corresponde a su naturaleza de actos de autonomía privada cuya función es la transferencia de créditos: negocios abstractos, formales y reales, de por sí eficaces entre quienes los celebran y oponibles a los demás sobre la base del lleno de ciertos requisitos y dentro de ciertas limitaciones. Difieren fundamentalmente en cuanto que el endoso, como medio para la disposición de créditos literales y destinados a expandir el crédito y a circular, debe atender a las exigencias de confianza y celeridad en la operación, de satisfacción indispensable para la realización de aquellos fines.

De ese modo, y observando comparativamente las normas que gobiernan una y otra figura, la doctrina encuentra estas diferencias sobresalientes en ambas:

La cesión no exige que el título sea documentado, mas sí que ella se haga por escrito, y que si el crédito es documental, la nota se ponga allí mismo, especialmente cuando se constituyó por escritura pública, caso en el cual debe hacerse en la copia expedida para exigir su cumplimiento. El crédito objeto del endoso siempre será documental. El endoso distingue entre las varias clases de títulos (nominativos, a la orden, al portador), para, en unos casos, exigir la nota correspondiente, siempre en el mismo documento en el que se consignó o al que se incorporó el crédito, y en todos, la entrega del título; en algunos, sólo ella, y en otros, además, la inscripción en el registro que lleve su creador.

El cedente, de ordinario, no responde sino de su titularidad y de su poder dispositivo, y solamente al cesionario; cualquiera responsabilidad adicional exige estipulación a propósito. Cada endosante asume una obligación autónoma por la totalidad del valor del título y si obra junto con otros, solidariamente con ellos, de modo que responde así con estos, y de por sí garantiza la satisfacción total del último tenedor.

La cesión exige notificación del deudor o “aceptación” de este para su oponibilidad a terceros; no así el endoso, que es oponible a todos a partir de su consumación. La notificación y, en su caso la “aceptación” de la cesión, permite al deudor hacer reserva de sus excepciones personales, advierte al cesionario de la existencia de estas y lo pone a salvo de todo reparo adicional ulterior por dicho concepto. El endosante, frente a la acción cambiaria, directa o de regreso, puede oponer, dentro del proceso ejecutivo, las excepciones

que le competan sin necesidad de advertencia o reserva previa, para las cuales no tiene oportunidad.

La cesión comporta el traslado total o parcial del derecho de crédito en poder del acreedor, sin posibilidad de atenuación o desviación de sus efectos, pero sí permite hacerla parcialmente, como también bajo condición. El endoso, por definición, debe ser puro y simple, no puede ser parcial, pero sí se previenen variedades que gradúan y atemperan los efectos del traspaso, y permiten incluir a varios destinatarios simultáneamente, en la proporción que sea.

Por último, y retomando las similitudes, es útil reiterar, dada la frecuencia con que se sostiene lo contrario, al parecer con ligereza, que tanto la cesión como su especie, el endoso, son negocios jurídicos de formación bilateral, contratos traslativos de los respectivos derechos, en los que coinciden las exigencias de forma y *res*.

IX. diputación y delegación activa

379. diputación

La diputación es el ruego, la invitación o el encargo que hace el acreedor (diputación activa) a otra persona para el cobro y el recibo de la prestación (arts. 1634 y 1638 y ss. c. c.). Es una figura que excepcionalmente podría llegar a estar comprendida dentro de la representación, apenas en la medida en que el acreedor autorice al diputado para decidir por él, pero sí, y más naturalmente, dentro del mandato, como encargo no representativo y, en todo caso, dentro de la delegación, que en seguida se estudiará más detenidamente.

El diputado recibe un encargo concreto: cobrar, recibir, expedir la carta de pago. En principio no sustituye completamente al acreedor, no lo reemplaza o releva, sino que simplemente acoge el ruego de este con la comisión precisa para cobro y pago. Por lo mismo, no constituye un caso de sucesión en el crédito, sino de apoderamiento, general o particular para la gestión anotada.

380. delegación activa*

Del fenómeno general de la delegación¹¹¹³, entendida como “la invitación de alguien, que toma a su cargo las eventuales consecuencias pasivas de la operación, otra persona asume en nombre propio una determinada obligación para con un tercero; o bien realiza una prestación en favor de este, quien la recibe como si viniera de quien delegó”¹¹¹⁴, interesa aquí la llamada delegación activa, esto es, aquella que se concentra en una relación de

* Cfr. M. Billiau. Délégation de créance, París, 1989.

¹¹¹³ ³/D GHOHJDWLR HUD OD GHVLJQDFLYQ XQLODWHUDO H[SUHVD R WIFLWD GH XQ VXXVWLWXWR GH OHJDFLYQ GH FUpGLWR LRDQRYDWLYD GH GHXGRU GH OHJDFLYQ GH GpELWR R QRYDWLYD SDVL GH OHJDFLYQ GH SDJR DFWLYD R HQ OD GH VROYHQWH GH OHJDFLYQ GH SDJR SDVLYD (O LX solvendi) no se dirigía a la contraparte, sino que lo enderezaba el delegante (is qui delegat) al delegado (is qui delegatur), quien podía estar ya obligado para con aquel, como estar libre de obligación al respecto. Si el delegado decidía ejecutar el iussum, lo ponía entonces en conocimiento del delegatario (is qui delegatur), quien, tratándose de una delegatio solvendi, en principio estaba obligado a accipere o a solvere y, tratándose de una delegatio obligandi, estaba en libertad de decidir si le convenía o no aceptar a la nueva contraparte. El iussum (también llamado impropriamente mandatum), o sea la designación preventiva, podía ser sustituido por una ratihabito, es decir, una adhesión posterior a la iniciativa tomada por el delegado.

Guarino. Diritto privato romano, cit., n.º 77.3, p. 711 y s.

¹¹¹⁴ ³(Q HO SULPHU FdVR QRV HQFRQWUDPR IUHQWH D XQD GH OHJDFLYQ GH GHXGD GH OHJDWLR SURPLW GH OHJDFLYQ GH SDJR GH OHJDWLR VROYHQGL :;%LJLDYL/D GH OHJDJLRQH 3DGRYD S

crédito entre delegante y delegado y determina el surgimiento de un nuevo acreedor en sustitución del primero o junto a él, o sea cuando el delegante es considerado en cuanto acreedor, cuyo título se transfiere al delegatario o va a ser compartido con este (*delegatio credendi*)¹¹¹⁵.

Cuando el delegante, acreedor de alguien, da orden a su deudor de que prometa o pague (*delegatio accipiendi*), o le solicita (*iussus*¹¹¹⁶) prometer en todo o en parte la prestación debida por él a un tercero (*delegatio promittendi*), es posible que al aceptar el deudor delegado el encargo o la orden de promesa o de pago, su acreedor delegante lo declare libre o que esa actitud sea deducible del contexto de la operación, casos en los cuales se estará frente a una novación por cambio de acreedor (arts. 1690 [2.º] y 1693 c. c.), dado que la alteración subjetiva implica una sustitución de la relación jurídica¹¹¹⁷. Como también cabe la posibilidad de que aquella liberación del deudor no se declare ni sea inferible¹¹¹⁸, o de que sólo se produzca una vez que el deudor delegado satisfaga al delegatario, y que, por lo mismo, el acreedor delegante conserve sus derechos frente a su deudor hasta entonces. Cuestión esta de suyo importante, sobre todo teniendo presente la eventualidad de incumplimiento del deudor delegado, esto es, de que este no ejecute la orden o el ruego del delegante. En tal supuesto, el delegante podrá demandar al delegado alternativamente, para que ejecute la prestación en favor del delegatario o para que lo satisfaga *in natura* o mediante el subrogado pecuniario, por tratarse de una delegación simple y no novativa. Y “sin que importe que el delegado venga a encontrarse de esta manera frente a dos acreedores, pues es claro que el delegante no podrá obrar en contra del delegado en cuanto este se halle expuesto a las acciones del delegatario, con lo cual el ejercicio del derecho de crédito por parte del delegante está condicionado a la eliminación del crédito del delegatario”. Sin más, piénsese en la posición de girador, girado y beneficiario en letras o en cheques.

La doctrina mantiene y resalta la distinción entre cesión de crédito y delegación activa, partiendo de la base de que los interesados pueden optar por cualquiera de las dos figuras, y de que, cuando no hay aceptación de la delegación por parte del deudor que recibe el encargo o la orden, pero sí del delegatario, opera la cesión del acreedor delegante al tercero delegatario, y los efectos serán los propios de esta figura (art. 1965 c. c.). Las diferencias entre las dos figuras: delegación y cesión, se destacan así: en la cesión el convenio cuenta con sólo dos partes: acreedor cedente y tercero cesionario, sin intervención alguna del deudor, que apenas habrá de ser notificado para que el traspaso le sea oponible; en la delegación el deudor es parte de un negocio jurídico plurilateral celebrado entre el acreedor delegante, el tercero delegatario y el deudor delegado; en la cesión subsisten las garantías de plano, en tanto que en la delegación novativa, por definición, se extinguen, dejando a

¹¹¹⁵ Bigiavi. La delegazione, cit., p. 10 y s.

¹¹¹⁶ ³ XV V XV □ MX V V X P □ RUG HQ □ PD QGDWR □ PD QGDPLHQWR □ SUHFHSWR □

¹¹¹⁷ ³ D □ &RUWH □ GH □ FDVDFLYQ □ HQ □ XQD □ VHQWHQFLD □ FRQVLGHUy □ TXH □ IDOWDQGR □ HO □ FRQVHQWLP LHQWR □ SUH entraña novación por cambio de acreedor. Luego, en otra sentencia, sin aparentemente distinguir entre las dos formas de delegación, parece haber admitido la liberación del delegado respecto del delegante, al afirmar, sin distinción, la prioridad del delegatario sobre los acreedores del delegante. Esta decisión (1963) es la buena: la novación (por cambio de acreedor) no se presume, y el hecho de que se trate de una delegación perfecta no cambia nada, porque la única novación expresa que se encuentra allí a priori es la por cambio de deudor. Si el crédito del delegante contra el delegado no se extingue por el hecho de la aceptación por parte del delegatario del compromiso por el delegado a su favor, sino solamente por el hecho de la ejecución de la delegación, ni el delegante, ni sus acreedores pueden exigir el pago antes del incumplimiento del delegado

¹¹¹⁸ ³ 1R □ FRQVWLWXH □ QRYDFLYQ □ HO □ HQFDUJR □ R □ PDQGDWR □ TXH □ KDFH □ HO □ DFUHHGRU □ DO □ GHXGRU □ FRQ □ SRVVPURYLHQH □ OD □ GHXGD □ GH □ SDJDU □ D □ FLHUWD □ SHUVRQD □ GLVWLQWD □ GH □ DFUHHGRU □ OD □ VXPD □ TXH □ DTXH 1930, xxxvii, 484 y ss.

salvo la posibilidad de reserva a discreción de los garantes (art. 1701 c. c.), y en la delegación activa simple se tendría la subsistencia ordenada para la cesión, como quiera que aquella produce los efectos naturales de esta (arts. 1695 y 1694 c. c.). En fin, la delegación activa puede o no concurrir con una delegación pasiva, novatoria o cumulativa.

capítulo tercero

Sucesión en la deuda

381. generalidades

Dentro del análisis de la relación obligatoria desde el punto de vista de los sujetos, y admitida la posibilidad de sustitución, unitaria o plural, del sujeto activo, tanto por defunción o disolución de la persona como por la actividad dispositiva del acreedor o por su satisfacción a manos de un tercero, conforme a la regulación legal o como resultado de una transferencia judicialmente ordenada, llega la oportunidad de examinar ahora si otro tanto puede acontecer en lo que hace al sujeto pasivo, o en qué medida la posición especial de este y la naturaleza misma de la relación jurídica imponen un régimen diferente y hasta dónde.

Como se ha dicho insistentemente, el crédito es un derecho subjetivo y, como tal, es transmisible, característica a la que contribuye su estimabilidad patrimonial. El acreedor es el destinatario de la prestación y el beneficiario de la relación jurídica. Ha de ser persona determinada, pues conceptualmente se exige la posibilidad de establecer oportunamente quién puede recibir, a favor de quién ha de prestar el deudor su colaboración. Pero, en general, resulta indiferente la persona del acreedor, siempre que esté determinada o pueda determinarse cuando sea menester. No sucede igual con el sujeto pasivo de la relación: por más que, por el avance de la patrimonialización de las relaciones y su creciente despersonalización, la solidez y la propia consistencia de estas se asiente cada día con mayor énfasis en la solvencia y la liquidez patrimoniales del deudor, el hecho es que, en fin de cuentas, el crédito es un derecho a la prestación, entendida como un deber personal de conducta, y así lo que interesa, en últimas, sea el resultado y no quién lo proporciona, la condición personal del obligado es definitiva para el otorgamiento de crédito en el tráfico jurídico, como también lo es en la valoración del crédito ya existente, surgido de un negocio jurídico o de cualquiera otra fuente, dado que, en principio, la satisfacción – cumplimiento – sólo puede esperarse y, en su caso, exigirse, del deudor.

De ahí por qué la movilidad enorme del crédito no encuentre una correspondencia cabal en la de la deuda y que las posibilidades de cambio del sujeto pasivo se cifren en las limitaciones de la vida o de la continuidad de este, o en el asentimiento del acreedor, pero no en el solo arbitrio del obligado, cuyo medio propio de liberación consiste en el cumplimiento, con el cual la obligación se extingue al realizarse y agotarse su función social. De tal manera, como medios de cambio de deudor surgen la sucesión por causa de muerte –disolución o transformación de la persona jurídica– y la aceptación del relevo por parte del acreedor, al acoger la asunción de la deuda que hace un tercero espontáneamente o por la delegación-cesión que le hace el deudor de un crédito suyo. Son estas últimas, aún mecanismos indirectos, que “gracias a la ingeniosidad de los juristas y los prácticos, se utilizan, desviándolos de su fin, para realizar la transmisión de las obligaciones”¹¹¹⁹.

¹¹¹⁹ MAZEUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1232, p. 1232.

En fin, el garante puede dejar de serlo, siempre con la anuencia del acreedor, sea porque simplemente este renuncia a dicha seguridad, sea porque acepta su relevo por un tercero¹¹²⁰, análogamente a como ocurre con el deudor, por iniciativa de este, porque este acepta la solicitud o exigencia del acreedor en tal sentido, sea, por último, por entendimiento de este con el tercero o, porque así lo determinó, sin más, el acreedor.

I. sucesión “mortis causa”

382. la sucesión “mortis causa” en la deuda

Las disposiciones atrás citadas como normas reguladoras de la sucesión *mortis causa* en el crédito (arts. 1008, 1155 y 1162 c. c.), son pertinentes también para enfocar los hechos que ahora se estudian: al fallecer el titular del patrimonio, sus obligaciones se mantienen y el acreedor tiene frente a sí a la universalidad “herencia, que responde de las obligaciones de aquel por conducto de los herederos que hayan aceptado”¹¹²¹. El heredero subentra en las relaciones jurídicas del *de cuius*, ya en su totalidad, ya en una cuota parte, ya en el remanente; recibe el patrimonio acéfalo tal como se encontraba al momento de la defunción de su titular; por lo tanto, las obligaciones que lo afectaban subsisten, a menos que expresamente se hubieran subordinado a la vida del deudor y, por lo mismo, el heredero responde por ellas en la misma proporción en que hereda (art. 1411 c. c.). Y, en lo que hace al llamado “donatario a título universal”, su responsabilidad frente a los acreedores del donante es igual a la del heredero, “pero sólo respecto de las deudas anteriores a la donación, o de las futuras que no excedan de una suma específica, determinada por el donante en la escritura de donación”, y “no se extenderá en ningún caso sino hasta concurrencia de lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas, constando este valor por inventario solemne o por otro instrumento auténtico” (arts. 1475 y 1478 c. c.).

383. responsabilidad del heredero

Como es sabido, la herencia puede aceptarse o repudiarse, y aceptarse pura y simplemente o con beneficio de inventario, mediante declaración a propósito o por conducta concluyente. Además, quien tenga vocación hereditaria, testamentearia o legal, a solicitud de cualquiera persona interesada, puede ser requerido para que diga si acepta o repudia la asignación (art. 1289 c. c.) y, caso de no hacerlo en tiempo, “se entenderá que repudia” (art. 1290 c. c.). Al ausente se le nombrará curador de bienes, quien ha de aceptar con beneficio de inventario (art. 1289 [3] c. c.). De todas maneras las deudas del difunto pasan íntegras a sus herederos y a cada cual de estos le corresponde dentro del total la porción proporcional a su cuota, como sentenciosamente lo prevé el art. 1411 c. c.: “Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias”¹¹²².

Ahora bien, el heredero puro y simple, o sea el que aceptó o resultó aceptando la herencia sin reserva o salvedad algunas¹¹²³, no sólo debe liquidar el patrimonio que toma,

¹¹²⁰ Cfr. SNG de 20 de septiembre de 1933, XLI-bis, 189.

¹¹²¹ Cfr. cas. de 28 de septiembre de 1934, XLI-bis, 158; 24 de mayo de 1939, XLVIII, 254.

¹¹²² Cfr. cas. de 19 de mayo de 1937, XLV, 118; 15 de febrero de 1940, XLIX, 101 y s.; 23 de abril de 1961, XCV, 478.

¹¹²³ La aceptación de la herencia es un acto potestativo del asignatario (art. 1282 c. c.) y puede hacerse tanto por medio de

cancelando con lo recibido los créditos pendientes, sino que, en el caso de que el valor de aquel no alcance para cubrir todo el pasivo, compromete su propio patrimonio, y responde por el saldo, en proporción a su cuota hereditaria. En cambio, el “heredero beneficiario”, o sea aquel que pudo oponer y opuso el beneficio de inventario (arts. 1304, 1309, 1302, 1307 y 1308 c. c.), logra con este la separación de lo que recibe y lo propio, de modo que “no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda” (arts. 1411 [3], 1314, 1316 y 1320 c. c.). Su responsabilidad es, pues, limitada, a más de por el concepto general, común a todos los herederos, en cuanto que cada cual no responde, dentro del total, sino por su cuota, en el sentido de que dentro de esa cuota no está obligado a pagar sino hasta concurrencia del valor de lo heredado, circunscripción esta cuyo alcance se ve refrendado por la previsión del art. 1318 c. c., análoga a la del 2450 *ibid.* para el caso de la hipoteca (supra n.º 21), que le permite al “heredero beneficiario exonerarse en todo tiempo de sus obligaciones [hereditarias] abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en especie, y el saldo que reste de los otros, y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que de su administración deberá presentarles”.

La presencia de los dos regímenes de aceptación de la herencia se explica, bien como la posibilidad de que el sucesor sanee con aporte de lo suyo, altruistamente, la situación dejada por el occiso, para volver así por su buen nombre y hacer honor a su memoria (arts. 1282, 1306 y 1309 c. c.); bien como sanción al heredero que descuidó los intereses del patrimonio herencial o de sus coasignatarios o atentó contra ellos (arts. 1288, 1313 y 1302 c. c.).

El pasivo que deja el *de cuius*, no sólo ha de ser considerado en su globalidad, sino que ha de tomarse y examinarse en la individualidad de cada acreencia. Es posible que para cuando ocurra la defunción del deudor ya la obligación esté vencida y sea exigible; como también puede suceder que dicha exigibilidad no llegue sino con posterioridad a aquel hecho, pero antes de que se liquide la sucesión; en fin, es también factible que la partición se haga y apruebe sin que la obligación se haya devengado. Situaciones individuales estas, diferentes entre sí, a cuyo tratamiento y solución provee la ley, teniendo presentes y compaginándolos, los intereses dispares de acreedor y heredero, durante el trámite de la liquidación y luego.

384. administración de la herencia

La liquidación de la sucesión, como en su caso la de la sociedad conyugal, implica un trámite en el que habrán de identificarse y evaluarse los elementos integrantes del patrimonio: activos y pasivos, así como habrán de individualizarse los respectivos interesados: cónyuge, herederos, legatarios, acreedores, personalmente y en su interés. Además, es fundamental atender a la cancelación del pasivo, no sólo teniendo en cuenta la tutela debida a los acreedores del difunto, cuyos intereses de suyo se afectan con la muerte del deudor, por los riegos de los bienes, la incertidumbre sobre sus sucesores, la tramitación de la mortuoria, el fraccionamiento de las obligaciones entre los varios herederos; sino también teniendo presente que los asignatarios no recibirán el producto de su asignación, sino en la medida en que haya con qué, es decir, en cuanto al liquidar el patrimonio quede

declaración a propósito, como por conducta concluyente (art. 1287 c. c.; cfr. cas. de 8 de julio de 1924, XXXI, 51; 12 de junio de 1928, XXXV, 323; 13 de abril de 1959, XC, 308 \□V□□□□HQ□ILQ□□OD□OH□OD□LPSRQH□□□SXUD□□VLPSOH□□D□TXLHQ□
SHUWHQHFLHQWHV□D□XQDIZWKEHYLYQ'□□DUW□□

un activo líquido. Es que, como reza el refrán: *donde hay deudas no hay herencia*.

¿Qué medidas pueden tomar en protección de sus intereses los acreedores del difunto y, en su caso, los de la sociedad conyugal de que él era miembro, y con quién o quiénes y cómo habrán de entenderse mientras se surte la liquidación?

385. medidas cautelares

A solicitud de cualquier interesado, el juez procederá a tomar las medidas cautelares de “guarda y aposición de sellos” respecto de muebles y documentos del difunto (arts. 1279 y ss. c. c.; 575 y ss. c. de p. c.), así como a decretar y practicar el embargo y secuestro de los bienes del occiso sujetos a registro, y el secuestro de los bienes de esa clase en cabeza del cónyuge sobreviviente y que hagan parte del haber social (art. 579 c. de p. c.), traba que concluirá en cuanto los bienes pasen a su administrador “definitivo” (art. 580 c. de p. c.).

386. albaceazgo

Si el difunto murió habiendo testado, y esto es lo primero que habrá de indagarse, no obstante que en la actualidad podría decirse que el testamento desapareció de la circulación y que una sucesión testada es algo inusitado, habrá de verse si instituyó ejecutor (albacea, art. 1327 c. c.) y de qué clase. Dejando de lado el albaceazgo fiduciario (arts. 1368 y ss. c. c.), en lo que concierne al miramiento debido a los acreedores hereditarios ha de tenerse presente que todo albacea ha de velar por la seguridad de los bienes (arts. 1341 y 2488 c. c.) y ha de cuidar porque se cite a los acreedores (art. 1342 c. c.). El testador puede encomendar o no al albacea el pago de sus deudas, pero, independientemente de tal encargo, “este será obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas” (art. 1343 c. c.). Y todos estos deberes envuelven su responsabilidad frente a los acreedores por los perjuicios que su omisión les cause (art. 1344 [1] c. c.). “El albacea encargado de pagar deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente en su caso” (art. 1345 c. c.). El albacea que haya recibido del testador “la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos” (arts. 1353 c. c. y 597 c. de p. c.), es un administrador, un mandatario *post mortem*, un representante, cuyas atribuciones y deberes son, en primer lugar, aquellos señalados en el testamento (arts. 1500 y 1603 c. c.), a los cuales “se ceñirá rigurosamente” (art. 2157 c. c.), y genérica y supletoriamente, aquellos propios del curador de la herencia yacente (arts. 575 y ss. c. c.), que son similares a los de todo curador (arts. 480 y ss. c. c.) y dentro de los cuales cabe destacar, en lo que aquí interesa, que ha de “ejecutar los actos necesarios para el pago de las deudas de su representado” (art. 575 c. c.)¹¹²⁴. En esa razón, “con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados” (arts. 1350 c. c. y 602 c. de p. c.)¹¹²⁵.

387. curaduría de la herencia yacente

¹¹²⁴ Cfr. cas. de 14 de marzo de 1934, XL, 305.

¹¹²⁵ Cfr. cas. de 25 de julio de 1944, LVII, 480, 8 de agosto de 1945, LIX, 866; 31 de julio de 1946, LX, 802.

No habiendo albacea administrador o especialmente señalado para la cancelación del pasivo, esta función le incumbe a los herederos. Ahora bien, si dentro de los quince días siguientes a la apertura de la sucesión, o sea a la muerte del *de cuius*, (art. 1012 [1] c. c.), y no habiendo albacea con tenencia de bienes, ninguno de los herederos hubiere aceptado la herencia, el juez, a instancia de cualquier interesado, que puede ser un acreedor del difunto, y aun de oficio, “declarará yacente la herencia” y procederá al nombramiento de un curador de bienes, a cuyo cargo corren el cuidado de los bienes a él confiados y el servicio de las deudas (arts. 1297 y 575 c. c.; 581 y ss. c. de p. c.)¹¹²⁶. Dicha curaduría cesa con la aceptación de la herencia (art. 579 [2] c. c.).

388. administración por los herederos

Si hubiere un solo heredero, al aceptar asume él solo la administración de los bienes relictos, pero si fueren varios los herederos, “y aceptare uno de ellos, [este] tendrá la administración de todos los bienes hereditarios [...] y aceptando sucesivamente sus coherederos [...] tomarán parte en la administración [...] Las facultades del heredero o herederos que administren, serán las mismas que las de los curadores de la herencia yacente...” (arts. 1297 [2] c. c. y 595 [1] c. de p. c.).

Lo que se predica del heredero es aplicable a su cesionario, tanto en lo que hace a sus facultades administrativas y a su representación de la herencia, como en lo que respecta a su responsabilidad frente a los acreedores de la herencia y, en su caso, a los testamentarios (legatarios)¹¹²⁷.

389. participación del cónyuge sobreviviente en la administración

Como ya se anotó (supra n.º 285), el difunto ha podido morir, y esto es lo más frecuente, bajo régimen de sociedad conyugal (arts. 180 y 1820 c. c.), en razón de lo cual se forma una doble universalidad, la consistente en la sociedad conyugal, en la que para determinar sus componentes activos y pasivos habrá lugar a discriminar dentro de los bienes en cabeza de cada cónyuge, los sociales y los propios, como también las deudas de la sociedad conyugal y las propias de cada cónyuge, conforme a las pautas de ley (arts. 1781 y ss., 1821 y ss. c. c.) y, en su caso, según lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales (arts. 1771 y ss.). Y, por lo mismo, en lo que reza con la administración de los bienes sociales y, concretamente, con el pago de las deudas, el albacea con tenencia de bienes, el curador de la herencia yacente, el o los herederos administradores, según las distintas alternativas, habrán de obrar juntamente con el cónyuge sobreviviente, y en caso de sucesión doble, el o los administradores de los bienes de cada difunto habrán de entenderse con el o los administradores de la herencia del otro.

390. administración por secuestre

¹¹²⁶ 3(O□ FXUDGRU□ GH□ OD□ KHUHQFLD□ \DFHQWH□ TXH□ >□□□@□ HV□ XQ□ FXUDGRU□ GH□ ORV□ ELHQHV□ TXH□ IRUPDQ□ funciones que cumplir: la de administrador de este y la de representante de la herencia ya FHQWH□ FRQ□ GHUHFKR□ D□ HMHUFHU□ μODV□ DFFLRQHV□ \□ GHIHQVDV□ GH□ VXV□ UHVSHFWLYRV□ UHSUHVHQWDGRV□ \□ D□ DVXPLU□ OD□ SHUVRQHU□ D□ HQ□ OD□ TX□ PLVPRV□ ELHQHV□ □ 8□ 1966, CXV-CXVI, 86.

¹¹²⁷ Cfr. 11 de julio de 1932, XL, 197; 31 de agosto de 1933, XLI, 521.

391. opciones de los acreedores hereditarios

Lo anterior quiere decir que para los efectos de inventariar deudas en la mortuoria y de proveer a su cancelación mediante la adjudicación de bienes en la partición (art. 1393 c. c.), los acreedores han de hacer valer en ella, tempes-tivamente, su pretensión, o sea en cualquier momento hasta la evacuación de la diligencia de inventario. De su parte, cualquiera de los interesados, que a tal efecto son los herederos, el cónyuge y los legatarios¹¹³⁰, puede objetar las acreencias provistas de título ejecutivo que se hayan presentado, con el mismo término de preclusión, y sin tener que dar razón de su reparo, que de suyo impide que el crédito sea tenido en cuenta en la partición, quedando del todo a salvo el derecho de su titular a hacerlo valer en proceso ejecutivo contra los herederos y el cónyuge. Esta regulación es más que explicable y equitativa, como quiera que, de otra forma, el acreedor con título ejecutivo, al deber ser reconocido en la sucesión con la sola presentación de su pretensión, estaría obviando toda defensa de los herederos, que de esa manera resultarían vencidos sin oportunidad de proponer excepciones. Si los créditos con título ejecutivo sólo serán rechazados en caso de objeción, los créditos que no cuenten con ese respaldo únicamente serán atendibles cuando todos los interesados los acepten o reconozcan expresamente¹¹³¹. De lo contrario, los afirmados acreedores tendrán que

¹¹³¹ El art. 600 [1.4@□□GH□S□□F□□HV□WHUPLQDQWH□HQ□OD□H□LJHQFLD□□³VLHPSUH□TXH□HQ□OD□DXGLHQFLD□>

En fin, pueden proceder a demandar a los herederos (a la sucesión representada por ellos), en proceso ejecutivo, de contar con título al efecto, o si no, en acción de conocimiento.

Paralelamente al desarrollo de la liquidación se pueden ir cancelando las obligaciones pendientes, de modo que es factible que para cuando se haya de proceder a la partición ya esté cubierto íntegro el pasivo, y que a ello se hubiera procedido con el producto de los frutos de los bienes sucesorales o con el de la enajenación de alguno o algunos de ellos (arts. 1350 c. c.; 602 y 617 c. de p. c.). En tal caso, la partición se reducirá a distribuir el activo líquido entre los coasignatarios, según su cuota y el valor asignado a los bienes (arts. 1391 y 1392 c. c.). Pero, cuando llegado el momento de partir aún hay créditos insolutos, sea porque todavía no se han vencido, sea, simplemente, porque siendo exigibles no se han cubierto, o en el caso de haber créditos pagados por legatarios o por herederos beneficiarios con dineros propios de ellos (arts. 1423 y 1668 [4.º] c. c.), el albacea, si lo hubiere y, en todo caso, los herederos y el partidor tienen el deber y la responsabilidad conjuntos de formar un lote o hijuela de bienes suficientes para atender el pasivo pendiente (arts. 1343, 1344 y 1393 c. c.)¹¹³⁵, en tanto que los acreedores respectivos podrán dirigirse luego contra el adjudicatario o los adjudicatarios de dicha hijuela para la efectividad de sus créditos, quedando a salvo su acción individual contra cada heredero por su cuota (arts. 1583 [4.º] c.

¹¹³⁵ El partidor debe guardar el equilibrio entre los varios asignatarios en lo que hace a la distribución de los bienes con cargo de pagar las deudas: cas. de 7 de julio de 1966, CXVII, 105. ³¹R□ SXHGH□ HO□ SDUWLGRU□ GH□ ELHQHV□ GH□ XQD□ VXFHVLYQ□ DG□ inmueble para el pago de deudas, habiendo menores interesados. El inmueble, en ese caso, debe rematarse, y el remate debe KDFHUVH□ DOWHV□ GH□ DSUREDU□ OD□ de septiembre de 1895 DV□ 51□ GH□

bienes del difunto con los bienes del heredero”, que en ello consiste el llamado *beneficio de separación*, por medio del cual sus usuarios, asegurando el aislamiento de los activos de la herencia para seguridad del pago de sus créditos con prelación sobre los acreedores del heredero, evitan la confusión de aquellos con los bienes del heredero (arts. 1435 c. c. y 606 c. de p. c.) y proveen a la supervigilancia de los actos dispositivos de este sobre los bienes recibidos, para establecer la adecuada inversión de su producto en el pago de las deudas hereditarias y pedir, llegado el caso, la revocación de aquellos por causa de fraude (art. 1441 c. c.)¹¹⁴⁰.

395. responsabilidad del legatario

El otro sucesor *mortis causa*, el a título particular o legatario, por cuanto no tiene vocación distinta de la de recibir la especie o la cuota de ella o los géneros que singularmente le fueron asignados en el testamento (art. 1162 c. c.), no absorbe relaciones pendientes del *de cuius* distintas de las radicadas en el bien o los bienes objeto del legado y, por lo mismo, no está obligado al pago de las deudas hereditarias o testamentarias, a no ser que el testador así lo haya dispuesto, y en dicha eventualidad, apenas hasta concurrencia del valor de su asignación (arts. 1419 y ss. c. c.).

Al respecto pueden presentarse varias situaciones: o bien el legatario cobra al albacea o a los herederos su legado antes de la partición, y ellos se lo han de cubrir inmediatamente (desde que no se requiera la adjudicación y la inscripción de ella por tratarse de bienes cuya transferencia está sometida a registro), siempre que la herencia aparezca manifiestamente solvente o “exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios”, o luego de que el asignatario preste caución “de cubrir lo que le quepa en la contribución a las deudas” (arts. 1431 c. c. y 603 c. de p. c.). O bien espera o ha de aguardarse a la liquidación total de la sucesión para que se le cubra su asignación.

Al llegarse a establecer que la herencia no alcanza para saldar el pasivo o apenas lo cubre, todo se irá en el pago de los acreedores hereditarios, y los legatarios nada obtendrán, pues su posición allí es subsidiaria (art. 1431 [1] c. c.); pero si resulta un saldo positivo, mas no en cuantía suficiente para atender a las asignaciones forzosas y los legados en su integridad, estos se reducirán teniendo en cuenta la condición de los destinatarios y la calidad de la obra señalada en el testamento como objetivo de la asignación, caso de que para entonces no se hubiera procedido todavía a su pago; y en el evento contrario, los legatarios procederán a devolver el exceso recibido, con posibilidad de que se les haga efectiva la caución, para cubrir el pasivo pendiente o completar las asignaciones forzosas, siendo entonces su condición la de deudores y no la de sucesores del testador, o sea que el tratamiento que reciben los legatarios es el de acreedores de inferior derecho o posición, que recibieron en demasía y han de reintegrar la diferencia. Así es como ha de entenderse la responsabilidad suya frente a los acreedores hereditarios “en subsidio de la que tienen los herederos” (art. 1419 *in fine* c. c.).

II. disolución, liquidación, transformación de la persona jurídica

396. designación y funciones del liquidador

¹¹⁴⁰ Cfr. cas. de 12 de diciembre de 1936, XLIV, 672.

Disuelta la persona jurídica, cualesquiera que sean su naturaleza y clase, por hecho prevenido estatutariamente o en la ley, por decisión propia o mandamiento normativo, administrativo o jurisdiccional, el liquidador, designado de antemano, o en ese momento, o luego (art. 228 c. co.), debe, cuanto lo primero, continuar y concluir las operaciones en curso y cancelar las obligaciones a cargo de la entidad, según resulte del inventario practicado a continuación del emplazamiento de los acreedores (arts. 649 y 2124 y ss. c. c.; 223 y ss. y 238 [1.º y 7.º] c. co.), y en esa gestión habrá de atender los procesos en curso o que se susciten durante la liquidación para el pago de deudas insolutas o para la determinación de obligaciones a cargo de la persona jurídica.

En el ejercicio de su encargo, el liquidador, uno o plural (art. 231 c. co.), procederá a vender los bienes de la entidad, “cualquiera sean estos, con excepción de aquellos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuidos en especie” (arts. 238 [5.º] c. co.; 194 y 178 Ley 222 de 1995), y aun estos, cuando los demás activos sean insuficientes para pagar el pasivo externo, “salvo que los acreedores o alguno de ellos expresamente acepten como deudores a sus adjudicatarios y exoneren a la sociedad” (art. 240 c. co.).

En guarda de los derechos de los acreedores, la ley dispone que antes de cualquiera distribución o adjudicación del activo es menester la cancelación total del pasivo externo de la sociedad, a menos que aquel exceda del doble del pasivo inventariado y no cancelado todavía al momento de la distribución (art. 241 c. co.), y advierte que para el pago de las obligaciones se observarán las normas sobre prelación de créditos (arts. 242 c. co.; 2493 y ss. c. c.; 198 Ley 222 de 1995).

Los créditos a término no expirado podrán ser cubiertos inmediatamente, aun en el caso de que la dilación se haya estipulado en favor de los acreedores (arts. 244 c. co., 1554 c. c. y 151 [2] Ley 222 de 1995); y en cuanto a los créditos sujetos a condición o que se encuentren en litigio, se hará una apropiación suficiente, en poder del liquidador, para atender a su pago en oportunidad, y si esta no se presenta antes de que la liquidación concluya, el liquidador depositará en un banco (art. 245 c. co.), de donde se tomará lo necesario para cubrir las obligaciones definidas adversamente a la sociedad, y cuyo total o excedente será distribuido entre los asociados o pasará al adjudicatario final de los bienes, según las circunstancias, en el caso inverso.

Concluidas las operaciones de rigor y aprobada la cuenta final de la liquidación por los organismos internos y, en su caso, por la entidad administrativa a la que corresponda vigilar a la persona jurídica respectiva, el producto de los bienes, o estos en especie, serán distribuidos entre los asociados (arts. 247 y ss. c. co.), o se adjudicarán a los destinatarios señalados en los estatutos o en la ley (art. 649 c. co.).

397. responsabilidad del liquidador y de los socios

El liquidador responde por toda falla en que incurra en la tutela debida a los acreedores (arts. 2141 c. c. y 255 c. co.), cuya acción a propósito prescribe en cinco años contados a partir de la aprobación de la cuenta final (art. 256 c. co.).

En las sociedades colectivas mercantiles los socios responden solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales, en subsidio de la sociedad (art. 294 c. co.), en tanto que en las colectivas civiles, “los socios responden a prorrata de su interés social y la cuota del socio insolvente gravará a los otros, sin que se entiendan solidariamente obligados sino cuando

así se exprese en el título de la obligación y esta se haya contraído por todos los socios” (art. 2121 c. c.). También hay solidaridad en los términos indicados, en las sociedades en comandita, entre los socios gestores o colectivos, respecto de las deudas sociales (arts. 2133 c. c. y 323 c. co.); de parte de todos los asociados en las sociedades de hecho (arts. 2083 y s. c. c.; 501 [1] y 140 c. co.) y en lo que hace al gestor o a los gestores en las cuentas en participación, y aun de los partícipes no gestores que revelen su vinculación (arts. 510 y 511 c. co.). En las demás clases de sociedades la responsabilidad de los socios se circunscribe a su interés social y, por ende, los acreedores solamente están amparados por el patrimonio social.

398. transformación de la sociedad

En caso de transformación de una sociedad de determinada clase en una de otra índole, la responsabilidad de los socios o de alguno o algunos de ellos puede ser mayor o disminuir; de ahí por qué, y sin perjuicio de la prevención de que “la transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio” (art. 167 c. co.), sea menester la regulación de las relaciones de los socios con los acreedores sociales, a la que provee la ley indicando que, “cuando la transformación imponga a los socios una responsabilidad mayor que la contraída bajo la forma anterior, deberá ser aprobada por unanimidad”, que “en los demás casos, los socios disidentes o ausentes podrán ejercer el derecho de retiro, dentro del mes siguiente a la fecha del acuerdo de transformación, sin disminuir su responsabilidad frente a terceros” (art. 168 c. co.), y que “si en virtud de la transformación se modifica la responsabilidad de los socios frente a terceros, dicha modificación no afectará las obligaciones contraídas por la sociedad con anterioridad a la inscripción del acuerdo de transformación en el registro mercantil” (art. 169 c. co.).

399. fusión de sociedades

La fusión de sociedades, que implica la disolución de cualquiera de las envueltas en el proceso, pero excluye su liquidación, se da por la absorción que una hace de otra u otras, simplemente, o para la creación de una nueva sociedad (art. 172 [1] c. co.). En tal hipótesis, el patrimonio de las sociedades que se fusionan se funde en una unidad, sea la sociedad absorbente, sea la nueva sociedad, que continúa respondiendo por todas las obligaciones pendientes de aquellas, de las que es sucesora a título universal (art. 172 [2] c. co.). Sólo que, “dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos”, petición que, de ser justificada, condiciona suspensivamente el acuerdo de fusión (art. 175 c. co.), y que “cuando la fusión [consistente en la creación de una nueva sociedad] imponga a los asociados una responsabilidad mayor que la contraída bajo la forma anterior, se aplicará lo prescrito en el art. 168 [transcrito en el párrafo anterior]” (art. 176 c. co.).

El Decreto 663 de 1993, de “actualización del estatuto orgánico financiero”, en sus arts. 55 a 62 reguló lo relativo a la fusión de “las entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, y dentro de lo relativo a “efectos patrimoniales de la fusión, en el art. 60 [3, a] dispuso: “La entidad absorbente o la nueva adquiere de pleno derecho la

400. escisión de sociedades

401. crisis de la sociedad. antecedentes

402. cambio de régimen: ley 222 de 1995, el concordato

¹¹⁴¹ Y en el art. 113 [5@□SUHYLQH□TXH□HO□6XSHULQW□HGHQWH□tmd□] Disposición de los bienes, haberes y negocios, de entidad sometida a su control y vigilancia, o de subsanarla, podrá ordenar [!] su fusión con otra u otras instituciones financieras que así lo consientan, sea mediante la creación de instituciones nuevas, o bien determinando que RWUD□LOVWLWXFLyO□ILODOFLHUD□SUHHILYVHOWH□OD□DEVRUED´□

La citada Ley 222 de 1995, en su título II reguló el “régimen de procesos concursales”, en las modalidades de concordato y concurso liquidatorio (art. 89), cuyo conocimiento atribuyó a la Superintendencia de Sociedades, incluyendo funciones jurisdiccionales, para las cuales invocó el inciso tercero del art. 116 C. P.¹¹⁴². El concordato (cap. II), por solicitud calificada del propio deudor (art. 97), que de ser admitida, desemboca inmediatamente en la suspensión o disminución de su poder dispositivo (art. 98 [3]), el emplazamiento de sus acreedores (art. 98 [5]), luego en el reconocimiento y la calificación graduación de los créditos (arts. 133 y s.) y, por último, en un acuerdo concordatario, que presupone la inclusión de todos los créditos reconocidos o admitidos y el respeto de “la prelación, los privilegios y preferencias establecidas por la ley” (art. 135), que la Superintendencia habrá de aprobar o improbar, en providencia sujeta apenas al recurso de reposición (art. 133 [2]), y que en el primer supuesto determina la suerte de los créditos hasta la finalización del trámite del concordato, por su ejecución plena con el pago de los pasivos (art. 199) o por su incumplimiento (arts. 136 a 141 y 221).

403. “liquidación obligatoria”

En lo que respecta a la “liquidación obligatoria” (cap. III), también del resorte de la Superintendencia de Sociedades, procede por decisión de esta, a solicitud del deudor o de oficio, o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal o por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o por incumplimiento de este, y delante de la ausencia del deudor con abandono de sus negocios (arts. 150 y 151). La apertura de este trámite implica la remoción de los administradores de la sociedad deudora, la exigibilidad de todas sus obligaciones a plazo, pero no de la solidaridad de los demás codeudores, y la disolución de la persona jurídica, que entra en liquidación (art. 151), a cargo de liquidador designado por la Superintendencia, sujeto a las exigencias, pasos y trámites previstos para cualquiera liquidación social (arts. 162 y ss.). “Los administradores de la sociedad responderán solidariamente por los daños y perjuicios que hubieren ocasionado a los socios y a terceros”, cuando “el pago se hubiere entorpecido por sus acciones u omisiones” (art. 206), en tanto que “los socios serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad”, en caso de que “se demuestre que utilizaron a la sociedad para defraudar a los acreedores”.

404. concordato y liquidación obligatoria de otras personas

En el orden que se lleva, ha de anotarse que la misma Ley 222 de 1995, a continuación, en un capítulo V (arts. 213 a 225), entra a regular “el trámite del concordato y de la liquidación obligatoria de las personas naturales [*sic*] y de las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales”, que se adelantará ante juez de circuito, a solicitud del deudor, de acreedor que haya iniciado proceso ejecutivo en el que los bienes embargados sean insuficientes, o “de oficio por el juez que conoce del proceso ejecutivo, cuando [el

¹¹⁴² Cfr. sentencias de la Corte Constitucional C-233 de 15 de mayo de 1997, v, 86 a 103; C-180 de 10 de abril de 1997, IV, 60 a 83; y C-254 de 28 de mayo de 1997, v, 377 a 383.

deudor] haya hecho oferta de cesión de bienes, o exista acumulación de demandas o de procesos, y los bienes embargados sean insuficientes para atender el pago de la obligación”. Normas estas que han de compaginarse con las de los arts. 569 a 570 c. de p. c. (“Concurso de acreedores”), pues los títulos I y II del libro 6.º del código de comercio (“Del concordato preventivo” y “De la quiebra”, en su orden) fueron derogados, el primero por el Decreto 350 de 1989 (art. 61) y el segundo por la Ley 222 de 1995 (art. 242).

Para las entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, el Estatuto de orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993) y el capítulo VIII (arts. 22 y ss.) de la Ley 510 de 1999, como ya se indicó, previenen la toma de posesión para administrar, o sea la aprehensión inmediata de la empresa, cuyo manejo pasa a manos de un administrador designado por aquella, legitimado para representarla (art. 291 [b y g]), y la toma de posesión para liquidar, que impide la continuación de las actividades sociales, también con la designación de un liquidador cuyas atribuciones y deberes son los propios de aquella función (art. 292 [c]).

405. “reestructuración” de la empresa

Por último, venga una información sumaria sobre la Ley 550 de 1999 “por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial, etc.”, expedida como medida de intervención del Estado frente a la recesión económica y a la abundancia de empresas en concordato¹¹⁴³, y cuyo ámbito de aplicación está señalado en el art. 1.º: “a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada [sic] por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Mixta que ejerza actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores y otros”.

Preceptúa la ley que durante su vigencia no podrán tramitarse nuevos concordatos, a excepción de los resultantes del fracaso de los intentos de “reestructuración” promovidos por ella (art. 27) o de la iniciativa de los interesados dentro del trámite de liquidación (art. 200 Ley 222 de 1995), y que las partes que se encuentren en trámite concordatario pueden acogerse al mecanismo de la “reestructuración” (art. 66 Ley 550)¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ La ley fue sancionada el 30 de diciembre de 1999 y promulgada el mismo día, consta de setenta y nueve artículos y está llamada a regir durante cinco años contados a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial (art. 79).

¹¹⁴⁴ La propia sociedad en crisis, a más de las Superintendencias respectivas, las Cámaras de Comercio y el Ministerio de +DFLHQGD□□FDGD□FXDO□HQ□VX□FDVR□□SXHG□WRPDU□OD□LQFLDWLYD□GH□³SURPRYHU□DFXHUGR□GH□UHHV □FRQYHQFLyQ□vd□d□ una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que se presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones SUHYLVWDV□HQ□HO□ELYBR□y□DUWM□RGR□HOOR□D□FDUJR□GH□XQ□³SURPRWRU□GHVLJQDGR□SRU□OD□FRUHV /RV□³DFXHUGRV□GH□UHHVWUXFWXUDFLyQ□H□LJHQ□³HO□YRWR□IDYRUDEOH□GH□XQ□Q-³PHUR□SOXUDO□GH□DFU UHSUHVHQW□SRU□OR□PHQRV□OD□PDUR□ID□DEVROXWD□GH□ORV□YRWRV□DGPLVLEOHV□□FRQIRUPDGD□³FRQ□OI FLQFR□FODVHV□GH□DFUHHGRUHV□SUHYLVWRV□HQ□OD□QRUPD□□DFUHHGRUHV□LQWHUQRV□□WUDEDMDGRUH instituciones de seguridad social, instituciones financieras y demás entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, los demás acreedores externos, o de dos, si sólo hay tres clases de ellos (art. 28), de acuerdo con el peso que a cada cual le otorga el art. 22 en sus ocho numerales y cinco párrafos, y pueden ser vetados en determinadas circunstancias por cualquier trabajador o pensionado, o los socios (art. 30).

III. enajenación de establecimiento de comercio

406. enajenación de establecimiento de comercio

El establecimiento de comercio, tenido como una unidad económica autónoma (art. 515 c. co.), puede ser enajenado como tal (art. 525 c. co.) y, en consecuencia el adquirente, a tiempo que sucede al titular anterior en los activos, dentro de ellos los créditos, asume las obligaciones que pesaban sobre ese patrimonio. Sólo que “las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa [!], responderá solidariamente con aquel de dichas obligaciones” (art. 529 c. co.). A ello se agrega la facultad que tienen los acreedores de oponerse, o más derechamente, de “exigir garantías o seguridades para el pago de sus créditos [...] dentro de los dos meses siguientes al registro de la enajenación del establecimiento” y, en caso de no obtenerlas oportunamente, de proceder a su ejecución forzosa, con prescindencia del plazo pendiente (art. 530 c. co.).

IV. asunción de deuda

407. asunción de deuda*

Nadie resulta obligado sino en virtud de sus propios actos, sean ellos dispositivos o sean dañinos, o de disposiciones legales que se aplican en razón de la ocurrencia de determinados hechos concernientes al sujeto en cuestión (art. 1494 c. c.). Y cada cual puede contraer deudas *ex novo*, o en reemplazo o adición de una precedente, propia o ajena. En estas dos últimas hipótesis se presenta el fenómeno hoy denominado de asunción de deuda¹¹⁴⁵, no regulado directamente por nuestros códigos civil y de comercio y, por lo mismo, legalmente atípica¹¹⁴⁶, y del que la doctrina se ha venido ocupando para colmar las lagunas y deficiencias del ordenamiento, con empleo del método comparativo: leyes, doctrina, jurisprudencia.

(O DFXHUGR DSUREDGR PD\RULWDULDPHQWH SXHGH HVWODHONH a Ona ISUODFLyQ ODJR\ DFUHHQFLDV DQWHULRUHV DOD IHFKD GH LQLFLDFLyQ GHODFXHUGR FRPR ODVTXH VXUMDQ FRQED [2@ 37RGDV ODV REOLJDFLRQHV VH DWHQGHU Q FRQ VXMHFLyQ de sujetos GLOVSKHFNABLEHQ HO DFXHUGR en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor, salvo las previstas en relación con las obligaciones con los trabajadores, pensionados, impuestos nacionales, otras DFUHHQFLDV ILVFDQHV HQWLGdGHV GB4Y30XULGDGOVRESODDFEDJQGH OD SUHODFLyQ SDFWDGD HQ HO el pago de todas las acreencias [...] se hará efectiva tanto durante la vigencia del acuerdo como con ocasión de la liquidación de la empresa [...] evento en el cual no se aplicarán las reglas sobre prelación de créditos previstas en el código civil y en las GHPIV OH HV (Q ILQ OD SUHODFLyQ GH FupGLWRV SRGU SDFWDFLyQ de HoedRas internos o externos que representen por lo menos el sesenta por ciento de los créditos externos e internos de la empresa, conforme a la lista de votantes y de votos admisibles, en las proporciones previstas en el art. 29 DEAW12)).

Durante el trámite del acuerdo no es posible iniciar ni adelantar proceso de ejecución en contra de la sociedad deudora (art. 14 [pr. 2]), que para poder ser admitida a él ha de haber retardado el pago de por lo menos dos obligaciones que representen siquiera el cinco por ciento de su pasivo, por más de noventa días (inc. 2.º, art. 6.º).

* Cfr. W. BIGIARI. *La delegazione*, Padova, 1940; P. RESCIGNO. *Delegazione*, en EdD., XI, Milano, 1962; R. CICALA. *Accollo*, en EdD., I, Milano, 1958; ID. *ADGHPShento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968; M. BILLIAN. *La délégation de créance*, Paris, 1989; M. A. ADAME MARTÍNEZ. *La asunción de deuda en derecho civil*, Granada, 1996; A. TOMASSETTI. *ADVYXQJLRQH GHODGHM1146, DOWUXL*

¹¹⁴⁵ Piénsese en los casos frecuentes de venta de establecimiento comercial, de venta de bien hipotecado, de liquidación de sociedad conyugal, en los que el adquirente o el asignatario asumen las deudas que pesan sobre el bien o la masa de bienes.

¹¹⁴⁶ Cfr. cas. de 25 de noviembre de 1938, XLVII, 422 y s.

La asunción de deuda consiste, fundamentalmente, en que alguien, extraño a una relación jurídica obligacional, *un tercero*, toma para sí, por el motivo que sea, una obligación ajena y se compromete para con el acreedor a ejecutar la prestación que el deudor de aquella le debe, sea en lugar de este (asunción liberatoria), sea junto con él (asunción concurrente o cumulativa). Por lo mismo, son factores básicos de la figura, comunes a todas sus variedades: la existencia de una obligación y el compromiso del tercero que toma para sí la deuda ajena. Lo cual impone analizar las razones que condujeron al asumierte a obrar en esa forma: si por invitación, ruego u orden (*iussus*) del deudor, y por qué él la acogió; si espontáneamente, sin insinuación del deudor e incluso a contrariedad de este, y por qué motivo; y, por último, si el acreedor aceptó la promesa del tercero, y en qué condiciones, o la rechazó, o si, en fin, no llegó a tener noticia de ella, todo con la debida precisión de las distintas especies, cada cual con su nomenclatura y régimen propios.

La figura de la asunción de deuda, con ese nombre propio (*Schuldübernahme*) y con disciplina autónoma, que no se confunde con la de la novación y que no se agota en la delegación, que puede decirse son sus precedentes conceptuales y normativos, aparece por vez primera en el BGB, §§ 414 a 419¹¹⁴⁷, como el resultado de un contrato: de asunción de deuda (*Schuldübernahmevertrag*), entre acreedor y tercero que desemboca en que este subentra en la posición del deudor. Habiendo sido la delegación la primera posibilidad de inclusión de tercero en la relación obligatoria, la iniciativa del deudor y su contacto con él a fin de que se obligue para con el acreedor, y luego con éste a fin de que acepte la promesa del tercero, tal como le viene formulada, muy probablemente influyó en que la asunción de deuda se tomara y hasta tratara, guardadas proporciones y distancias, como un trasunto o un reflejo de la cesión de crédito¹¹⁴⁸, con un problema conceptual evidente, de confusión entre ella y la delegación o de su circunscripción a esta figura, o sea como producto de un acuerdo entre deudor y tercero, deudor nuevo, sin tener en cuenta que también puede ocurrir sin la participación de aquel, por convenio directo entre acreedor y nuevo deudor: expromisión y adpromisión¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ El BGB regula así la *asunción de deuda* (*Schuldübernahme*):

§ 415. *Aceptación del acreedor.* ³\$VXPLGD□XQD□GHXGD□SRU□XQ□WHUFHUR□HQ□FRQYHQLR□FRQ□HO□GHXGRU□□OD□HI depende de la aceptación del acreedor. Dicha aceptación sólo puede darse una vez que la asunción ha sido comunicada al acreedor por el deudor o por el tercero, quienes hasta ese momento pueden alterar el convenio o retractarse. Si no hay aceptación, la asunción no tendrá efecto. En caso de que se exija de parte del deudor o del tercero la declaración del acreedor dentro de cierto término, esta no podrá producirse sino dentro de él, pues de lo contrario se considerará negada. Mientras no sea comunicada la asunción al acreedor, en la duda, el asumierte se considerará obligado para con el deudor a la satisfacción GH□DFUHHGRU□□, JXDO□RFXUUH□FXDQGR□HO□DFUHHGRU□QLHJD□VX□DFHSWDFLyQ'□

§ 416. *Asunción de hipoteca.* ³+DELHQGR□DVXPLGR□HO□DGTXLHQWH□GH□XQ□SUHGLR□□SRU□FRQYHQLR□FRQ□HO□HQD este, garantizada con hipoteca del bien, el acreedor sólo podrá aceptar la asunción si el enajenante se la comunica. Transcurridos seis meses desde la comunicación se considerará aceptada la asunción si el acreedor no la negó antes frente a dicho enajenante, siendo aplicable lo dispuesto en el inciso 2.º del § 415 [...] A solicitud del adquirente el enajenante deberá comunicar la asunción de la deuda al acreedor. Y tan pronto como el enajenante sepa la aceptación o el rechazo del acreedor, deberá comunicárselo al adTXLUHQWH'□

§ 417. *Objeciones.* ³(O□DVXPLHQWH□SXHGH□RSRQHU□DO□DFUHHGRU□ODV□REMHFLRQHV□TXH□VH□GHULYHQ□GH□OD el deudor precedente. Pero no puede compensar un crédito del deudor antiguo. Tampoco puede oponer objeciones emanadas dH□VX□UHODFLyQ□MXUtGLFD□FRQ□HVWH'□

§ 418. *Garantías y prelación.* ³\$□FRQVHFHXHQFLD□GH□OD□DVXQFLyQ□GH□GHXGD□VH□H[WLQJXHQ□ODV□ILDQ]DV□\□SUH hipoteca y la hipoteca de nave ocurre lo mismo que si el acreedor renunciara a ellas [...] En caso de concurso no podrá KDFHUVH□YDOHU□HO□GHUHFKR□GH□SUHIHUHQFLD□TXH□WHQt□HO□FUpGLWR□□□'□

¹¹⁴⁸ Con innegable imprecisión, cas. de 31 de mayo de 1940, XLIX, □□□□□□³OD□GRFWULQD□GH□ORV□H[SRVLWRUHV□FRQWHPSRU□QHR la transferencia de las deudas, del factor pasivo de las obligaciones sin que se requiera novación, pues aseveran que, así como la simple *mutatio creditoris* no entraña novación por sí sola, lo cual se verifica en la cesión de créditos, la simple *mutatio debitoris* debe seguir lógicamente la misma regla. El código colombiano, como el código francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctrinantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aun VLQ□HO□FRQVHQWLPLHQWR□GH□HVWH'□

¹¹⁴⁹ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 612, p. 318. ³(O□WULSOH□FRQVHQWLPLHQWR□GHO□GHOHJDQWH□□HO□GHOHJDGR□\□F

La asunción de deuda es en el derecho nacional una figura legalmente atípica, pero socialmente reconocida y practicada, con aceptación jurisprudencial expresa¹¹⁵⁰.

Como quiera que tanto la novación como la delegación tienen a la posición del deudor en la relación obligatoria como algo intransmisible, dado que para alcanzar la sustitución o el relevo del deudor extinguen la relación en curso, es natural que dichos giros de la relación obligatoria hayan generado inquietud en cuanto a su explicación: qué es lo que ocurre entonces, cómo han de entenderse los desenvolvimientos varios del triángulo o de la dualidad, y sus variedades. La doctrina alemana tiene dos respuestas a propósito: la teoría de la disposición (*Verfügungstheorie*) y la teoría contractual (*Vertragstheorie*) o teoría de la oferta (*Angebotsstheorie*), hoy prevaleciente¹¹⁵¹. Con arreglo a la primera, que en verdad reduciría su ámbito a la delegación, habría allí una disposición (de la deuda) por parte de personas no legitimadas para ello (deudor delegante y tercero delegado), cuya eficacia estaría pendiente de una *condicio iuris*: el asentimiento del acreedor¹¹⁵². En tanto que la segunda plantea la presencia de un contrato entre acreedor y nuevo deudor, resultante de una oferta comunicada a aquel, ora por el deudor, ora por el asumiendo, aceptada por su destinatario (*ex nunc*) (HECK), y tiene la gran ventaja de dar una explicación unitaria de la asunción¹¹⁵³.

V. la delegación *

408. rasgos básicos

Definida la delegación como la invitación o el ruego que una persona (*delegante*) hace a otra (*delegado*), o la orden que le imparte para que esta asuma una determinada obligación que pesa sobre el delegante a favor de un tercero acreedor (*delegatario*) (delegación promisorio, delegación de deuda), o para que la pague en nombre propio (delegación para el pago)¹¹⁵⁴, y precisando de entrada que, si bien lo usual es que el delegante sea, a la vez que deudor del delegatario, acreedor del delegado¹¹⁵⁵, ha de advertirse que la delegación no presupone de suyo que el delegado sea deudor del delegante¹¹⁵⁶, pues aquel puede asumir la

necesario para realizar una delegación. Diferencia esencial con la *expromisio*, que puede cumplirse sin el consentimiento del deudor primitivo. En la delegación perfecta el consentimiento del delegante (deudor originario) es necesario. Incluso se muestra como el elemento esencial de la delegación, cuyo mecanismo desencadena el *iussum* del deudor primitivo. MAZEAUD y CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., 1240, p. 1261.

¹¹⁵⁰ 3/D & RUWH QR GHVFDUWD > TXH @ HQ YLUWXG GH SULQFLSLR GH OD OLEHUWDG FRQVUDFWXDO OD S fenmeno jurídico de la asunción de deuda QR REVWDQWH VX IDOWD GH UHJXODFLYQ OHJDO' XEDV GH GH QR 423.

¹¹⁵¹ Cfr. SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, loc. cit.

¹¹⁵² LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit.

¹¹⁵³ Cfr. ESSER. *Schuldrecht*, cit.; FIKENTSCHER. *Schuldrecht*, cit., § 56, p. 304 y ss.

* Cfr. M. ANDREOLI. *La delegazione*, Padova, 1937; W. BIGIARI. *La delegazione*, Padova, 1940; R. CICALA. *Accollo*, en EdD., I, Milano, 1958; ID. *Delegazione ed espromissione*, en *Rivista di diritto civile*, I, Padova, 1968; G. L. PELIZZI. *Appunti sul rapSRUWR IUD GHQJJDQWH H GHQJJDWR QHOQ RGHQJJDWR*, en *Rivista di diritto civile*, 1963, I; P. RESCIGNO. *Delegazione, diritto civile*, en EdD., XI, Milano, 1962; CH. LARROUMET. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968; M. BILLIAU. *La délégation de créance*, Paris, 1989; G. GIACOBBE e D. GIACOBBE. *Delegazione, espromissione, accollo*, en *Comm. del cod. civile*, SCIALOJA e BRANCA GALGANO, lib. 4.º, Bologna-Roma, 1992.

¹¹⁵⁴ 3(O GHXGRU SXHGH DVLJQDUOHDO DDFHGHGRU que se obligue a ejecutar o, sin más, ejecute la prestación a OD FXDO HVWDEDEBREGJJDGRU ál. *Obbligazioni*, cit., p. 203.

¹¹⁵⁵ El ejemplo más sencillo y frecuente es el del giro de un cheque o de una letra: el girador, deudor del beneficiario, procede como acreedor del girado (delegado) a darle la orden o hacerle el ruego de pagar en el primer caso y de obligarse en el segundo.

¹¹⁵⁶ 3/D GHQJJDFLYQ VLUYH SDUD UHDOLJDU GLIHUHQWH RSHUDFLRQHVRMXXQD FDXUDPHVRQQVUDFWXDOPLHQWR

deuda ajena no sólo *solvendi causa*, sino también *credendi* o *donandi causa*¹¹⁵⁷, que la “causa” de la orden y de su aceptación, o sea de la delegación, bien puede manifestarse al exterior como permanecer oculta, y que sus vicisitudes podrán repercutir sobre los sujetos partícipes en la relación correspondiente, o que hayan obrado en razón de ella¹¹⁵⁸. Se trata de una operación “entre tres personas”, o “triangular atributiva”¹¹⁵⁹, “operación trilateral”¹¹⁶⁰, una “colaboración volitiva de tres sujetos, cada uno de los cuales aporta su contribución particular para la producción de dos efectos jurídicos, uno constitutivo, otro extensivo, fundamentales en la novación”¹¹⁶¹.

409. delegación activa y pasiva

En tanto que en la delegación activa el delegatario resulta acreedor del delegado en vez del delegante o junto con él (sustitución o conjunción), según que, en su orden, el delegante libere al delegado (novación por cambio de acreedor, arts. 1690 [2.º] y 1693 c. c.) o lo retenga (porque así lo exprese o porque no aparezca el *animus novandi*), en la delegación pasiva, por iniciativa del deudor originario y con la aceptación del acreedor, un tercero, delegado, lo reemplaza o se coloca junto a él, solidaria o subsidiariamente¹¹⁶², según que el acreedor expresamente declare libre al deudor primitivo, o que se estipule en una u otra forma la vinculación concurrente del tercero delegado, o que así “parezca deducirse del tenor o espíritu del acto” (art. 1694 c. c.).

Por ello, una delegación activa (*delegatio crediti*), novatoria o cumulativa, puede concurrir con una delegación pasiva (*delegatio debiti*), novatoria o de duplicación¹¹⁶³. En todo caso, desde el punto de vista de la alteración del sujeto pasivo debe precisarse con la mayor nitidez respecto de la figura de la delegación que, por iniciativa del deudor y con la aceptación del acreedor, un tercero puede, en razón de su promesa (asunción de deuda), sea ocupar el sitio de aquel en la relación jurídica, o simplemente acompañarlo, como deudor solidario o subsidiariamente, con ventaja evidente para el acreedor, dada la duplicación del sujeto pasivo o la presencia adicional de un garante (art. 1694 c. c.). Y ha de agregarse que, según nuestro ordenamiento, la asunción liberatoria de deuda, pendiente en últimas de la declaración del acreedor, causa novación (art. 1690 [3.º] c. c.), con todas las consecuencias de esta figura. De modo que, al pasar revista a las vicisitudes de la relación jurídica que

permite llegar a ellas. También permite explicar el mecanismo de operaciones jurídicas que tienen sus reglas propias, ante WRGR□□ ORV□ HIFWVRV□ GH□ FRPHUFLMAZMVOXORMABASORCHV, Obligations, Théorie générale, n.º 1234, p. 1258 y s.

¹¹⁵⁷ Piénsese en el ruego del girador de una letra al girado o en la orden que el girador de un cheque le imparte al banco girado, y en la aceptación por parte del respectivo girado (delegado), que puede darla, porque es deudor del girador (delegante) y con ello sirve su obligación (*solvendi causa*), o porque le quiere abrir crédito (*credendi causa*) o, en fin, claro está que no en el ejemplo del cheque, le quiere regalar el valor de la prestación (*donandi causa*). Cfr. cas. de 15 de julio de 1938, XLVII, 68 a 77; 25 de noviembre de 1938, XLVII, 420 a 423; 31 de mayo de 1940, XLIX, 497 a 502.

¹¹⁵⁸ ³/D□ GLVWLQFLyQ□ HQWUH□ ~~delegato~~ ¹¹⁵⁸ llamada *delegación titulada* se infiere fácilmente de la disciplina de las μH[FHSFLR□ ~~delegato~~ ¹¹⁵⁸ SRU□ HO□ GHQJDFLyQ□ VL□ OD□ GHQJDFLyQ□ HV□ SXUD□□ HO□ GHQJDFLyQ□ HQ□ SULQFLSLR□ atinentes a la relación de provisión, como tampoco a las derivadas de la relación de *valuta*□ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 204□□ ¹¹⁵⁸ IR□ HV□ OD□ GHQJDFLyQ□ OD□ TXH□ FUHD□ OD□ UHODFLyQ□ HQWUH□ GHQJDFLyQ□ FRQWUDULR□□ HV□ OD□ UHODFLyQ□ HQWUH□ HVWVR□ ~~delegato~~ ¹¹⁵⁸ FUHD□ OD□ GHQJDFLyQ□ ¹¹⁵⁸ GHQJDFLyQ□ ~~delegato~~ ¹¹⁵⁸ VRO□ ~~delegato~~ ¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁹ ³/D relación principal continúa siendo bilateral; pero otra relación se inserta en ella, de modo que de ahí en adelante la REOLJDFLyQ□ SURGXFH□ HIFWVRV□ VREMLAVR□ ~~delegato~~ ¹¹⁵⁹ Obligations, cit., n.º 1200, p. 715.

¹¹⁶⁰ TORRENTE e SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*, cit., § 236, p. 440.

¹¹⁶¹ BIGIARI. *La delegazione*, cit., p. 37 y s.

¹¹⁶² ³IR□ SRU□ VVWLWXFLyQ□ QRYDO□□ VLQR□ SRU□ X□ WDSRV□ ~~delegato~~ ¹¹⁶² GRU□ ~~delegato~~ ¹¹⁶² FDV□□ GH□

¹¹⁶³ BIANCA. *La delegazione*, cit., n.º 321, p. 631.

legalmente no la alteran en cuanto a modificación en el sujeto, la que debe incluirse como tal dentro de las dos especies de delegación pasiva es la cumulativa o concurrente, en la cual el tercero delegado asume la deuda junto con el deudor original, por invitación de este y con la aceptación del acreedor, en los mismos términos, o asume una responsabilidad aneja al débito (fianza, subsidiariedad)¹¹⁶⁴.

VI. delegación pasiva

410. generalidades

Aquí corresponde estudiar la denominada delegación pasiva o “delegación de débito”, consistente en que “por iniciativa de alguien (delegante) que es deudor de otra persona, un tercero (delegado) se hace deudor de aquella (delegatario), que acepta la sustitución o la duplicación; o sea que se delega la función de deudor: delegante es el deudor originario; delegado es aquel a quien se delega la función de deudor en lugar del anterior o junto a él; y delegatario es el acreedor que acepta al nuevo deudor, en lugar del precedente o junto con él”¹¹⁶⁵. Figura de la mayor antigüedad, de suyo compleja, atractiva y que permite explicar con relativa sencillez varias de las operaciones cambiarias más frecuentes e importantes¹¹⁶⁶. Rasgos básicos de la delegación pasiva son, pues, el ruego, invitación u orden del deudor (delegante) al tercero (delegado)¹¹⁶⁷, la aceptación de aquel *iussum* por parte de este, que en consecuencia se obliga (asume la obligación) frente al acreedor (delegatario), en vez del deudor primitivo o juntamente con él, y, por último, también la aceptación de la asunción por parte del acreedor-delegatario¹¹⁶⁸. En el primer caso se tiene una asunción liberatoria de deuda, y en el segundo, una asunción concurrente o cumulativa de deuda. Todo depende, más que de la relación entre delegante y delegado, de la manera como este asuma la deuda de aquel y, en últimas, de si el acreedor delegatario acepta la promesa (asunción) por parte del delegado en los términos en que este la plantea o formula. Así, una cosa es si el delegado, habida consideración de sus nexos con el delegante, está o no obligado a aceptar su ruego o su orden¹¹⁶⁹; otra son los términos en que el delegado asume la deuda ajena; y otra, en fin, es si el acreedor acepta o no la asunción del delegado, tal como este la propone. Independientemente de si está obligado o no para con el deudor delegante a asumir la deuda de este en tales o cuales términos, el tercero delegado es libre de asumir o no la deuda del

¹¹⁶⁴ Cfr. cas. de 10 de marzo de 1936, XLIII, 564; sent. 15 de octubre de 1941, LII, 325 a 330.

¹¹⁶⁵ BIGIAMI. *La delegazione*, cit., p. 7. Cfr. TORRENTE e SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*, cit., § 236, p. 440.

¹¹⁶⁶ “(O) PHFDQLVPR □ GH □ OD □ GHOHJDFLYQ □ IDPILOLUDAD DIMEA / HASIDOLMPTAD para explicar numerosas operaciones comerciales desde el renacimiento de las ciudades italianas. Hoy, esas operaciones tienen sus reglas jurídicas propias, y la delegación, si bien puede servirles de explicación jurídica ± como puede ser el caso de los efectos de comercio [títulos valores]± ha perdido gran parte de su interés. No puede desarrollarse como procedimiento de transmisión de obligaciones, porque no realiza esa transmisión sino indirectamente [...] Y la necesidad de obtener el consentimiento del deudor originario es un obstáculo serio a la utilización de este procedimiento como modo de transmisión de las REOLJDFLRQV ZEUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1252, p. 1267.

¹¹⁶⁷ Si bien se ha observado que, no obstante que lo natural es que la iniciativa de asignar al acreedor a un tercero como nuevo deudor parta del deudor mismo, no puede excluirse la figura de la delegación cuando dicha iniciativa la toma el acreedor, que le pide a su deudo U □ DVLJQDUOH □ XQR □ QXHYR □ □ / R □ GHILQLWLYR □ DO □ UHVSHFWR □ VHUI □ □ HQ □ ~OWLDPDV □ □ OD □ ‘LQ SURSLDPHQWH □ D~Q □ □ ‘XQD □ LQWHUHQWLY □ HO □ QHJRFLR □ GH □ DVXQFLQ □ Delegation ed espromissione, cit., p. 115 y 127; BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., p. 95 y ss.; BIGIAMI. *La delegazione*, cit., p. 40.

¹¹⁶⁸ Cfr. cas. de 31 de agosto de 1942, LIV, 381.

¹¹⁶⁹ “(O) GHOHJDGR □ QR □ HVW □ REOLJGR □ D □ DFHSWDU □ HO □ HQFDUJR □ □ DXQ □ FXDQGR □ VHD □ GH □ GHOHJDQWH □ codice civile.

delegante y de plantear al acreedor la sustitución de aquel o su concurrencia con él; si lo hace o no y en qué condiciones, y en razón de qué, es algo que atañe exclusivamente a ellos dos: delegante y delegado, y a lo que es del todo ajeno el acreedor delegatario, quien a su turno es del todo libre de aceptar o no la asunción de la deuda conforme la formula el tercero delegado. Es de su resorte aceptar a dicho tercero en lugar del deudor primitivo, a quien por ello releva de obligación y responsabilidad, o simplemente de aceptar al tercero como un codeudor, solidario o subsidiario (art. 1694 c. c.). Pudiendo o no coincidir el planteamiento del tercero asumiendo con la respuesta del acreedor. De todas formas, para que opere la delegación, como lo resalta el § 415 BGB, es menester el pronunciamiento del acreedor, cuya declaración expresa es indispensable para que se dé la sustitución y la consiguiente liberación del deudor primitivo, pues de lo contrario se entenderá que acepta al delegado solamente como diputado por el deudor para el pago o como un asumiendo acumulativo de la deuda; actitud de dicho acreedor que, de no coincidir con la propuesta del delegado, dejará las cosas en el estado en que se encontraban, es decir, la obligación a cargo del deudor inicial y el tercero delegado simplemente vinculado con el delegante, pero no para con el delegatario (art. 1694 c. c.), cual ocurre siempre que una oferta o propuesta no es aceptada por su destinatario: caduca.

411. naturaleza jurídica de la delegación pasiva

En lo que hace a la naturaleza de la delegación como relación entre delegante y delegado, la doctrina oscila entre un acto de naturaleza unilateral recepticia y un contrato, y más propiamente, un contrato de mandato¹¹⁷⁰, que todo hace ver es la explicación que mejor se acomoda a la estructura y el funcionamiento de dicha figura, que encuadra cabalmente dentro de la definición del art. 2142 c. c.¹¹⁷¹. Mandato que el mandatario-delegado puede o no aceptar, y el mandante delegante revocar hasta cuando el delegado asume la obligación de aquel¹¹⁷², y en razón del cual el delegado se obliga a realizar actos de cooperación por cuenta del delegante-mandante (art. 2142 c. c.), acá la promesa a favor del tercero delegatario y el ulterior cumplimiento de ella, al margen de la relación de base que identifica el por qué el “mandatario” acepta y ejecuta el encargo¹¹⁷³, con la adición de que el mandatario-delegado, cual ocurre en numerosas operaciones bancarias, puede haber autorizado previamente al mandante-delegante (convenido con él) la emisión de órdenes¹¹⁷⁴. Ahora bien, dicha relación es independiente de la que habrá de trabarse luego, en cumplimiento de ella, entre el mandatario-delegado y el acreedor-delegatario, quien, de nuevo se anota, es dueño de aceptar la asunción de la deuda que pretende el delegado. Es más, puede darse la eventualidad de una delegación “interna” entre deudor y tercero, que al

¹¹⁷⁰ 3/D GH0HJDfLyQ R HQFDUJR GH0HJDWRULR R VHD HO HQFDUJR FRQIHULGR SRU HO GH0HJDQWH DO mandato. Requiere el consentimiento, así sea puramente tácito, del delegado y se estructura en el esquema del acuerdo [...] IR VH WUDWD SXHV GH XQ DFWR XQLODWHUDO FRPR SDUHFLHUD LQGLFDU OD H[SUHVLYQ μRUGHQ tradicionalmente el encargo delegatorio (*iussum* FRQ DGKHVLYQ D OD WHUPLQRORJD GHBIOD IXHQWHV URPDC AREEOLJDJLRQH, n.º 325, p. 639.

¹¹⁷¹ >@RQWUDWR HQ TXH XQ SHUVRQD FRQ OD JHVWLYQ GH XQR R PIV QHJRFLRV D RWUD TXH VH K GH OD SULPHUD'

¹¹⁷² TORRENTE e SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*, cit., § 327, p. 442.

¹¹⁷³ CICALA. *Delegazione ed espromissione*, cit., p. 123 DQRWD TXH VH SXHGH GLVFXWLU VL VH WUDWD GH GRV FR mandato y [p. ej.] promesa de mutuo, o de un contrato mixto con esos dos ingredientes; pero lo cierto es que aquí se manifiesta el propósito de obtener, entre otras cosas, aquella cooperación jurídica que es objeto de un mandato, y que el mutuo se realizaría mediante el cumplimiento de la obligación que el delegado, por cuenta del delegante, asume para con el GH0HJDWDULR'

¹¹⁷⁴ BIANCA. AREEOLJDJLRQH, n.º 325, p. 642.

presentarse al acreedor no declara ser delegado, inclusive porque dentro de las estipulaciones del mandato delegatorio estaba la de obrar como expromitente, concurrente con una expromisión “externa”¹¹⁷⁵.

412. delegación y novación

Con fundamento en el brocardico latino *in delegatione semper inest novatio etiam iure novissimo*, basado a su turno en la definición de ULPiano: *delegare est alium reum dare creditori vel cui iusserit* (D. 46, 2, 11 pr.), por mucho tiempo se sostuvo que la delegación implicaba siempre novación, y de ahí que la disciplina de dicha figura corra en los códigos antiguos de la edad moderna como una especie dentro de las varias formas de novación (cfr. arts. 1275 y ss. *code civil fr.*; 1690 y ss. c. c.), y que, al observar que la asunción de la deuda por delegación puede ser, tanto liberatoria (novativa), como concurrente (cumulativa), la doctrina viera en la primera una “delegación perfecta” y en la segunda una “delegación imperfecta”¹¹⁷⁶.

Dicha confusión conceptual comenzó a aclararse y subsanarse a partir de la obra de VON SALPIUS: *Novation und Delegation nach römisches Recht*, Berlin, 1864, quien puso de presente la independencia de las dos instituciones, pese a que en alguna oportunidad puedan coincidir: cuando deudor, tercero y acreedor convienen en que, al aceptar este la promesa del tercero delegado, lo toma en lugar del deudor originario (cfr. arts. 1690 [3.º] y 1694 c. c.). El ámbito de la delegación es mucho más amplio que el de la novación.

413. los tres sujetos de la delegación

En la delegación se observa un triángulo, en cada uno de cuyos vértices se coloca uno de los protagonistas: delegante, delegado, delegatario, y cada uno de cuyos lados indica la respectiva relación: relación de *valuta*, entre delegante y delegatario (es la relación básica, originaria); relación de *provisión*, entre delegante y delegado (en cuya razón se produce el *iussus*); relación *final*, entre delegado y delegatario (es la novedad, resultante de la orden del delegante, su aceptación por el delegado y la conformidad del delegatario)¹¹⁷⁷. Son tres relaciones singulares, coligadas entre sí por una finalidad que solamente se obtendrá en cuanto se haya recorrido cabalmente íntegra la circunferencia. Cuestión que se capta al examinar el significado de las expresiones “delegación perfecta” e “imperfecta”, y su disciplina diferente.

Deudor primitivo y candidato a deudor nuevo, mientras el acreedor no haya aceptado su planteamiento o propuesta, pueden variar las condiciones de esta y, por supuesto, retractarse. Dentro de las modalidades de aquella, naturalmente están la posibilidad de señalar un término para que el acreedor decida, cuyo decurso en blanco implicará su no aceptación y la consiguiente caducidad de la oferta¹¹⁷⁸. También es obvio que el acreedor puede consentir en la asunción preventivamente, como también puede hacerlo por medio de

¹¹⁷⁵ Cfr. CICALA. *Delegazione ed espromissione*, cit., p. 125 y s., quien precisa en la delegación pura un mandato con el deber de *contemplatio domini*, esto es, de indicar al tercero que se obra en nombre del mandante.

¹¹⁷⁶ Así, en cas. de 25 de febrero de 1991, sin publicar, en la que la Corte considera que la relación entre delegante y delegado se rige por las reglas del mandato.

¹¹⁷⁷ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 203; BIANCA. *REOLJD/LRQH* n.º 323, p. 635 y ss.

¹¹⁷⁸ Al respecto se habrían de aplicar las reglas de la oferta, sobre todo las relativas a la oferta irrevocable o en firme, en lo que hace a los efectos de su aceptación tempestiva.

conducta concluyente, de la que sería ejemplo el requerir o demandar al asumiendo¹¹⁷⁹. En la duda entre si el acreedor aceptó la asunción y, por lo mismo, el tercero se obligó para con él (en vez del deudor o a su lado), se dice que se ha de tener lo acontecido como una asunción para el pago o para el cumplimiento, que no le da pretensión al acreedor, sino simplemente la esperanza de que el tercero le cumpla al deudor lo prometido y le pague a él¹¹⁸⁰.

En habiendo el acreedor tomado al tercero asumiendo como delegado del deudor, es natural concluir que la relación obligatoria en curso se extingue por novación, con todos los efectos propios de esta, a partir de la liberación del deudor y la consiguiente desaparición de las cauciones que accedían a su vínculo. De ahí los términos del art. 1696 c. c.: “el acreedor no tendrá acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia”. Y también por ello se explican los términos adicionales de la misma norma: “a menos que en el contrato de novación [el acreedor] se haya reservado expresamente ese caso, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo”. Esta última salvedad, tutelar del acreedor, se explica sólo en cuanto el relevo de deudor se haya dado en virtud de una “delegación perfecta”, a partir de la iniciativa del deudor primitivo¹¹⁸¹.

414. excepciones del delegado

El asumiendo en cumplimiento de mandato-delegatorio no puede oponer a la pretensión del delegatario-acreedor excepción alguna derivada de la relación suya con el delegante; de ese modo, mal podría alegar que se obligó porque, erradamente, se creyó deudor de él; pero, en tal supuesto, sí podrá compeler al deudor liberado para que cumpla la obligación, y si llegare a tener que pagarla por él¹¹⁸², en mi sentir, el caso caería dentro de la quinta hipótesis de subrogación del art. 1668: “en favor del que paga una deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor”, y en todo caso, podrá pedirle que le reembolse lo pagado (art. 1697 *in fine* c. c.), como también, llegado el caso, indemnizaciones.

Si la ignorancia o la equivocación no fue del delegado, sino del delegante, que, creyéndose deudor del delegatario, encargó al delegado que la asumiera, *iussum* en cuya razón este procedió de conformidad, la norma previene que, habiendo el delegado satisfecho al acreedor, el delegante podrá demandar del falso acreedor la restitución del pago indebido (arts. 1698 y 2313 c. c.). Previsión a la que hay que agregar que el delegado asumiendo bien podría abstenerse del pago y oponer la excepción correspondiente al delegante (art. 2175 c. c.), y que si este lo advirtió o previno en oportunidad, estaría en el deber para con él, como mandatario, de oponer la correspondiente excepción (art. 2157 c. c.), a fin de conjurar los quebrantos consiguientes del pago indebido, con responsabilidad contractual, tanto en caso de omisión como de ejecución indebida, y con derecho a las retribuciones a que haya lugar (art. 2184 c. c.).

¹¹⁷⁹ Cfr. cas. de 16 de marzo de 2000, exp. 5715: en una venta de inmueble embargado en proceso ejecutivo, en la que el comprador se comprometió a cancelar, por cuenta del precio, el crédito a favor del ejecutante, el acreedor que consintió en OD □ HQDMHQDFLYQ □ VH □ FRPSURPHWL □ ³D □ GHVLVWL □ GHODSURPH □ SHXGRYDEISQVSHULRUPHQWH □ UHQHJRF crédito con el asumiendo.

¹¹⁸⁰ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 615 y ss., p. 320.

¹¹⁸¹ Así BIANCA. *REEOLJDJLRQ* n.º 333, p. 654.

¹¹⁸² ³(O □ HIHFWR □ WtSLFR □ \ □ FRQVMDQWH □ GHODSURPH □ SHXGRYDEISQVSHULRUPHQWH □ UHQHJRF irrepetibilidad normal del pago entre delegado y delegatario, o sea la manifestación, en caso de pago, de aquella llamada independencia de esa relación, que en caso de aceptación, se expresa HQ □ OD □ LQRSRQLELOLGDG □ GH □ OD □ VZZH □ FRQVMDQWH □ GHODSURPH □ SHXGRYDEISQVSHULRUPHQWH *proprio fra delegante e delegato*, cit., p. 83 y s.

415. relaciones entre delegante y delegado

Al lado de las relaciones entre delegado y delegatario y entre delegante y delegatario, que son las que importan a propósito del tema de las modificaciones en los sujetos de la relación obligatoria, aquí de la parte deudora, hay que tener presente la relación entre delegante y delegado, esto es, la razón por la cual aquel pudo impartir la orden y este acatarla, y resaltar que se rige por la figura jurídica correspondiente. Allá se verá si el delegado tenía el deber de acoger y cumplir aquella instrucción del delegante, o si podía rehusarla, y cuáles los efectos, para entre ellos dos, de una y otra conducta.

416. asunción de compromiso de pago

Distinta de la asunción de deuda (*Schuldübernahme*) es la asunción de compromiso de pagar (*Erfüllungsübernahme*), mediante el cual el asumiente simplemente se compromete para con el deudor a pagar la obligación de este, razón por la cual el acreedor, en principio, no adquiere derecho alguno en contra de tal tercero, sino apenas la aspiración a que este le pague en lugar del deudor, comportamiento que tendría efecto liberatorio¹¹⁸³, y mientras dicho tercero no acepte aquel compromiso, en las condiciones en que se le ofrece, estipulante y promitente pueden cancelarlo o modificarlo¹¹⁸⁴: hipótesis de *delegación imperfecta*¹¹⁸⁵.

Distinta de tal situación es la que se presenta por el mero hecho de la adquisición de inmueble gravado con hipoteca, sin que el adquirente prometa pagar la obligación o asuma la deuda del enajenante. Entonces, es claro que él responde como titular del dominio del bien, pero no es deudor, y por lo tanto, podrá ser demandado por el acreedor en aquella calidad, pero no en esta¹¹⁸⁶.

417. delegación y estipulación en favor de tercero *

La delegación, tanto la activa como la pasiva, igual la liberatoria que la cumulativa, se ofrece como un negocio jurídico que se genera por la concurrencia de tres partes: acreedor y deudor originarios, y el tercero: nuevo deudor en la pasiva. En cambio, la expromisión que implica relevo del deudor, y la adpromisión que implica la adición de un sujeto pasivo, operan sin que el deudor primitivo intervenga, en razón del solo convenio entre el asumiente y el acreedor. Lo que es ineludible en todos los casos, valga reiterarlo, es la promesa del tercero y la aceptación del acreedor. A estas hipótesis ha de añadirse la de la “delegación para prometer” (*accollo*)¹¹⁸⁷, mediante la cual, deudor y tercero convienen en que este (prometerá) asumirá la deuda de aquel para con el acreedor, ajeno a dicha operación¹¹⁸⁸, quien por lo mismo es dueño de acoger o no dicha promesa¹¹⁸⁹.

¹¹⁸³ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 608, p. 317.

¹¹⁸⁴ Sobre esta figura se pronunció la Corte en cas. de 31 de julio de 1931, XXXIX, 216 y s., reconociendo su validez y autonomía.

¹¹⁸⁵ Así, cas. de 10 de marzo de 1936, XLIII, 565; SNG de 15 de octubre de 1941, LII, 327.

¹¹⁸⁶ Cfr. cas. de 25 de noviembre de 1938, XLVII, 422.

* Cfr. G. PICCHIONI. *Los contratos a favor de tercero*, trad. española de F. J. OSSET, Madrid, 1948; G. MACCARRONE. *Contratto*

¹¹⁸⁷ *FRQ SUHVWDJLRQHR'DOapHJUP97*; R. CICALA. *Accollo*, en EdD., I, Milano, 1958; F. JACOB. *Le constitut ou*

¹¹⁸⁸ CICALA. *Accollo*, cit.; BIANCA. *REEOLJDJLRQH* n.º 349, p. 675.

¹¹⁸⁹ El art. 1273 del *codice civile* *Accollo* [convenio de asunción de deuda]. Si el deudor y un tercero convienen que este asuma la deuda de aquel, el acreedor puede adherir a la convención, con lo cual la hace irrevocable. La adhesión del acreedor

Por eso mismo ha de analizarse la situación que se presenta cuando el deudor acuerda con el tercero que este prometerá al acreedor, en el propósito de un relevo suyo o de una concurrencia de deudores o de deudor y garante, en operación en que sólo ellos son partes, sin el concurso del acreedor. ¿En qué condiciones se coloca este? ¿Podrán estipulante y promitente modificar los términos de su acuerdo, e incluso retractarse de él? ¿Estará el solo promitente autorizado para producir tales alteraciones? ¿Tendrá acción el estipulante para que el promitente cumpla lo prometido por él a favor del tercero acreedor suyo?¹¹⁹⁰

De más está repetir que la delegación implica la participación de los tres interesados y que el problema que aquí se plantea es el de las relaciones entre deudor y delegado, de un lado, y de ellos dos con el acreedor, del otro, al no haber contado con este, o más propiamente, al no haber aceptado este la asunción de la deuda por el delegado o no haber estado conforme con sus términos¹¹⁹¹.

La doctrina y la jurisprudencia, como también las legislaciones que se ocupan *ex profeso* del tema, se inclinan por la figura de la estipulación en favor de un tercero (art. 1506 c. c.)¹¹⁹², como aquella que cuadra mejor con los hechos correspondientes¹¹⁹³. En efecto, teniendo el deudor un interés cierto en que el acreedor sea satisfecho, para así quedar libre, pero sabiendo que mientras ello no ocurra o en tanto el acreedor no lo suelte él seguirá vinculado, tenderá a lograr cuanto antes cualquiera de esas dos soluciones. Y, no siendo factible el pago inmediato, queda en pie la alternativa de la asunción liberatoria de la deuda por parte de un tercero. El le dará instrucciones al delegado, que este habrá de seguir, de conformidad con la índole y las condiciones de su relación interna o de base. Si el delegado debe aceptar el *iussus* y a qué se expone en el evento de no atenderlo o de no proceder en un todo de acuerdo con él, es algo que concierne exclusivamente a esas partes: delegante y delegado, y a lo que es por completo ajeno el acreedor, a quien ninguno de ellos puede oponer razones de ese origen. Por el motivo que sea, el delegado promete en favor de un tercero, el delegatario, o sea que asume frente a él la obligación ajena (del delegante). Y queda a la entera discreción de dicho tercero aceptar o no tal promesa, en los términos en que se le ofrece, que no está al arbitrio suyo modificar. Su derecho a la promesa es directo e inmediato, y mientras no haya manifestado su aceptación o conformidad, estipulante y promitente pueden variar los términos del acuerdo y de la promesa y retractarse. Ese es asunto de ellos y que se definirá entre ellos. Pero, una vez que el tercero-delegatario-acreedor acepta, la promesa, revocable o no, da paso a un contrato en razón del cual el delegado queda comprometido definitivamente para con él, y con efecto retroactivo¹¹⁹⁴.

En el supuesto de que el acreedor no acepte la asunción de deuda, se desvanece toda posibilidad suya de proceder contra el delegado, y subsiste, sola, la obligación y la

implica la liberación del deudor originario sólo si esta ha sido condición expresa de la estipulación o si el acreedor declara expresamente que lo libera. En caso de no haber liberación del deudor, este continúa obligado solidariamente. De todos modos, el tercero queda obligado para con el acreedor que ha adherido a la estipulación, dentro de los límites de su asunción

¹¹⁸⁹ "HOHJDFLYQ LPSHUIHFWD' FVHQOR en la tienda al comprador servir deuda contraída por él con garantía hipotecaria sobre el bien vendido. Acto tomado como apoderamiento: cas. de 25 de febrero de 1991, sin publicar.

¹¹⁹⁰ Sobre la *figura legis* de la estipulación para otro, cfr. cas. de 10 de marzo de 1970, CXXXIII, 124 y ss.; 8 de mayo de 1974, CXVLI, 97.

¹¹⁹¹ Esta situación es frecuente en las operaciones de compraventa de inmuebles hipotecados para garantizar obligaciones contraídas para su adquisición: el comprador le paga el saldo del precio a su vendedor, para quien se obliga a servir dicho crédito.

¹¹⁹² Cas. de 12 de mayo de 1896, XI, 405; auto SNG de 6 de octubre de 1941, LII, 311; cas de 29 de enero de 1943, LV, 13.

¹¹⁹³ Cfr. CICALA. *Accollo*, cit.; G. MACCARRONE. *Contratto "FRQ SUHVVDLDO" WUJ BIGLIAZZI-GERI et ál. Obbligazioni e contratti*, cit., p. 210 y ss.; BIANCA. *REEOLJDJLRQH*, n.º 350, p. 677.

¹¹⁹⁴ Así, cas. de 28 de agosto de 1942, LIV-bis, 35.

responsabilidad consiguiente de su único deudor. Este, a su turno, fallido su intento de completar el círculo de la delegación, conserva su interés en el desempeño del delegado y, por lo mismo, tendrá acción en contra de él para que cumpla lo prometido, cuya ejecución implicará su descargo y liberación.

VII. expromisión, adpromisión

418. expromisión. adpromisión*

Quien asume una deuda ajena, ora en vez del deudor, ora concurrentemente con él, así como quien entra a garantizarla personalmente, no necesita para ello que el deudor se lo haya ordenado o solicitado¹¹⁹⁵. Ese tercero puede disponer de sus intereses frente al acreedor, de su propia iniciativa, ignorándolo el deudor y aun a contrariedad de este. La precisión de los antecedentes y motivos de su asunción interesarán cuando hayan de liquidarse sus relaciones con el deudor: entonces se sabrá si hubo agencia oficiosa y con qué efectos (arts. 2308 y 2309 c. c.) o si, eventualmente, medió consentimiento del deudor, lo que podría desembocar en una subrogación (art. 1668 [5.º] c. c.). Acá lo que importa es resaltar la posibilidad de alteración del sujeto pasivo de la relación jurídica sin injerencia alguna del deudor o sin que ella se manifieste, es decir, sin delegación, y aun a pesar de su oposición, cuyos alcances dependen de lo que convencionalmente o por separado dispongan el asumiente y el acreedor¹¹⁹⁶. Para el relevo, que implica novación, se exige la asunción de la deuda por parte del tercero y la aceptación expresa del acreedor (art. 1694 c. c.), figura que toma el nombre de *expromisión*¹¹⁹⁷. En tanto que para el acompañamiento o la responsabilización subsidiaria basta la aceptación suya por cualquier medio de expresión (de nuevo, arts. 1690 [3.º], 1694, 1693 y, además, 2371 c. c.). Esta asunción cumulativa se denomina *adpromisión*. Figura, por cierto, próxima a la fianza, sólo que esta siempre muestra la función de garantía, en tanto que la adpromisión, se dice, cumple eventualmente una función análoga¹¹⁹⁸. En la adpromisión, asunción cumulativa de deuda ajena, porque así se presenta el asumiente y así acoge el acreedor su iniciativa, el promitente se obliga junto con el deudor, solidariamente o subsidiariamente (art. 1694 c. c.), lo cual implica una modificación subjetiva de la relación obligatoria, en el sentido de ampliar el respaldo con que cuenta el acreedor; en últimas, “una duplicación subjetiva del vínculo obligatorio” que desemboca en la atribución al acreedor del poder de dirigirse, a su guisa, contra cualquiera de ellos, el deudor o el adpromitente, para la satisfacción de su interés¹¹⁹⁹, sobre la base de que “entre la obligación del expromitente [adpromitente] y la del deudor originario existe una plena identidad jurídica”, que permite distinguir dicha asunción de la fianza, en cuanto

* Cfr. S. RODOTÀ. *Expromissione*, en EdD., XV, Milano, 1966; B. CARPINO. *Expromissione cumulativa e fideiussione*, en *Rivista di dir. civile*, Padova, 1969, I; F. DI SABATO. *Fideiussione e negozi di assunzione di debito altrui: criteri di interpretazione*, en *Rivista di dir. civile*, Padova, 1961, I; R. ROLLI. *Libertà del debitore originario*, Padova, 1995.

¹¹⁹⁵ Cfr. cas. de 29 de enero de 1943, LV, 10 a 16; 22 de agosto de 1946, LXI, 19 a 24. ¹¹⁹⁶ H[SURPLVLYQ]FXDQGR[XQ]VXMHW[R]H[WUDx] a la relación obligatoria asume por su propia iniciativa, sin encargo a propósito o autorización del sujeto pasivo de dicha UHODFLYQ[OD]GHXGD[GH]HVWH[~OWEPR]T[un]q[un]v[er]b[al]d[e]l[e]c[on]s[er]v[ac]i[ón] III, cit., p. 101.

¹¹⁹⁶ (O[HOHPHQWR]GLIHUHQFLDO[HO]WUH[OD]GHOHJDFLYQ[OD]H[SURE]V[al]q[un]v[er]b[al]d[e]l[e]c[on]s[er]v[ac]i[ón] H[Q]E[OD]HVS[RQWD]QHLO[constituye el rasgo característico de la expromisión, al paso que son indiferentes las razones que inducen al tercero a asumir SDUD[Vt]OD[GHXGD]GHO[GH]XGR[un]t[un]q[un]v[er]b[al]d[e]l[e]c[on]s[er]v[ac]i[ón] Manual de diritto privato, cit., § 237, p. 443.

¹¹⁹⁷ La concreción del empleo del vocablo *expromissio* a la novación por cambio de deudor, se remite a los Comentadores. Los romanos lo utilizaron para indicar toda clase de novación, por cambio de deudor, por cambio de acreedor y aun sin cambio subjetivo.

¹¹⁹⁸ CARPINO. *Expromissione cumulativa e fideiussione*, cit., p. 395.

¹¹⁹⁹ CARPINO. *Expromissione cumulativa e fideiussione*, cit., p. 396.

en aquella el tercero asume una obligación ajena, en tanto que en esta el tercero-fiduciario asume el deber de contraer una responsabilidad de otro¹²⁰⁰. De ahí que en la adpromisión pueda hablarse de una asunción cumulativa de deuda.

En una y otra intervienen tan sólo el promitente y el acreedor, a diferencia de la delegación, en donde, a más de ellos, y antes de ellos, interviene el deudor, que toma la iniciativa de delegar¹²⁰¹.

419. expromisión y delegación, delegación pura y delegación *

Ahora bien, como se puso de presente atrás, el contacto y la celebración del negocio de asunción entre tercero y acreedor, siempre sobre la base de una relación obligatoria precedente¹²⁰², pueden haber estado antecedidos de un mandato-delegación entre deudor y tercero delegado. Por ello, para distinguir con precisión desde el punto de vista de su formación las figuras de delegación y expromisión¹²⁰³, ha de ponerse el acento en el acuerdo final, en cuanto a si el tercero se presenta o no ante el acreedor como mandatario-delegado del deudor, que dice obrar en virtud de un *iussum* suyo, o como advenedizo, que procede espontáneamente, de su sola iniciativa, al margen de si en esta última eventualidad es, con todo, mandatario, que obra por cuenta ajena, pero que calla su condición¹²⁰⁴. Así, cuando el tercero no denuncia su condición de delegado (*contemplatio domini*), se tendrá expromisión, a despecho del mandato conferido a él por el deudor y en cuya ejecución actúa (*delegación pura*), sin que importe, ni sea aceptable, indagar si el acreedor que lo tomó en vez del deudor ignoraba o sabía el antecedente delegatorio; y con la misma razón, si el asumiente se declara delegado (*delegación titulada*¹²⁰⁵), aun sin serlo, o en fuerza de un mandato inválido, tampoco habrá lugar a “rectificar” la calificación de la figura: seguirá siendo asunción delegatoria y no expromisoria¹²⁰⁶, y luego se verá cómo se las arreglan entre sí delegante y delegado, si conforme a las pautas del mandato o a las del pago hecho por tercero.

Cuestiones estas importantes, dada su influencia en la liquidación de las relaciones ciertas entre “expromitente-delegado” y deudor delegante, y las eventuales entre deudor y expromitente que llegue a pagar la deuda ajena como tercero (arts. 1631 y s. y 2309 c. c.).

420. efectos de la asunción de deuda

Habiendo señalado y recalcado que la asunción de deuda exige tan sólo la promesa del asumiente y la aceptación del acreedor, pero que puede implicar, además, en la figura de la delegación, el ruego o la orden del deudor al asumiente, o simplemente la “participación

¹²⁰⁰ CARPINO. *Espromissione cumulativa e fiudeiussione*, cit., p. 404.

¹²⁰¹ Sobre la diferencia, cfr. sent. SNG de 31 de agosto de 1942, LIV, 381.

* A. TOMASSETTI. *Il DVVXQJLRQH GH GH*, cit., p. 397.

¹²⁰² CARPINO. *Espromissione cumulativa e fiudeiussione*, cit., p. 397.

¹²⁰³ La sent. SNG de 31 de agosto de 1942, LIV, 381, KDFH SUHVHQWH TXH OD QRYDELDQDOS SPUD FDFDLOS clases: 1.º con el consentimiento del deudor primitivo; 2.º sin su consentimiento. Esta distinción la consagra el último inciso del citado art. 1690, llamando *delegación* el primer caso. El segundo caso se ha convenido por la doctrina en llamarlo *expromisión*.

¹²⁰⁴ Cfr. al respecto CICALA. *Delegazione ed espromissione*, cit., p. 129.

¹²⁰⁵ 3/D GH OHJDFLYQ WLWXODGD D GLIHUHQFLD GH OD SXUD VH FDUDFWHULJD SRU OD FDXVDOLGDG GH causalidad de su acto de asuQFLYQ GH OD GHXGD IUHQWH D OD QRYDELDQDOS SPUD FDFDLOS.

¹²⁰⁶ Así CICALA. *Delegazione ed espromissione*, cit., p. 134.

activa del deudor”, e indicado cómo, en razón de ella surgen relaciones entre asumierte y deudor, y entre asumierte y acreedor, cómo también se surten efectos sobre la relación entre deudor inicial y acreedor, que varían según la índole de la asunción y los matices de las manifestaciones de los protagonistas, ahora se procederá a individualizar tales relaciones y efectos¹²⁰⁷.

El nuevo deudor, delegado o no del deudor precedente, sustituto o acompañante suyo, asume la deuda en las condiciones exactas de su asunción. Es decir que, siendo esta un acto de su propia autonomía, él determina en qué forma se compromete: a qué, cómo, y, por supuesto, puede limitar su responsabilidad, y a ello ha de atenerse el acreedor, que, a la postre, como destinatario de la oferta, dirá si la acepta o no, tal como se le presenta, sin posibilidad de alteración alguna (arts. 854 y s. c. co.).

Las dos clases de asunciones difieren en lo que hace al acreedor: la liberatoria le significa un relevo de deudor y responsable; la cumulativa le otorga un robustecimiento de la responsabilidad, por la exposición de otro patrimonio a su favor, el del codeudor, o sea que cumple una función de garantía, y a la postre desemboca, según el caso, en la figura de la solidaridad o en la de la fianza.

421. asunción liberatoria

Si la asunción de deuda es liberatoria, el deudor anterior se sustrae por completo y en su lugar ingresa el nuevo deudor, lo cual presupone o, mejor, exige el asentimiento expreso del acreedor, porque a ningún acreedor se le puede imponer un nuevo deudor sin su consentimiento. Según los preceptos de nuestro ordenamiento, inspirado en los principios

¹²⁰⁷ El *codice civile* de 1942 UHJXOD³OD³GHOHJDFLyQ³OD³H[SURPLVLyQ³OD³DVXQFLyQ³HQ³QW³WXOR³GHVWLQDGD³OD³FHVLYQ³GH³FUpGLWRV³OD³DV³OD³

³\$UWI268. *Delegación cumulativa*. Si el deudor asigna al acreedor un nuevo deudor, que se obliga para con el acreedor, el deudor originario no queda liberado de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente que lo libera. El acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede volver contra el delegante, si antes no ha requerido al delegado para el SDJR³

³\$UWI270. *Extinción de la delegación*. El delegante puede revocar la delegación hasta cuando el delegado asume la obligación frente al delegatario o (en la delegación para el pago) hasta cuando realice el pago. El delegado puede asumir la obligación o hacer el pago a favor del delegatario aun después de la muerte o la incapacitación GHO³GHOHJDQWH³

³\$UWI271. *Excepciones oponibles por el delegado*. El delegado puede oponer al delegatario las excepciones relativas a su relación con él. Si las partes no han dispuesto nada en contrario, el delegado no puede oponer al delegatario, así este las haya conocido, las excepciones que habría podido oponerle el delegante, salvo que sea nula la relación entre delegante y delegatario. ± El delegado tampoco puede oponer las excepciones relativas a la relación entre delegante y delegatario si las paUWHV³QR³KLFLHURQ³UHIHUHQFLD³H[SUHVD³D³HOOR³

³\$UWI272. *Expromisión*. El tercero que, sin delegación del deudor asume la deuda frente al acreedor, es obligado solidariamente con el deudor originario, si el acreedor no declara expresamente libre a este último. Salva convención en contrario, el tercero no puede oponer al acreedor las excepciones relativas a sus relaciones con el deudor originario. En cambio, sí puede proponer las que el deudor originario habría podido oponer al acreedor, que no fueren personales ni se deriven de hechos posteriores a la expromisión. En fin, tampoco puede oponerle la compensación que habría podido oponer HO³GHXGRU³RULJLQDULR³DV³HOOD³VH³KXELHUD³GDGR³DQWHV³GH³OD³H[SURPLVLyQ³

³\$UWI273. *Accollo* [convenio de asunción de deuda]. Si el deudor y un tercero convienen que este asuma la deuda de aquel, el acreedor puede adherir a dicha convención, con lo cual hace irrevocable la estipulación en su favor. La adhesión del acreedor implica la liberación del deudor originario sólo si esta ha sido condición expresa de la estipulación o si el acreedor declara expresamente que lo libera. En caso de no haber liberación del deudor, este continúa obligado solidariamente. ± De todos modos, el tercero queda obligado para con el acreedor que ha adherido a la estipulación, dentro de los límites de su asunción de la deuda y puede oponer al acreedor las excepciones fundadas en el contrato de base al cual se adosó la DVXQFLyQ³

³\$UWI274. *Extinción de las garantías*. Siempre que el acreedor libera al deudor originario se extinguen las garantías anejas DO³FUpGLWR³PHQRV³TXH³TXLHQ³ODV³SUHVWy³FRQVLHQWD³H[SUHVDPHQWH³HQ³FRQVHUYDUODV³

³\$UWI276. *Invalidez de la nueva obligación*. Si la obligación asumida por el nuevo deudor para con el acreedor es declarada nula o es anulada, y el deudor había liberado al deudor originario, la obligación de este revive, solo que el acreedor no SRGU³YDOHUVH³GH³ODV³JDUDQW³DV³SUHVWDGDV³SRU³WHUFHURV³

romanos y dentro de la forma del *code civil français*, la relación jurídica se extingue por el surgimiento de una nueva que la desplaza (*novatio*), originada en la convención tripartita entre delegante, delegado y delegatario, o en la convención entre expromitente (tercero) y expromisario (acreedor), y en ambas hipótesis desaparecen los privilegios y garantías que amparaban a la obligación primitiva, con el solo temperamento, en lo que a cauciones se refiere, de la posibilidad de que los garantes convengan con el acreedor reservarlas, caso en el cual la reserva, de todos modos, tiene por límite, como es apenas natural, el valor de la obligación anterior (arts. 1700 a 1704 c. c.) (infra n.º 598). En caso de que el asumiente hubiera gravado bien o bienes suyos para respaldar la obligación del deudor anterior, o de que en el entretanto hubiera adquirido bien gravado por aquel a dicho propósito, no es menester “reserva” de su parte, por cuanto él, deudor, conserva la propiedad de la cosa; entonces, la garantía real se mantiene, sólo que cambia su finalidad¹²⁰⁸. Y en lo que respecta a los privilegios (infra n.º 565), ha de sostenerse que, cual lo previene el § 418 II BGB: el derecho de preferencia propio del crédito no es aducible contra el patrimonio del asumiente.

422. responsabilidad del deudor anterior

De esa suerte, al declarar el acreedor libre al deudor primitivo por haber tomado en su puesto al tercero (delegado o expromitente), aquel deja de ser deudor y ya no responde, a menos que dentro de los términos de la delegación haya asumido una garantía personal (fianza) o que por disposición suya posterior, aceptada por el acreedor, retome la deuda, ya para entonces ajena, como asumiente. Sin embargo, por mandamiento legal en tutela del acreedor, dentro de la figura de la delegación, el deudor primitivo habrá de responder solidaria-mente con el nuevo, no obstante su liberación por el acreedor, cuando su reemplazo haya sido insolvente para cuando se produjo el relevo, con insolvencia pública o al menos conocida por él (art. 1696 c. c.).

Como se anotó, no siendo oponibles las vicisitudes de la relación entre delegante y delegado, el delegado que creyéndose deudor del delegante y en esa razón (*solvendi causa*) asumió la deuda, con liberación posterior por parte del acreedor, no puede oponer a este su error para sustraerse al compromiso contraído: él está obligado para con el acreedor por su promesa aceptada por este, y en cuanto se refiere al delegante, podrá compelerlo preventivamente a que pague la deuda, y si ello no fuere del caso o no diere resultado, podrá exigirle el reembolso de lo que hubo de pagar por él (art. 1698 c. c.). Y el delegado por alguien que se creía deudor del delegatario, sin serlo, puede oponer a este dicha circunstancia, pero si llegare a pagar ignorándola, su pago resulta del todo eficaz en cuanto a sus relaciones con el delegante (*causa solvendi, credendi o donandi*), quien podrá repetir del acreedor putativo lo pagado por cuenta suya (*condictio indebiti*, arts. 1698 y 2313 y ss. c. c.).

De las normas de los arts. 1697 y 1698 se sigue que el delegado puede oponer al acreedor delegatario todas las excepciones que se funden en la relación jurídica que este tenía con el deudor precedente, fuera de las que se desprendan de su propia promesa a dicho acreedor y de nexos personales suyos con este, pero no las de carácter personal que tuviera el deudor primitivo, como tampoco las que se deriven de su relación con dicho delegante (§ 417 BGB).

¹²⁰⁸ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 618, p. 321 y nota 81 a.

Y en cuanto al régimen de la expromisión, el acreedor no podrá reclamar nada del deudor primitivo a quien declaró libre, así el nuevo sea insolvente, dado que aquel no intervino para nada en esa operación. Al paso que el nuevo deudor sí puede oponer las excepciones reales inherentes a la relación crediticia inicial, conforme las habría podido oponer el deudor de entonces, junto con las suyas, esto es, las de su expromisión y las personales de nexos suyos con el acreedor, anteriores o posteriores a la asunción. Pero no las provenientes de eventuales vínculos suyos con el deudor liberado, salvo lo que hubiere convenido con el acreedor.

A todo esto ha de agregarse la precisión de que el asumiente puede oponer al acreedor las irregularidades o vicios propios del negocio o contrato de asunción.

423. asunción cumulativa o concurrente

Cuando, por el contrario, el deudor original, delegante o no, continúa siendo tal, y el tercero, delegado o adpromitente, apenas lo acompaña como codeudor (solidario) o como garante (fiador, subsidiariedad), las relaciones entre el asumiente y el acreedor habrán de regirse por las normas propias de la solidaridad o de la fianza, al compás de la ubicación de dicho tercero. Acá ocurre una adhesión del nuevo deudor a la relación en curso, que se mantiene sin otra modificación que la correspondiente al refuerzo de la responsabilidad con el ingreso del tercero asumiente.

En todo caso, como quiera que no hay relevo del sujeto pasivo, ni, por lo mismo, cambio de la relación jurídica en curso, tanto los privilegios como las garantías de ella subsisten, pues no hay razón alguna para su extinción, todo en obsequio del acreedor cuya situación, sin duda se mejora con la duplicación del débito y la responsabilidad aneja, o con el solo surgimiento de una responsabilidad adicional, como corresponde a la adpromisión.

capítulo cuarto

Cesión de contrato de prestaciones correlativas *

424. planteamiento general

Distinta de la cesión de crédito es la cesión de contrato (o asunción de contrato [*Vertragsübernahme*]) y, por lo mismo que las dos figuras tienen una denominación común y dado que en la práctica es fácil confundirlas, su individualización y diferenciación han de practicarse y retenerse con la mayor claridad.

Cuando se cede un crédito se transmite el derecho. El cedente es acreedor y obra como solo acreedor. Sus relaciones al respecto con el cesionario y el deudor son de la mayor sencillez. El transfiere su derecho al tercero, que ha de comunicarle su adquisición al obligado, para

* Cfr. F. MESSINEO. *La cessione del contratto. Il contratto derivato (subcontratto)*, en *Dottrina generale del contratto*, 3.ª ed., Milano, 1948; F. CARRESI. *La cessione del contratto*, Milano, 1950; M. ANDREOLI. *La cesión del contrato*, trad. esp. de F. J. OSSET, Madrid, 1956; R. CICALA. *Cessione del contratto*, en EdD., VI, Milano, 1960; A. A. ALTERINI y E. REPETTI. *La cesión de contrato*, Buenos Aires, 1962; M. GARCÍA-AMIGO. *La cesión de contratos en el derecho español*, Madrid, 1964; L. AYNÈS. *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, 1984; A. ZACCARIA. *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1985, I; PH. REYMOND. *La cession des contrats*, Lausanne, 1989; R. CLARIZIA. *La cessione del contratto*, Milano, 1991; A. LEPRI. *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993; M. DE LA PUENTE Y LAVALLE. *Cesión de posición contractual*, en *El contrato en general*, Lima, 1993; C. M. BIANCA. *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2.ª ed., Torino, 2000, cap. XIII; M. CARRER. *Cesión de posición contractual*, Córdoba (R. A.), 2000; A. LEPRI. *La cessione del contratto*, en *I contratti in generale*, IX, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 2000.

que este sepa que en lo sucesivo habrá de entenderse con él y para un deslinde de las titularidades en lo que tiene que ver con otros terceros. El cesionario recibe un derecho a cargo del tercero deudor, pero no se obliga para con este: es una adquisición del solo crédito por acuerdo suyo con el acreedor, al que es extraño el deudor. Y cuando se asume una deuda, por delegación o por iniciativa propia, para el tercero asumiente surge la obligación de ejecutar la prestación debida por el deudor anterior, pero sin adquisición de crédito alguno frente al acreedor. Y, en cuanto hace a la obligación, si se fuera a hablar de “cesión de deuda”, tomándola como el reverso de la cesión de crédito, ella habría de poderse ejecutar sin intervención del acreedor, extraño a la operación. Lo cual no es concebible y, menos, aceptable¹²⁰⁹, por lo mismo que “la consideración de la persona del deudor es esencial, no solamente en cuanto se mira la obligación como un vínculo jurídico, sino en cuanto se la toma como un valor patrimonial: el crédito vale lo que vale el deudor; depende de su solvencia, de su honestidad, de su habilidad para los negocios. No le es, pues, indiferente al acreedor estar ligado a este deudor o al otro”¹²¹⁰. La persona de él, entendida como sus antecedentes, su pundonor, si que también su caudal patrimonial y su liquidez, no es algo fungible, ni algo superfluo; y así se redujera el sentido de la relación obligatoria a un vínculo entre dos patrimonios, el resultado tampoco sería diferente.

En cambio, cuando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora-deudora). O dicho más escuetamente, la cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas¹²¹¹. Con una precisión importante: que no es lo mismo indicar que en virtud de ella el cesionario adquiere las pretensiones crediticias, a la vez que asume las obligaciones del cedente, que agregar a ello que el cedente sale de la relación y queda liberado de obligaciones y responsabilidad para con el contratante cedido.

Como se ha advertido reiteradamente, dada la naturaleza y la función de la relación crediticia u obligacional, el acreedor puede disponer potestativa y autónomamente de su derecho, considerado aisladamente, mientras que el deudor no puede hacer otro tanto: íntegro el andamiaje de la obligación está montado sobre la base de que esta es un deber de colaboración ajena, en cuya apreciación es fundamental la consideración del deudor, que no puede “quitarse el cabezal de encima” para colocárselo a otro sujeto sin la anuencia del acreedor, amo de la situación, por lo mismo que la relación crediticia está concebida en obsequio del sujeto activo. A tal fin se ha de acudir a la figura de la delegación liberatoria, que impone el asentimiento del acreedor.

Según la clasificación habitual, los contratos, en cuanto a las obligaciones que de ellos resultan para las partes, se dividen en unilaterales (que también son reales) y bilaterales, según que, en su orden, una sola de las partes sea la obligada, o que ambas partes se

¹²⁰⁹ Cfr. GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, n.º 130, p. 149.

¹²¹⁰ MAZEUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., 1277, p. 1297 y s.

¹²¹¹ ³/D□ FHVLYQ□ GH□ FRQWUDWR□ SRQH□ HQ□ HMFHFLYQ□ XQD□ IRUPD□ FRPSOHMD□ GH□ VXFHVLYQ□ D□ WtWXOR□ VLO□ obligatorias surgidas del contrato mismo (la llamada relación contractual): con ella, las partes realizan el sub-ingreso de un nuevo sujeto en la posición jurídica, activa y pasiva, de uno de los sujetos originarios, y, como lo dice la exposición de motivos del *codice civile*□□³GDQ□ YLGD□ D□ XQD□ IXQFLYQ□ HFRQYPLFD□ LPSRUWDQWH□□ FRPR□ HV□ OD□ GH□ HOLPLQDU□ UH□ GLVSHQGLRVDV□ GH□ BIFRQWUDWR□ et al. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 221.

La cesión de contrato, por su propia índole y por sus efectos, no es concebible sino respecto de los contratos de prestaciones correlativas. Además, en especial, delante de los contratos de ejecución sucesiva o periódica, exige que dichas prestaciones no hayan sido aún ejecutadas del todo, o sea que cabe la salvedad de la cesión de lo que esté pendiente.

Sobre esa base, y teniendo por sabida tanto la disciplina de la cesión de créditos como la de la asunción de deuda, se pregunta ahora por la figura de la “cesión de contrato”, de que se ha ocupado con abundancia la doctrina reciente y que aparece en los códigos contemporáneos¹²¹². Lo primero que se ocurre anotar es que no se trata de la transferencia autónoma de los créditos a favor de una de las partes, o de la asunción de la deuda de una de ellas, sino que se está hablando de la transferencia de íntegra la posición o relación contractual como tal. Es natural que cuando sólo una de las partes del contrato es acreedora y la otra es la sola deudora, el traspaso de la posición de aquella equivalga al del o los créditos correspondientes, y el de la posición de esta se equipare al tránsito de la deuda, figuras cuya función, requisitos y efectos fueron ya estudiados. Pero cuando lo que se tiene entre manos es un contrato bilateral o de prestaciones correlativas, en el que “las partes contratantes se obligan recíprocamente”, lo que está en juego al hablar de su cesión es el *status* contractual, o sea la posición de cada contratante, tomada como un objeto unitario, que envuelve necesariamente crédito, débito y responsabilidad; se habla de “una doble cesión del crédito y de la deuda nacidos del contrato”, a lo que habría que agregar los derechos potestativos y las pretensiones del mismo origen y que hacen parte de aquella posición o relación. Con la reflexión de principio de que el contrato tiene fuerza vinculante entre las partes (art. 1602 c. c.), eficacia legal y negocial para atarlas a sus efectos propios y a los pactados, por lo cual ninguno de los sujetos que lo celebran debería poder soltarse dejando un reemplazo a su acomodo, de suyo o en fuerza de una autorización preventiva, otorgada en blanco, por su contraparte, vaya a saberse obtenida en qué circunstancias.

¹²¹² Cfr. capítulo VIII del libro 4.º del *codice civile* de 1942 y capítulo VI, título 1.º, libro 4.º del código de comercio de 1971. Aun cuando no puede perderse de vista que el art. 2004 c. c. regula la cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, como ya lo había hecho el art. 1717 *code civil fr.*, que el art. 2020 F□□ F□□ HQXPHUD□ D□ YDULRV□ GHUHFKR□ GHO□ DUUHQGDGRU□□ TXH□ HVWDU□ REOLJGRV□ D□ UOZSWD□ previene que el *locatario* "HMHFXFLY□ HPEDUJR□ GH□ OD□ FRVD□ DUUHQGDGD□ SE□ amada□ substa□ a□ arrendatario□" HO□ DFUHHGRU□ R□ DFUHHGRUH□ HQ□ ORV□ GHUHFKR□ REOLJFLR□ GHV□ GHO□ DUUHQGDGRU□□ encargo o sustitución del poder por parte del mandatario (arts. 2161 c. c. y 1994 *code civil fr.*□□ OD□ VXXVWLWXFLY□ (arts. 67 y ss. c. s. t.). Pero con la precisión de que en todas esas oportunidades el contratante originario sigue obligado a su contraparte, en tanto esta no lo declare libre. Cfr. arts. 6.º y 25 Ley 56 de 1985 VREUH□ VXE□ UULHQGR□□ FHVLY□ arrendatario.

1213 3(QWUH□ ODV□ GLILFXOWDGHV□ TXH□ KD□ VXXFLWDGR□ OD□ FHVLYQ□ GH□ FRQWUDWR□ ILJXUD□
operación, la de las formas que requiere, especialmente para su oponibilidad, y en fin, la de su efecto novatorio. La Corte de
casación considera que, salvo cláusula en contrario, el cedente no está obligado por las deudas surgidas de la ejecución del
FROWUDWR□ OXHJR□ GH□ VX□ FHVLYO□□ 3HUR□ HVWDV□ mePHIL□ FOLDS□ pasados□ RO□ TXHVLY□ FROOL□ H□ solas

es el de la protección que merece el “contratante cedido”, partiendo de la base o supuesto de que el cedente ha de continuar obligado y mantener su responsabilidad como parte contractual, y de que no puede ser sustituido (liberado) por un tercero (cesionario) contra la voluntad de la otra parte contractual¹²¹⁴. La figura de la cesión de contrato es una manifestación significativa de la “despersonalización” del funcionamiento de las obligaciones, de que se ha hecho mención; en la economía contemporánea, en la que tanto auge y trascendencia han cobrado los contratos de larga duración¹²¹⁵, se ha convertido en un instrumento que, podría decirse, más que útil es indispensable para la subsistencia de ellos en medio de vicisitudes personales: “instrumento de la empresa, sustento de una riqueza que ha de poder circular, o simplemente medio para su subsistencia”¹²¹⁶. Es como si se tratara de una transmisión universal de deudas y créditos, a veces *impuesta* por la propia ley, como en el caso de la sustitución patronal en el contrato de trabajo (arts. 67 y ss. c. s. t.) o de la sustitución del arrendatario del inmueble destinado a establecimiento comercial (art. 516 [5.º] c. co.).

En cuanto al régimen jurídico de la cesión de contrato, es importante destacar que, acá la otra parte de la relación jurídica cedida no es un extraño a ella, como acontece con la cesión de crédito, a quien simplemente el cesionario ha de informarla de la transferencia, como carga propia, para evitar contratiempos y confrontaciones con el cedente o con los acreedores de él, sino que bien se le puede considerar “parte” en ella, en cuanto su asentimiento, así resulte otorgándolo en blanco y por anticipado, habría de ser indispensable para la eficacia de la cesión como tal, y no simplemente una formalidad publicitaria, por lo mismo que la figura de la cesión de contrato está concebida para que el contrato continúe independientemente de la sustitución de una de las partes o, mejor, no obstante ella, y por medio de “la transferencia integral de la calidad de contratante”¹²¹⁷.

426. prohibición de ceder el contrato

Como se indicará adelante, el ordenamiento tiende a facilitar la cesión del contrato y a allanar la dificultad concerniente a la aceptación de la cesión y del cesionario por la contraparte contractual, manteniendo el equilibrio de los intereses en juego, lo que no quita que en oportunidades se desconozca el de aquel sujeto en cuanto acreedor¹²¹⁸. Por lo cual es ineludible plantear la cuestión de las cláusulas que contienen prohibiciones absolutas o relativas de la cesión, salva conformidad expresada formalmente e, incluso, oportunamente, dentro de las reglas del contrato¹²¹⁹. A lo que ha de anotarse que una prohibición absoluta, como puede verse en muchos formularios, es la antípoda de aquella que autoriza *ad libitum* toda cesión; una y otra sospechosas de abuso de posición dominante y llamadas a juicio negativo de legitimidad, en la medida en que no aparezcan indispensables en razón de un interés superior al del contratante cedido, esta más en cuanto entraba la circulación del

novación por cambio de deudor, característica que, por el contrario, se encuentra en ciertos casos de transmisión de una

XQLYHUVDOMDZKUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., 1283, p. 1302 y s.

¹²¹⁴ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 602 y ss., p. 314 y s.

¹²¹⁵ Piénsese en los contratos de concesión, de distribución, de agencia, de asociación para compartir recursos, medios, inversiones, gastos; en los de licencia de uso de patente o de *know how*, o en los de franquicia.

¹²¹⁶ Así MALAURIE et AYNES. *Droit civil, Les obligations*, cit., 778, p. 449.

¹²¹⁷ MALAURIE et AYNES. *Droit civil, Les obligations*, cit., 789, p. 458.

¹²¹⁸ GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 130, p. 150 □ □ SUHYLHQH □ D □ ³ORV □ FHOHEUDQWHV □ WHQHU □ FXLG
estipular la prohibición de la cesión, so pena de quedar expuestos a soportar todas las consecuencias sorpresivas que las
FHVLRQHV □ VRQ □ VXFVHSWLEOHV □ GH □ DFDUUDU' □

¹²¹⁹ Cfr. cas. de 25 de marzo de 1993, CCXXII, 1.º semestre, 264 s.

428. cesión de contrato y sub-contrato*

Sea este el momento de establecer diferencias y de señalar “qué no es cesión de contrato”¹²²⁷. De antaño se conoce la figura del “sub-contrato”¹²²⁸, especie dentro del género “grupo de contratos”, que, partiendo de la base de un contrato originario, muestra el advenimiento de uno nuevo enderezado a la modificación de una de las partes; más precisamente, a su sustitución por un tercero, por iniciativa de ella. En esto coincide con la cesión de contrato: dos contratos sucesivos, el nuevo celebrado para el relevo de una de las partes. Pero mientras que la cesión está concebida para el desentendimiento total de dicha parte¹²²⁹, el sub-contrato responde más bien al propósito de la parte que lo celebra de ejecutar el contrato principal por intermedio del sub-contratista¹²³⁰, de lo que se sigue una contraposición de efectos tendenciales, pues mientras que en la cesión se aspira a que el cedente se libere de deuda y responsabilidad, en el sub-contrato lo natural es que el sub-contratista no se vincule a la contraparte del contrato principal, sino sólo al sub-contratante, quien continúa siendo la otra parte de la relación primaria¹²³¹.

El sub-contrato es adyacente al contrato principal, de suerte que padece sus vicisitudes y está llamado a extinguirse junto con él. Sus efectos no trascienden la órbita de sus partes genuinas, con las salvedades derivadas de la exigencia de asegurar y facilitar la satisfacción del crédito de la contraparte en el contrato principal¹²³².

429. el co-contrato

Así mismo el sub-contrato debe distinguirse del “co-contrato”, de que son ejemplos el coaseguro y el contrato con los varios intervinientes en un tratamiento médico o en una intervención quirúrgica¹²³³. En este, varias personas se alinean simultáneamente en una misma posición de parte, en un contrato único, cuyas obligaciones deben todos y por las cuales responden a una (solidariamente si la relación es comercial, art. 825 c. co.); al paso que en el sub-contrato, habiendo dos partes iniciales, se aumenta el número de participantes, no con su irrupción en el contrato único, sino con la celebración de otro, colateral, subordinado, que, ha de repetirse, en principio no vincula directamente a los nuevos a la contraparte del contrato inicial¹²³⁴, pero la ley puede disponer otra cosa; así, en la “delegación del mandato”, “el mandante podrá, en todos los casos, ejercer contra el

* Cfr. B. GRASSO e F. V. PESIRI. *Il subcontratto*, in *I contratti in generale*, IX, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 2000; C. BERTI. *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Milano, 2000.

¹²²⁷ MALAURIE et AYNES. *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 451.

segundo, que se coloca bajo la dependencia de aquel. El sub-contrato no existe sino por el contrato principal, cuya ejecución

¹²²⁹ 34XH□VDOH□GHO□HVFHQDULMAERQMLDAWVES. *Droit civil, Les obligations*, cit., n.º 694, p. 415.

1230 Más clara esta situación en las figuras del sub-contrato de obra o de servicios profesionales, o en el sub-fletamento, que en la del sub-arriendo.

¹²³¹ MALAURIE et AYNES. *Droit civil, Les obligations*, cit., n.° 694, p. 415.

²³² La acción directa de pago que en determinadas circunstancias se le concede frente al sub-contratista, que le permite subrogarse en la posición del sub-contratante. Con la tendencia a expandir los efectos del contrato, en lo que tiene que ver FRQ□ OD□ UHVS RQVDELO L GDG□□ V HJ-Q□ OD□ MXULVSUXGH QFLD□□³QHFFHYUJUDPHFHVHFVFHQWHD encuadrarla dentro del régimen de la responsabilidad común, sin reparar mayormente en su fuente: MALAURIE et AYNES. *Droit civil, Les obligations*, cit., n.º 700 y s., p. 419.

¹²³³ ZORZI. *La responsabilidad civil del médico*, cit.

¹²³⁴ Elocuente para ilustrar el contraste, el ejemplo del coaseguro frente al reaseguro. Cfr. MALAURIE et AYNES. *Droit civil, Les obligations*, cit., 697, p. 417.

las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución” (art. 887 [1]), en tanto que el art. 1406 *codice civile* prevé la posibilidad de sustitución de cualquiera de las partes, “con tal que la otra consienta en ello”.

De esa manera, y con evidente confusión entre la prohibición o limitación de la cesión y la aceptación del contratante “cedido”, sienta la regla general de la eficacia de la cesión frente a la contraparte contractual sin necesidad de su asentimiento expreso, dijérase que a pesar de que se oponga, como parece corroborarlo el inciso segundo del mismo precepto al disponer que “la misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”, y lo reitera el art. 893 al prevenir que la cesión se puede haber “consentido previamente” y que no valen reservas para el caso de incumplimiento de parte del cesionario, ni el cedente responde de él, en “los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

O sea que sólo excepcionalmente: en los contratos de ejecución instantánea pendientes de cumplimiento y en los de prestaciones personalísimas, la contraparte contractual viene a resultar protegida con la exigencia de su aceptación, en tanto que en el grueso de los contratos en que la cesión tiene relevancia el cedente puede imponer su sustitución¹²⁴¹. En otras palabras, la regla viene a ser que cualquiera de las partes contractuales al ceder su posición a un tercero puede dejar de ser parte (deudora) (“cesión liberatoria”), sin consideración alguna por el derecho de la contraparte, y sólo excepcionalmente se mantendrá vinculada (garantía), y aun entonces apenas limitadamente. O sea que de ordinario el “contratante cedido” resulta inopinadamente relacionado con persona distinta de aquella con la que contrató y desprovisto de las garantías que esta le dio, así tenga motivos serios para desconfiar, antes que de su solvencia patrimonial, de sus condiciones sociales y morales.

De acuerdo con la jurisprudencia, “la validez de la cesión de un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva, puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, salvo que exista prohibición legal o las partes hayan limitado o proscrito la sustitución”, y “los efectos de la cesión se producen entre cedente y cesionario desde que el acto se celebra; tratándose del contratante cedido y de terceros, estos se producen ‘desde la notificación o aceptación de la cesión, salvo lo previsto en el inciso tercero del art. 888’”¹²⁴².

432. forma de la cesión

“La sustitución podrá hacerse por escrito u oralmente, según que el contrato conste o no por escrito”, dispone el inciso primero del art. 888 c. co., lo cual ha de entenderse en el sentido de que si el contrato en cuestión está documentado, la cesión exige la forma documental, sin que se sepa a ciencia cierta si habrá de utilizarse forzosamente el mismo documento, como acontece en la cesión de créditos (art. 1959 [33 Ley 57 de 1887] c. c.), o si bastará la elaboración de uno a propósito. “Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma, si esta no es auténtica o no se

¹²⁴¹ Como lo anota GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 130, p. 151, la cesibilidad del contrato sin tener que contar con la contraparte se convirtió en un *naturalia negotia* y la posibilidad de esta de oponerse a la cesión pasó a ser un *accidentalialia negotia*.

¹²⁴² Cas. de 4 de abril de 2001, exp. 5628, sin publicar.

presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro [!]", continúa el inciso segundo de la norma. Sorteando la dificultad de la redacción tosca del precepto con ayuda de la *analogia legis*, podría concluirse, por una parte, que la cesión sigue la forma del contrato cedido (que es la pauta italiana para el caso de la procura [art. 1392 *codice civile*], en los términos del art. 836 c. co.), y por otra, que la cesión en el supuesto de contrato documental o documentado implica la aposición y firma de la correspondiente nota en el propio documento; sólo que si este es una escritura pública no se exige dicha solemnidad¹²⁴³. "Si el contrato consta en un documento inscrito que a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula 'a la orden' u otra equivalente, el endoso del documento [!] bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato", concluye el inciso tercero. Sin embargo, para la cesión en los contratos de suministro "la simple aquiescencia tácita a su continuación por un tercero, se entenderá como cesión del contrato" (art. 889 c. co.). Precepto este que, asimilando cesión y notificación o aceptación de ella y confundiendo las relaciones de las partes de la cesión entre sí con las relaciones entre la contraparte contractual y el cesionario, lo que previene es la figura de la aceptación de la cesión (y no la existencia misma de la cesión) por conducta concluyente.

433. responsabilidad del cedente para con el cesionario

"El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero salvo disposición expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes" (art. 890 c. co.). Y en este caso, su responsabilidad está sometida a una condición potestativa a cargo del cesionario, como quiera que este ha de denunciarle el incumplimiento del contratante cedido dentro de los diez días siguientes a la constitución en mora de este o a su incumplimiento, pues de lo contrario caducará. La expresión de la norma (art. 891 c. co.) que plantea la alternativa de mora o incumplimiento pareciera referirse a la diferencia entre las obligaciones positivas y las negativas (art. 1615 c. c.). Esta prevención es un *naturalia negotia*, de suerte que queda al arbitrio de las partes disponer otra cosa, como acontece con la ampliación de la responsabilidad propia del cedente de crédito (art. 1965 c. c.). En fin, bien se aprecia que allí media una obligación condicional del cedente, por lo cual su responsabilidad legal es inmediata, es decir que, en cuanto ocurra la mora o el incumplimiento de la contraparte contractual, el cesionario podrá proceder en contra de él. Aquel hecho es sólo una *condicio iuris* de procedibilidad de la ejecución de su obligación propia¹²⁴⁴.

434. oportunidad de los efectos de la cesión

La cesión produce efectos entre las partes de ella: cedente y cesionario, desde el momento mismo en que se celebra, y respecto de terceros, comenzando por la contraparte contractual, a partir de su notificación o su aceptación, según sea el caso, con la salvedad legal (art. 894

¹²⁴³ Así, BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, cit., n.º 179, p. 326.

¹²⁴⁴ *Versus* BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, cit., n.º 180, p. 327, subsidiaria, por cuanto el deudor principal lo seguirá siendo el contratante cedido. De ahí que no se pueda hablar de

c. co.) de la cesión de contrato documentado con cláusula “a la orden”, en donde, a pesar de no tratarse de solo crédito, y menos de un título-valor, con el mero endoso del “documento” se produce la sustitución. Salvedad que mejor se entendería en el supuesto de la cesión (¿aceptación?) por conducta concluyente (“aquiescencia tácita”) en los contratos de suministro (art. 889 c. co.).

Una vez notificada la cesión a la contraparte contractual o aceptada por ella y, por lo mismo, siendo ya eficaz la cesión frente a ella, su carga de lealtad elemental es abstenerse de toda ejecución prestacional con el cedente y entenderse de ahí en adelante con el cesionario (art. 892 c. co.), y es natural que el pago a aquel no sea válido (art. 1634 [1] c. c.) y se pueda repetir contra el otro contratante (art. 2313 c. c.), quien, por lo demás, si acepta ese pago de lo no debido incurre en el delito de estafa (art. 892 [2] c. co.).

435. transmisión de garantías

Como es natural en materia de transferencia de créditos, en lo que respecta a aquellos que envuelve la relación contractual, la cesión lleva consigo la transmisión de las garantías y privilegios accesorios, y también la de las acciones y de “los beneficios legales [?] inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato” (art. 894 c. co.).

436. reservas del contratante cedido

“Si el contratante ‘cedido’ hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión, o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor” (art. 893 c. co.). Acá, al margen de la regulación de la carga de lealtad que pesa sobre la contraparte contractual, se observa, como ya se advirtió, una autorización legal para “consentir previamente” en la cesión, caso en el cual lo único que le incumbe al cedente para la eficacia plena de aquella frente a la contraparte contractual es la notificación, como está previsto para la sola cesión de créditos. Lo cual suscita inquietudes y preocupaciones pensando en el desequilibrio de las partes y en el riesgo de abuso de la posición dominante en la celebración y ejecución de los contratos¹²⁴⁵.

437. excepciones del contratante cedido

El “contratante cedido” podrá oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato, o sea aquellas que podrían denominarse de suyo “reales” y “aquellas que se funden en otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión” (art. 896 c. co.), a las que habrían de agregarse, lógicamente, las excepciones personales suyas por relación propia con el cesionario, posterior o anterior a la cesión. Con la anotación de que en los eventos de aceptación anticipada de la cesión no se da tal oportunidad para aquella reserva, ausencia

¹²⁴⁵ 36H□SUHVXPH□TXH□KD□DEXVR□GH□OD□SRVLFLyQ□GRPLQDQWH□GH□OD□HPSUHVDesGHusvmsUJFLRV□S~EOLFRV□>□
Las que obligan por anticipado al suscriptor o al usuario a aceptar la cesión que haga la empresa del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato... '□□DUBV.2 Ley 142 de 1994.

que no podría tomarse en contra del cedido, quien podría aducir las excepciones en el momento procesal oportuno: término de contestación de la demanda o de traslado del mandamiento de pago.

438. comentarios

Siendo de celebrar la iniciativa de regulación legal específica de la figura de la cesión de contrato, es de anotar que el resultado no fue afortunado, pues las normas cuyo texto se transcribió en la explicación antecedente no tienen la perspicuidad ni el rigor idiomático deseables de por sí en todo precepto, y tanto más en una normatividad nueva.

Más todavía, sin que se advierta motivo valedero, esas normas desarticulan un sistema natural de miramientos, consideraciones y lealtades entre los distintos interesados, que los ordenamientos decantaron en la regulación de las figuras de la cesión de créditos y asunción de deuda, de las que ciertamente se nutre la cesión de contrato.

A título de información y resaltando la ampliación de la esfera de aplicación de la figura y la simplificación de su manejo, es oportuno anotar que el art. 68 del citado Estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993) prevé la cesión “de la totalidad de los activos y pasivos, así como de los contratos que les hayan dado origen por parte de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria”, con la sola indicación de que “los contratantes en los negocios jurídicos celebrados *intuitu personae*, así como los titulares de acreencias que sean parte de contratos comprendidos en la cesión, deberán expresar su aceptación o rechazo a más tardar dentro de los 10 días siguientes al envío por correo certificado de aviso de cesión, a la dirección que figure como su domicilio en los registros de la entidad. De no recibirse respuesta dentro del término fijado se entenderá aceptada la cesión. La cesión en ningún caso producirá efectos de novación”. En tanto que el art. 69 dispone que “las sociedades de capitalización podrán transferir sus negocios mediante la cesión de su cartera”, que darán a conocer por avisos en el “periódico oficial y otro que indique la Superintendencia”, de modo que el suscriptor que no esté conforme con la cesión pueda, dentro de los treinta días siguientes al último aviso, “rescindir su contrato con derecho a la devolución de las cuotas pagadas”.

capítulo quinto

Modificaciones del objeto y del contenido

439. modificaciones del objeto

La prestación singular puede tornarse plural y, a la inversa, siendo múltiple, unificarse, tanto por decisión de las partes, que bien puede significar o no una novación objetiva (arts. 1690 [2.º] y 1705 c. c.) o una dación en pago (arts. 643 y 882 c. co.), como por circunstancias prevenidas en el propio título o en normas supletorias o dispositivas, o puramente fortuitas.

De ese modo se tienen, p. ej., el acrecentamiento de la cosa debida con la cría o sus frutos o productos o la accesiones ocurridas mientras la entrega (arts. 1177 y ss., 1395, 1885 y 1886, 1968 [3], 2032 y 2042 c. c.), como también las mermas correspondientes (arts. 1876, 1965, 1967, 1971 y 1988 c. c.).

Tales eventualidades se pueden clasificar así: a. Cuando se trata de un cuerpo cierto que experimenta aumentos, acrecimientos, accesiones, o que fructifica o rinde productos en el

entretanto, o de un capital que devenga intereses, esas ventajas corresponden al acreedor, quien como contrapartida asume allá el riesgo del cuerpo cierto o de la prestación específica (art. 1648 c. c.); b. Deudor y acreedor pueden modificar de consuno los términos de su relación e introducir variaciones objetivas más o menos profundas, que pueden llegar hasta la novación; c. La prestación genérica inicial no pecuniaria puede trocarse en de dinero (subrogado) por incumplimiento del deudor o por dificultades graves o imposibilidad no imputables a él (art. 1165 c. co.) o por destrucción inculpable (art. 1737 c. c.); d. Las obligaciones alternativas se concretan en la prestación seleccionada por la parte a quien corresponda hacer el escogimiento o por obra del azar, y en las facultativas el deudor puede satisfacer al acreedor con el objeto sustituto o con cualquiera de los varios así señalados en el título.

Un caso singular de subrogación real por conversión de la prestación de entregar (restituir) cosa singular en de pagar una suma de dinero es el previsto en el art. 955 c. c., en materia de reivindicación: “La acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución...”.

440. conversión del objeto

El cumplimiento consiste en la conformidad de la conducta del deudor con lo señalado al respecto en el título (art. 1627 [1] c. c.), que se integra con el tenor del mismo, más las disposiciones de ley, de costumbre y de equidad, no sólo en lo que respecta a las obligaciones contractuales o más ampliamente, negociales (arts. 1603 c. c. y 871 c. co.), sino relativamente a todas (arts. 1604 y ss. c. c.). Esa conducta es la prestación, que no puede ser variada unilateralmente por ninguna de las partes (arts. 1626 y 1627 c. c.). Apartado el deudor de ella, ocurrido su incumplimiento (que en las prestaciones positivas tiene su primera manifestación en la mora: art. 1615 c. c.), como se ha expresado repetidamente, en principio el acreedor puede exigir, bien la prestación inicial (débito primario), así sea tardía, de ser aún posible su ejecución y conservar él interés en ella, o bien su equivalente pecuniario (débito secundario), pretensiones alternativas, que puede ejercer a discreción suya en ese orden y modificar en el curso del proceso ejecutivo (arts. 495 y 504 c. de p. c.). Situación en la que también puede verse colocado el acreedor de obligación que no sea pecuniaria, tanto en el evento de crisis de la empresa (concordato, liquidación), que verá convertido su crédito específico en de una suma de dinero (“perjuicios compensatorios” [!]; *rectius*, la *aestimatio*), para su reconocimiento, en aras del respeto a la *pars conditio creditoris* y la agilización del proceso concursal (art. 159 Ley 222 de 1995) como cuando se va a hacer efectiva una garantía, real o personal (supra n.º 21). Se tienen entonces dos eventualidades de una misma clase de modificación del objeto inicial de la obligación, por razones diferentes, que, caso de darse, no implican extinción de la relación jurídica en curso. También puede suceder que, como lo previene el art. 1612 c. c., en las prestaciones negativas, cuando la contravención por la ejecución del hecho prohibido deja rastros susceptibles de destrucción, pero cuya remoción no sea social y económicamente aceptable, se oiga al obligado que sugiere “otros medios para obtener cumplidamente el objeto”, caso en el cual ocurre una alteración o, mejor, una sustitución del objeto, sin que por ello tampoco se extinga la relación.

A lo cual cabe agregar, dentro del tema que ocupa la atención, lo concerniente al régimen legal de las obligaciones de dar-entregar un cuerpo cierto, acerca del incremento del objeto

debido con la agregación a él de algún elemento nuevo, por causa ora natural, ora jurídica: los acrecimientos, accesiones, aumentos, frutos, intereses¹²⁴⁶; como también lo relativo a su disminución, por una u otra causa: los deterioros, mermas, avulsiones de la cosa debida (cfr. art. 1746 [2] c. c.).

Por último, ha de hacerse presente que si las partes cambian el objeto, el efecto de dicha alteración, que implica extinción de la relación jurídica en vigor, puede ser el de sustitución de una obligación por otra: novación por cambio de objeto (art. 1690 [2.º] c. c.) o, sin más, el de la satisfacción del acreedor por parte del deudor con una prestación diferente (prestación en lugar de cumplimiento), o más usualmente, una dación en pago, que también implica la extinción de la relación jurídica.

441. modificaciones del contenido

Siendo el contenido la trama misma de la relación, su cambio, cual acontece con el cambio de los demás elementos (sujetos, objeto), puede significar una novación, como cuando entre las mismas partes se mantiene aquella prestación, pero se la considera debida por un concepto distinto. Piénsese en la obligación de pagar el saldo del precio de un contrato de prestaciones correlativas, cuya existencia y monto conservan las partes, pero no ya a ese título, sino a título de mutuo. La obligación original se extingue, y con ella sus accesorios, entre ellos, la acción resolutoria (arts. 1546 c. c. y 870 c. co.). También puede darse la transformación del contenido sin que se considere extinguida la relación jurídica, como cuando al vínculo inicial se le agrega o suprime un término o una condición, o se varía el lugar del cumplimiento, o se le imprime un rumbo diferente con la agregación o la supresión de un pacto accesorio, casos todos ellos que la ley prevé singularmente, con la prevención de que entonces no hay novación (arts. 1705 a 1709 c. c.).

Quando se presta y, en general, cuando se debe un capital que devenga intereses, el objeto se va incrementando con la obligación de cubrir los réditos (cfr. art. 1649 [2] c. c.).

sección segunda
extinción de la relación obligatoria.
modos de extinción

introducción

442. la obligación como un proceso*

La relación obligacional muestra a un sujeto que simplemente tiene derecho a la prestación que en su favor ha de realizar el otro término. Su naturaleza y estructura propias denotan su carácter transitorio, de modo que el titular del derecho no se satisface sino en cuanto el obligado realiza la actividad o la misión debidas, esto es, cuando la relación se extingue naturalmente.

El acreedor no se beneficia con el derecho mismo, que no lo coloca en posibilidad directa de obtener su propósito por sí solo, sino apenas mediatamente, cuando y en cuanto el deudor o un subrogado suyo ejecuta la prestación, es decir, cuando su derecho se extingue en fuerza de la ejecución de aquella. A diferencia de otras relaciones jurídicas que permiten a su titular activo la realización directa y concreta de sus afanes por el contacto inmediato con los bienes, la crediticia es un medio o puente que tiende a una finalidad, cuyo logro implica su extinción. Cumplida su función, la obligación desaparece

* C. DO COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, Sao Paulo, 1976.

romana, que a partir del D. 46, 3, 107, distingue aquellos modos que operan naturalmente, es decir, que implican la satisfacción del acreedor o que obran sobre la función de la relación jurídica, de los que operan civilmente, o sea cuya operatividad se desentiende del interés del acreedor y que disuelven el vínculo¹²⁵⁰.

En términos de presente, valga anotar que hay modos que envuelven la satisfacción del acreedor, así sea indirecta o por medio de subrogados, cuyo ejemplo sobresaliente es la compensación (cfr. § 268 [2] BGB), pero con la posibilidad de incluir en dicha categoría la remisión, que, por lo menos cuando es puramente gratuita, atiende a un interés calificable de altruista o generoso del acreedor, y que cuando es interesada provee de todos modos a su beneficio; y en cierta medida, por análogo concepto, la transacción, mediante la cual se alcanza la paz con sacrificio de pretensiones. Uno hay que implica extinción, a la vez que mantenimiento de relación crediticia entre las partes, o sea una sustitución: la novación; sin embargo, para algunos, “la novación es una especie de pago en que una obligación es reemplazada por otra”, y entraría en la categoría precedente. Uno refleja imposibilidad conceptual de relación jurídica por la unidad de sujeto: la confusión, si bien otrora llegó a decirse, por interpretación ligera de texto romano, que extinguía la obligación “lo mismo que el pago”. Otro indica la imposibilidad definitiva de ejecutar la prestación sin que sea factible jurídicamente perpetuarla transformándola: la imposibilidad sobrevenida; otros consisten en la cancelación de la fuente de la obligación: negocio de disolución o de destrata, nulidad del acto unilateral, del contrato o del acto colectivo; nulidad de la sentencia; advenimiento de la condición resolutoria o frustración de la suspensiva, terminación del contrato por declaración judicial fundada en una excesiva onerosidad sobrevenida, o terminación del contrato de asociación por imposibilidad de avanzar en la realización de su cometido. En fin, el paso del tiempo sumado a la dejadez del acreedor y al desentendimiento del deudor, pone fin a la relación obligatoria: prescripción. Con la anotación de que las figuras enumeradas en el art. 1625 c. c. tienen en común su función extintiva, y por ello precisamente hacen parte de la lista, no obstante tener algunas una estructura diferente y otros cometidos, lo que hace que en varios ordenamientos estén disciplinadas separadamente, en especial la transacción, la condición, la nulidad y, por supuesto, la prescripción.

Y una advertencia importante: no han de callarse el desarrollo y la redondez conceptuales que alcanzó la disciplina de las obligaciones en el derecho romano, al punto de que son muchos los conceptos, las máximas y reglas consolidadas entonces que se transmitieron al derecho común, de donde se vertieron a los códigos, que en buena medida las conservan en razón de su acierto lógico y en equidad, lo que da lugar a que frente a algunas innovaciones se eche de menos la bondad de las soluciones romanas. Esa preservación es de la mayor amplitud en materia de modos de extinción, en fuerza de la cual es útil, a la vez que grato, poner de presente el ancestro e ir a las fuentes¹²⁵¹.

¹²⁵⁰ 3/D REOLJDFLyQ YHUEDO VH GLVXHOYH R QDWXUDO R FLYLOPHQWH QDWXUDOPHQWH FRPR SRU HO SD. la estipulación dejó de existir sin culpa del promitente; civilmente, como por la aceptación, o cuando el derecho del HVWLSXODQWH GH SURPLWHQWH VH UH~HQHQHQXQD asl vsm SHUVRQ:.

¹²⁵¹ En materia de bibliografía romanista a propósito, cfr. E. ALBERTARIO. *Corso di diritto romano, Parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1940; V. ARANGIO-RUIZ e A. GUARINO. *Breviarium iuris romani*, Milano, 1943; V. ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di diritto romano*, 14.ª ed., reimpr. anast., Napoli, 1978; B. BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*, 3.ª ed., Milano, 1955; P. BONFANTE. *Istituzioni di diritto romano*, 5.ª ed., Milano, 1912; ID. *Instituciones de derecho romano*, trad. esp. de la 8.ª ed., L. BACCI y A. LARROSA, Madrid, 1929; A. BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, 4.ª ed., 1993, reimpr., 1998; S. DI MARZO. *Istituzioni di diritto romano*, reimpr. 4.ª ed., Milano, 1945; C. FERRINI. *Diritto romano*, 2.ª ed., Milano, 1898; J. GAUDEMET. *Droit privé romain*, Paris, 1998; F. GIRARD. *Manuel élémentaire de droit romain*, 5.ª ed., Paris, 1911;

la satisfacción del acreedor

capítulo primero
Cumplimiento

444. deberes de comportamiento del deudor y de colaboración del acreedor *

Concurrentemente con la obligación misma y en función de ella, sobre el deudor pesan deberes generales y, algunos más precisos, de comportamiento, estatuidos para encauzar su conducta desde un principio hacia la satisfacción del acreedor, y que integran el contenido de la obligación, de modo de precisar los términos de la prestación principal y refinar los

A. GUARINO. *Diritto privato romano*, 6.^a ed., Napoli, 1981; A. GUZMÁN BRITO. *Derecho privado romano*, II, Santiago de Chile, 1996; G. LEPOINTE et R. MONIER. *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, Paris, 1954; G. PACCHIONI. *Manuale di diritto romano*, 3.^a ed., Torino, 1935; M. TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990; P. VOCI. *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Milano, 1954; E. VOLTERRA. *Istituzioni di diritto privato romano*, reimpr. Roma, 1993; R. ZIMMERMANN. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, South Africa, 1990, Oxford, 1996.

- * Cfr. AA. VV. Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. 43, *La bonne foi*, Paris, 1994; C. M. BIANCA. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1983, I; G. STELLA. *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995; A. CABANILLAS SÁNCHEZ. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988; C. ROBIN. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n.º 3, 1998; G. ROMANO. *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995; AA. VV. *Good Faith and Fault in Contract Law*, J. BEATSON and D. FRIEDMANN (eds.), Oxford, 1995; AA. VV. *Good Faith in European Contract Law*, R. ZIMMERMANN and S. WHITTAKER (eds.), Cambridge, 2000; G. FLÉCHEUX. *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, en *Le contrat au début du XXI^e Siècle, Études offerts à J. Ghestin*, Paris, 2001. Cfr. cas. de 29 de febrero de 1936, XLIII, 342 y s.

deberes ético-jurídicos de ambas partes¹: los llamados deberes complementarios o contiguos (*Nebenpflichten*) en la doctrina alemana, entre ellos los de protección (*Schutzpflichten*)² a los deberes principales (*Hauptpflichten*)³; hasta cierto punto conectados con la tendencia a extender la responsabilidad contractual o “contractualizar” algunas ocurrencias de responsabilidad aquiliana⁴; como también los hay a cargo del sujeto activo, en orden a facilitar y, en algunos casos, incluso a hacer posible el cumplimiento del deudor. Todo ello dentro del marco de los principios de la buena fe, lealtad y corrección recíprocas con que han de proceder las partes⁵, en mutuo obsequio, en toda relación crediticia, pero que los códigos tradicionales consagran a propósito de la ejecución del contrato o, mejor, de las obligaciones emanadas del contrato⁶.

El deudor debe satisfacer el interés del acreedor, y es evidente la correspondencia entre la utilidad propia de la relación crediticia y el comportamiento debido por el deudor; de ahí la exigencia de que este se desempeñe adecuadamente, que corre en la normatividad general y con más precisión delante de cada clase de prestación y, en últimas, en la disciplina de cada figura contractual. Todo ello en respuesta a la pregunta de *cómo* ha de cumplir o pagar el deudor. Trátase aquí de los deberes complementarios, integradores o contiguos de la prestación (*Nebenleistungspflichten*)⁷, que cumplen una “función reguladora” y, en últimas, se remiten al mandamiento fundamental de obrar de *buena fe* (*Treu und Glauben*)⁸, esto es,

¹ “3DUD□ GDUVH□ FXHQWD□ PIV□ FODUDPHQWH□ GHO□ VLJQLILFDGR□ GH□ ~~MODULO DE HONORARIOS~~ QOLÉ ALXJ□ QR□ HV□ LQ~WLO 1175 [871 c. co.] una función prevalentemente integradora, la doctrina, de algún tiempo a esta parte, ha ido identificando un conjunto de posiciones vinculantes, que deberían colocarse junto a las posiciones principales (de derecho y obligación) que las partes asumen en la relación. Tales posiciones vendrían a enriquecer la sustancia de ella, al atribuirle una fisonomía compleja, distinta de la tradicional simple, y que corresponde mejor a las exigencias de lo tiempos modHUQRVNATOLI. A□ DWWXD□ JLRQH□ GHO□ UDSSRUWR□ ~~REFOLTO DE RUMBA~~ seguidamente encomia la sobriedad de la doctrina italiana, que contrasta con las construcciones barrocas alemanas, que configuran a la obligación como el resultado de una serie de círculos concéntricos, que poco a poco se van ampliando y esfumándose en torno del núcleo constituido por el deber principal de prestación: *Hauptleistungspflicht: Nebenpflichten, Verhaltenspflichten, Unterlassungspflichten, Nebenleistungspflichten, Sicherungspflichten, Schadenverhütungspflichten, Rücksichtspflichten, Mitwirkungspflichten, Treupflichten*.

² NATOLI. A□ DWWXD□ JLRQH□ GHO□ UDSSRUWR□ ~~REFOLTO DE RUMBA~~ GNAMIGLIO. *Responsabilità civile*, cit., n.º 4, p. 385.

³ Cfr. SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, cit., Rn. 116, p. 66 y s.

⁴ Cfr. DI MAJO. *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 21 y s.; P. JOURDAIN. *Principes de la responsabilité civile*, Paris, 1992.

BELLISSENT□ & RQWULEXWLRQ□ j□ O□ DQDOVH□ GH□ OD□ GLVWLQFWLRQ□ ~~de la relación contractual~~ EDWLRQ□ p□ CH□ PRVHQV□ HW□ GH VV□ □ KDEOD□ D□ HVVH□ SURSyVLWR□ GH□ OD□ KLSHUWURILD□ GH□ OD□ REOLJDfLYQ□ FRQWUDFWXDO□

⁵ “(V□ SUHFLVR□ UHFUGDU□ OD□ WHQGHOFLD□ GH□ EXHQD□ SDUWH□ GH□ OD□ GRFWULQD□ PRGHUQD□ D□ SURHFWDU□ XQ□ el conteniGR□ GH□ OD□ UHODfLYQ□ KD□ GH□ HQULTXHFHUVH□ FRQ□ XQ□ FRQMXQWR□ GH□ ~~μ~~ GHEHUHV□ LQWHJUDGRUHV□ □ realidad, más al deudor que al acreedor), que deberían asegurarles una especie de garantía recíproca acerca de la actuación correcta de la relación y la exclusión de cualquier comportamiento que pudiera repercutir en daño sobre la esfera jurídica de OD□ FRQWUDFWXDO□ ~~DEUTSCHER~~ GERI et al. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 23 □ V□ □ 6□ SDUWH□ GHO□ VXSXHVWR□ GH□ TXH□ OD□ SDUWH como objetivo la E~VTXHG□ PHGLDQWH□ HO□ FRQWUDWR□ GH□ OD□ VDWEHQHUY□ ~~Realización~~ LQWHJUDGRUHV□ FRP~Q□ □ *notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, cit., p. 340.

⁶ Así, el art. 1134 [3] *code civil fr.* □ □ “(OODV□ > OD□ FRQYHQFLRQH□ ~~de la relación contractual~~ VIGHEVQGNHEXHQ□ IH□ □ DO□ TXH□ FRUHVSRQGHQ□ 1603 F□ □ □ □ □ RV□ FRQWUDWRV□ GHEHQ□ HMFHXWD□ ~~de la ejecución del contrato~~ VIGHEVQGNHEXHQ□ ~~de la ejecución del contrato~~ GHEHU□ FHOHEUDUVH□ □ HM GH□ EXHQD□ IH□ □ □ 1375 ~~de la buena fe~~ *Ejecución de buena fe*. El contrato debe ser ejecutado de conformidad con la EXHQD□ IH□ □ □ (Q□ FDPELR□ GHEHU□ HYDHO□ □ (O□ GHXGRU□ HVWi□ REOLJDGR□ D□ HMFHXWDU□ OD□ SUHVWDFLYQ□ □ FRPR□ [Treu und Glauben@□ □ HQ□ DWHQfLYQ□ D□ ORV□ XVRV□ ~~de la buena fe~~ *buena fe* en el cumplimiento. \$O□ FXPSOLU□ OD□ REOLJDfLYQ□ HO□ GHXGRU□ GHEH□ HPSOHDU□ OD□ GLOLJHQFLD□ GHO□ EXHQ□ SDGUH□ GH□ IDPLOLD órbita, va más allá: art. 1175 □ *Comportamiento según la corrección*. El deudor y el acreedor deben comportarse conforme a OD□ UHODV□ GH□ OD□ FRUHFfLYQ□ □ □ & DGD□ SDUWH□ HVWi□ REOLJDGD□ D□ REUDU□ GH□ FRQWUDWRV□ ~~de la ejecución del contrato~~ REOLJDGD□ FRQ□ OD□ E Principios del derecho contractual europeo, O. LANDO, H. BEALE y CH. VON BAR, en *Il codice civile europeo*, materiali raccolti da G. ALPA e E. N. BUCCICO, Milano, 2001.

⁷ “3 Sonstige Nebenpflichten” □ ESSER und SCHMIDT. *Schuldrecht*, I, 1, cit., § 6, IV, p. 109 □ V□ □ 3□ ~~de la buena fe~~ *Cláusulas implícitas*. A más de las cláusulas expresas, un contrato puede contener también cláusulas implícitas derivadas: a) De la intención de las SDUWHV□ □ E□ □ H□ OD□ QDWXUDOH□ D□ □ GHO□ ILQ□ GHO□ FRQWUDWRV□ ~~de la ejecución del contrato~~ EXHQD□ □ OD□ FRUHFfLYQ□ europeo, cit.

⁸ Cfr. ESSER und SCHMIDT. *Schuldrecht*, I, 1, cit., § 6, II-IV. Cfr. cas. de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 233 y s.

con corrección y lealtad, de acuerdo con las reglas del medio y las circunstancias (arts. 1603 c. c. y 870 c. co.)⁹.

De ello son ejemplo el deber de “*emplear el debido cuidado en la custodia de la cosa debida*” (art. 1606 c. c.), el de “no mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos que puedan turbar o embarazar el goce de ella” por parte del arrendatario (art. 1986 c. c.), el de “emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia” (art. 1997 c. c.), el de hacer “las reparaciones locativas” (arts. 1998 y 2028 c. c.), el de “gozar del fundo como buen padre de familia” (art. 2037 c. c.), el de “avisar al arrendador la usurpación de alguna parte del terreno arrendado” (art. 2040 c. c.).

Dicho principio ha sido tradicionalmente enarbolado en lo que respecta a la “ejecución de los contratos” (arts. 1134 [3] *code civil fr.*, 1602 c. c. y 871 c. co.), y en verdad se le siente más concreto y apremiante en la ejecución de las obligaciones surgidas de negocio jurídico y, más precisamente, de contrato; sin embargo, su ámbito no se reduce a ellas, sino que, por el contrario, es aplicable a toda relación crediticia, y las codificaciones modernas lo predicen en general. Así el § 242 BGB¹⁰, el art. 1175 *codice civile* y el art. 2.1 lib. 6.º c. c. de los Países Bajos con proyección sobre ambas partes de la relación crediticia.

Mas, al lado de esas expresiones, que pudieran considerarse tradicionales, los usos y las necesidades del comercio y la economía actuales muestran un desarrollo enorme en materia contractual de aquello que constituye una zona limítrofe o confluyente de la integración del contenido obligacional (ante todo negocial) con la interpretación: deberes implícitos, modalidades de ejecución¹¹, especialmente en lo que concierne a los contratos de larga duración, en los cuales la plenitud de la previsión es menos factible y las circunstancias son susceptibles de mayores vicisitudes, que exigen, en su orden, colmar las lagunas y hacer los ajustes y acomodaciones indispensables¹².

445. protección del deudor

Integra la disciplina de las obligaciones ha solido enfocar, podría decirse que exclusivamente, el desempeño del deudor, que debe orientar desde un comienzo sus pasos de modo de poder ejecutar la prestación exactamente y, por lo mismo, reducir al mínimo los riesgos de incumplimiento, especialmente cuando la prestación se ha de proyectar en el tiempo y, más, cuando demanda preparativos, alistamiento, acopio de insumos, etc., un programa¹³. Con todo, recientemente se ha vuelto la mirada con mayor atención a la actitud

⁹ Cfr. B. JALUZOT. *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, 2001. H. consideran actos ilícitos no solamente aquellos que son definidos como tales por leyes expresas, sino todos aquellos que hieren la equidad, la honestidad o las buenas costumbres, aunque no se encuentre ley escrita que los señale, porque todo lo que es contrario a la equidad, a la honestidad o a las buenas costumbres es contrario a los principios de las leyes divinas y KXPDDQVDMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. II, tit. VII, sect. II, *Préambule*, citado por VISINTINI. *Tratatto breve della responsabilità civile*, cit., p. 7.

¹⁰ D. SUHVHQFLD. *El comienzo de las reglas del derecho de obligaciones*, muestra claramente que dicho SULQFLSLR. YDOH. SDUD. *WRSIDOREORIMISQildrecht*, cit., Rn. 88, p. 50. Cfr. MEDICUS. *Schuldrecht*, I [*Tratado de las relaciones obligacionales*], § 16, II, 1, p. 76.

¹¹ Así, por ejemplo, el art. 4.8 de los *Principios UNIDROIT GLVSRQHI*. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) La intención de las partes; b) La naturaleza y finalidad GHQ. FRQWUDWR. F. D. EXHQD. IH. OD. OHDOWDGD. QHJRFLD. G. (O. VHQLGR. FRP-Q. Cfr. I. CHERPILLOD. *La fin des contrats de durée*, Paris, 1988.

¹³ (O. VLVWHPD. MXU. GLFR. OH. LPSRQH. DO. GHXGRU. HVPHUDUVH. OR. PIV. SRVL. OH. SDUD. VWUDHUVH. DO. U. prodigar el máximo esfuerzo para cumplir: un esfuerzo que, cuando el deudor es un empresario, es sobre todo organizativo, consistente en predisponer los medios necesarios para evitar el incumplimiento. El cumplimiento no es solamente un hecho

Todo, sin que se pueda llegar a afirmar un “derecho” del deudor a cumplir y, más ciertamente, a liberarse, susceptible de violación como tal por parte del acreedor que obstaculiza su desempeño en tal sentido. El si tiene interés en cumplir y, consecuentemente, en liberarse: está su reputación de por medio y, más inmediatamente, están los riesgos de la cosa debida y la responsabilidad aneja al incumplimiento (mora). El acreedor tiene derecho a la prestación exacta, y en cuanto su pretensión, extrajudicial o judicial, sobrepase dicho límite, su posición no sería legítima, caso en el cual el interés del deudor cobra relevancia, de modo de autorizársele reaccionar con la oferta real o formal o, inclusive, con una oferta no formal (*irritual*), con todas las consecuencias adversas para aquel¹⁸. El deudor continúa debiendo, pero el ordenamiento responde a las circunstancias que se han presentado, de modo de no agravar injustamente su situación y darle salidas cónsonas¹⁹.

título para el solo acreedor: cuanto mayor sea el porcentaje de obligaciones cumplidas, tanto mayor será el beneficio para todo el sistema económico, ya que cumplir las obligaciones significa incrementar la circulación de la riqueza, aumentar la producción y el empleo.

14 3(O)GHXGRUWLHQHXXQYHUGDGHURSURSLRPGHYHEKREDVCHOHEHUVDL'ist obbligaciones, cit., II, n.º 487, p. 92. Cfr. versus R. MICCIO. I diritti di credito, vol. 1, Torino, 1971TXLHQVRVWHLQHXTXHHO GHXGRUQRWLH derecho subjetivo a ejecutar la prestación, lo que, empero, no excluye que tenga un derecho a liberarse del deber de realizar la obligación si el deudor cumple con ella.

15 3(DDFWXDFLYQGHODUHODFLYQPRESENTEPRINCIPAL Y, en cierto sentido, natural, mediante el cual es posible alcanzar la satisfacción del (derecho del) acreedor y la liberación del deudor, se realiza con la adopción, por obra de ambas partes, del comportamiento correspondiente al contenido de las posiciones respectivas. Ejercicio del derecho y cumplimiento de la obligación +no obstante las evidentes diferencias cualitativas+ están, en este sentido, en el mismo nivel y constituyen dos momentos igualmente indispensables; de modo que la falta de cualquiera de ellos excluye la posibilidad de la liberación del deudor.

16 3&DGDSDUWHHVWiREOLDJGDVHI~QOD EXHQDIHDDPRGLILFDUVX SURSLRFRPSRUWDPLHQWRSSUHY necesario para salvaguardar la utilidad de la contraparte, salvo, siempre, el límite GHO VDFULILFLR D BUONA FIDE nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, cit., p. 212.

17 36HUdHTXLRFDGRSHQVDUTXHµGHXGRUHV¶¶µDFUHHGRUHV¶¶LQGLFDQGRVFODVHVVRFLDOHVODSSUHY estado de debilidad económica y la segunda por sujetos económicamente fuertes. Algunas veces es así, pero otras sucede a la inversa.

18 3(LQWHUpVHQODOLEHUDFLYQHVVHYLGHWQHSHURDGTXLHUHUHOHYDQFLDYORISFXDQGRSRUKH procastinada abusivamente. Y no en el sentido de autorizar al deudor a cumplir o no cumplir, sino legitimándolo para buscar la liberación del deudor.

19 3XPDQGRODIDOWDGhesFRANCOELIQUIDA a negligencia del acreedor, este viene a sufrir las consecuencias de su propio comportamiento libre. Pero el principio se justifica también en las hipótesis en las que la falta de cooperación se debe

TXH□VX□FRQFHSWR□SHUVRQDOGAHANNUDHFFlyQ□cit., p. 328.
 26 Valga cotejar cas. de 29 febrero de 1936, XLIII, 342, y cas. de 13 de junio de 1990, sin publicar, de una parte, con cas. de 1.º de diciembre de 1938, XLVII, 465 y, recientemente, cas. de 2 de agosto de 2001, exp. 6146, sin publicar.
 27 (O□SULOFLSLR□GH□OD□EXHQD□IH□SUHVXSRQH□TXH□VH□DFW-H□FRQ□KRQUDGH)□SURE responsabilidad y sin dobleces. Identificase enconces, en sentido muy lato, la *bona fides* con la confianza, la legítima FUHHQFLD□OD□KRQHVWLGDG□OD□OHDOWDG□OD□FRUHHFFlyQ□□HVSHFLDOPHQWH□□H□
 [...] La buena fe [...] se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada buena fe subjetiva (creencia o confianza), al igual que en la objetiva (probidad, corrección o lealtad) [...] Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de *unicum*, respecto de una sola de ellas [...] Para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe en forma apreciable y hasta VRUSUHVLYD□□JHQHUIQGRVH□DV□VX□LQHTX□YRFR□dēpōst□PHEQWR□exp. 6146, sin publicar.
 28 (V□XQGDPHQWDO□GLVWLQJXLU□HQWUH□REOLJDFlyQ□HQ□VHQWREGMSURELOWR□□JWpēQ□dēpōst□
 español, Berlin, 1996, *Obigenheit* VH□WUDGXFWIRGIRN□□LQFXPEHQFLD□dejanq□de 1214 BGB, del acreedor SUHOGDULR□DOWLFU□WLFER□TXH□HVW□REOLJGR□OD□FXLGDU□GH□OD□SURGXFFlyO□GH□ORV

448. tutela del deudor diligente

A ello se suman las hipótesis de deberes del acreedor que surgen independientemente de toda idea de mora, pero que sí corresponden, incluso, más que a cargas de lealtad, a cargas de providencia, como es el ejemplo de la extinción de la garantía del *bonus nomen* por parte del cedente al cesionario, al faltar este a la diligencia debida en la iniciación y prosecución del proceso contra el deudor, cuando por tal motivo no se hace efectivo en todo o en parte el crédito cedido, y más visiblemente en la falta de noticia del siniestro, de los seguros coexistentes y de la suma asegurada por parte del asegurado, que conforme al 1076 c. co. le acarrea “la pérdida del derecho a la prestación asegurada”, cuando su “inobservancia es maliciosa”, y en la mala fe del acreedor de la indemnización en su reclamación o comprobación del derecho al pago del siniestro (art. 1078 [2] c. co.).

Y una nota complementaria, que puede llegar a calificar íntegra la relación y a hacer más sencillo su desenvolvimiento: en muchos casos el tiempo es un elemento esencial de la prestación, por lo que, entonces, si el acreedor no concurre pierde su derecho y el deudor que estuvo dispuesto a satisfacerlo se libera³¹: en otras palabras, la obligación se extingue

³¹ Pasada la oportunidad, la obligación se extingue, por imposibilidad de su ejecución en cualquier otro momento. La doctrina alemana habla, a propósito, de *absolute Fixgeschäft*, para diferenciarlo de aquellos negocios (*gewöhnlichen* o *relative Fixgeschäfte*) en los cuales el término o la oportunidad, no obstante su esencialidad, se pueden posponer (K. LARENZ.

por un modo que, ciertamente, no está prevenido en el elenco tradicional que recoge el art. 1625 c. c.: la no concurrencia del acreedor en la oportunidad única de ejecución de la prestación, sin la cual esta no podía realizarse³². Allí, no hay lugar a la mora transitoria del acreedor, y la extinción de la obligación puede darse sin satisfacción de este, en cuanto la prestación no sea ejecutable luego, en razón de las condiciones fácticas y de los intereses de las partes.

Las numerosas eventualidades y facetas que dicho fenómeno envuelve imponen analizar su naturaleza y particularidades. ¿Cómo se atiende y ha de satisfacerse el interés del acreedor? ¿Es que la prestación consiste en la mera “conducta del deudor, idónea para procurarle al acreedor la utilidad inherente a la relación obligatoria”, y en últimas en su sola disponibilidad tempestiva al cumplimiento (allanamiento), o, por el contrario, implica la incorporación del resultado al haber económico o intelectual o afectivo de aquel, o en la puesta del mismo a su disposición? ¿Se trata una imposibilidad sobrevenida, análoga a aquella que, según sus características y las circunstancias en que se presenta y su modo de ocurrir, puede llegar a determinar la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor (art. 1729 c. c.)? ¿Se trata de imposibilidad de la prestación o de imposibilidad de su cumplimiento? ¿Imposibilidad absoluta, imposibilidad transitoria o definitiva? ¿Imposibilidad por falta del acreedor, sí, pero imputable o no a él? ¿Podrá el deudor pretender resarcimiento de perjuicios? En fin, ¿en los contratos de prestaciones correlativas, el deudor diligente, conserva o pierde su derecho a la contraprestación a cargo de su acreedor ausente?

Múltiples son los ejemplos de situaciones de la índole de las enunciadas: lo primero que hay que hacer es distinguir entre la prestación que puede cumplirse sin cooperación del acreedor y aquella que la exige, que no puede darse sin ella; en segundo término, dentro de las que implican la concurrencia del acreedor, diferenciar las que sólo pueden darse en una determinada oportunidad, única, de aquellas en que la satisfacción del acreedor puede posponerse, siempre y cuando subsista la posibilidad del deudor de satisfacerlo; o aun de aquellas prestaciones en que el acreedor debe concurrir y llenar ciertos requisitos, pero la oportunidad queda a su discreción, como sería el caso de la carta de crédito (art. 1409 c. co.). Con relación a las otras variedades de hipótesis, piénsese, p. ej., en que quien encargó la obra no franqueó el acceso del operario o del artista al inmueble en el que debía ejecutarse: ¿la oportunidad para esa prestación era única o, por el contrario, el tiempo no era un factor o elemento esencial, o simplemente la ejecución es de fecha movable? ¿A qué se debió la ausencia de la colaboración del acreedor? ¿A enfermedad o accidente sufrido por él (¡oportunamente!), olvido, descuido, omisión deliberada, incendio del inmueble? Y volviendo al ejemplo del paquete turístico: si el tomador no se presenta en oportunidad al punto de partida del viaje (gira, *tour*), o no está listo en el lugar donde lo han de recoger, ¿qué consecuencias se seguirán o habrán de seguirse de su “incumplimiento” de la cita, para él y para el empresario? ¿Dará lo mismo y en qué respectos, si faltó por enfermedad o accidente, que si por hecho imputable a él? ¿Qué sucederá con el derecho del alumno que no concurre a la lección o con el del usuario que no asiste a la sesión de gimnasia, y qué

Lehrbuch des Schuldrechts, 1, *Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., München-Berlin, 1964, p. 239 y 276), como también, y quizá con mayor precisión, de *zeitgebundene Leistungen*: SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., p. 179. Cfr. FIKENTSCHER. *Schuldrecht*, 6.ª ed., Berlin-New York, 1976, p. 221.

³² SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., trae el ejemplo del retardo del empresario acreedor del derecho de transmisión y filmación de una competencia deportiva que contrató con ese privilegio.

con la obligación del profesor o del establecimiento? Estas situaciones se aproximan bastante a la de los contratos de prestación de servicios de ejecución sucesiva, comenzando por el de trabajo, en todos los cuales la falla del acreedor puede darse con facilidad y frecuencia.

Al respecto se dice que “los *operae* se consumen *cum transierit tempus*”, para significar que en materia de trabajo el tiempo no es retrotraíble ni transferible: el trabajador estuvo listo a ejecutar su labor, pero el patrono o dador del trabajo, cuya colaboración era esencial, no se la prestó. Hay allí un hecho cumplido, no deshacible: una *opera preterita*. Por eso mismo, no cabe imaginar un requerimiento para colocar al acreedor en mora, aun cuando sí podría imaginársele para prevenir y conjurar la repetición de la falta.

Varias de las inquietudes precedentes habrán de atenderse en su respectiva sede, especialmente la de la integración del contenido contractual, la de la ejecución de las obligaciones contractuales y la de la extinción de las obligaciones contractuales por el advenimiento de circunstancias que impiden el logro de su función propia. Acá lo que importa es insistir en que sobre el acreedor recaen deberes, que no obligaciones³³, para con el deudor, cuya falta, ante todo, lo cohibe para alegar mora o incumplimiento del deudor, pero, además, puede implicarle la pérdida de su derecho, por tratarse de una oportunidad única que él no utilizó o dejó pasar y, en últimas, hipotéticamente, acarrearle responsabilidad y deber indemnizatorio, por haber impedido, obstaculizado o hecho retardar la posibilidad del deudor de ejecutar la prestación y de extinguir así la relación obligatoria por medio de su cumplimiento exacto³⁴.

I. pago

450. el pago*

“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe” (art. 1626 c. c.). Es decir, es la ejecución cabal de la prestación debida³⁵. “Decimos que ‘paga’ el que hizo lo que prometió hacer” (ULPIANO. D. 50, 16, 176)³⁶. Y apenas hay para qué advertir, como lo hace el *code*

³³ En algunos contratos de servicios o de obra, el empresario o dador de trabajo, no simplemente ha de permitir la ejecución de la prestación: dar acceso al lugar, a los instrumentos, equipo, información, todo ello indispensable para que el deudor pueda UHDLJDU VX ODERU KDVWD DOO VX FDUJD VLQR TXH DGLFLRQDOPHQWH D OD UHWULEXFLYQ principal (*Hauptleistungspflicht*), se compromete a proveer o suministrar bienes o servicios, cuya provisión no es un simple deber o carga suyos, sino una verdadera obligación: p. ej., de nuevo, el dueño de la obra se compromete a proveer diseños, estudios o cálculos, o a suministrar los materiales, lo que inclusive cambia la naturaleza del contrato (art. 2053 [3 y 4] c. c.). Allí, la falta del acreedor-deudor significaría incumplimiento de la respectiva obligación y, por ende, del contrato, con todas las consecuencias propias de él.

³⁴ (VD UHVSQRVDELOLGD QR SRGU D VHU FRQWUDFWXDO R PHMRU SRQULQHYPSOLPHQR GH REOLJDFLY GH SDUWH GH DFUHHGR VLQR OD FRP Q R H WUDFRQWUDFWXDO SRU HO GDxR DQWLMXU tGLFR HY falta de cooperación: de suyo, gastos inútiles, tiempo perdido; y en caso de que quepa diferir la ejecución de la prestación: los mayores costos, otras oportunidades fallidas. Todo sin descartar la posibilidad de resarcimiento del interés positivo. Cfr. G. ROMANO. *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995.

* Cfr. G. OPPO. *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, rist. Napoli, 1979; R. NICOLÒ. *DGHPSLPHQWR GHOO REEOLJR DOWUXL* Milano, 1936, reimpr. Camerino, 1978; A. M. BORREL-SOLER. *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales*, Barcelona, 1954; J. BELTRÁN DE HEREDIA. *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956; N. CATALÁ. *La nature juridique du payment*, Paris, 1961; A. DI MAJO. *H PRGDOLWj GHOO REEOLJDLRQ85; M RORJQD* GIORGIANNI. *Pagamento, diritto civile* (1968), ahora en Scritti minori, Napoli, 1988, p. 733 y ss.; L. PASCUAL ESTEVE. *El pago*, Barcelona, 1986; E. ALVAREZ PUGA. *El pago*, Barcelona, s. d. (pero 1962); A. DI MAJO. *DGHPSLPHQWR GHOOH obbligazioni*, Bologna 1993, reimpr. 1998; G. ROMANO. *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995; C. CHESSE. *DGHPSLPHQWR 0L98QR*

³⁵ Cfr. M. FONTAINE. *3DLPHQWH SHUIRUPDQHY 0 ODQJHV HQ O KRQHXU GH 199LW58DQR 3DULV*

³⁶ (O SDJR HHFWWR debiera, en verdad, incluirse y estudiarse ente los modos de extinguirse las obligaciones, sino GHQWUR GH OD WHRU D JHQHUDO UHMO LANKS Oe la H O Obligaciones, II, cit., n.º 425, p. 25.

civil français en su art. 1235, que “todo pago presupone una deuda”, por lo mismo que es el *hecho debido*, de modo que a falta de aquella se presentaría el fenómeno de “pago de lo no debido” o “de lo indebido” (art. 2313 c. c.).

451. acepciones de “pago”

Indistintamente, tanto en el lenguaje técnico como en el corriente, se dice pagar, solucionar, cumplir, cancelar, satisfacer una obligación, para significar la ejecución de la prestación por parte del deudor y, más ampliamente, la satisfacción del acreedor. Pago (de *pacare* = satisfacer, pacificar, aplacar) o solución es la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea la clase de la obligación, aun cuando en el habla usual el pago se refiere más a las obligaciones de entregar y, dentro de ellas, más concretamente, a las pecuniarias: pago = cancelar una deuda, usualmente, una obligación de dinero. Que para las otras se emplean más los verbos satisfacer la obligación, ejecutar la prestación. La obligación consiste en un deber de colaboración intersubjetiva determinada, a cargo de determinada persona, a favor de determinada persona y en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar. Y el cumplimiento de ella presupone una conformidad plena de lo acontecido con lo esperable del deudor y exigible por parte del acreedor: la exactitud de la conducta³⁷.

La obligación se extingue porque alcanzó su cometido, realizó su función social. El título, complementado con las pautas de ley, de usos y costumbres y de equidad, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, traza un patrón de conducta al que el deudor debe ceñirse, una especie de cauce del que no puede o, mejor, no debe salirse (art. 1627 [1] c. c.).

De ahí la importancia de precisar los elementos de la relación jurídica, atendiendo cuidadosamente a su contenido, y la que adquieren los distintos factores que configuran el título y la actuación de él: naturaleza jurídica del pago, quién debe pagar, quién puede pagar, a quién, cuándo, dónde, cómo, a qué se imputa un pago, la prestación en lugar de cumplimiento (*datio in solutum*), la *datio pro solvendo*, cómo pagar a un acreedor renuente o ausente, el pago mediante cesión de bienes, la prueba del pago, el pago con beneficio de competencia, el pago en situaciones de apremio o de insolvencia del deudor, los efectos del pago; adicionalmente al interés del deudor en el pago y los deberes de cooperación a dicho propósito a cargo del acreedor, y al pago de lo indebido o no debido.

El pago (cumplimiento) es un modo de extinción de las obligaciones con caracteres propios, distintos de los demás: es el modo natural, normal de extinción de ellas, y de ahí también la extensión de su disciplina³⁸.

El pago significa conformidad entre lo ocurrido y lo previsto, entre la conducta exigible del deudor y su comportamiento frente al acreedor y, por lo mismo, sus requisitos son ante todo los puntualizados en el título o fuente de la obligación, sin perjuicio de la reglamentación general que del fenómeno hace la ley en toda oportunidad o apenas cuando no se ha dispuesto cosa diferente, según las circunstancias y las reglas del ordenamiento. El acreedor tiene derecho a la prestación plena, precisa y oportuna, y cumplir quiere decir ejecutar exactamente la prestación debida. Para ello ha de pensarse en la confrontación de pareceres entre el acreedor, para quien, llegado el caso, el deudor no realizó la conducta debida o no se desempeñó como le era necesario, y el deudor que considera que estuvo a la altura de lo

³⁷ 8QD REOLJDFLyQ VH FDQFHOD DQWH WRGR SRU OD VMOXFLyQ, GH DTXHOOR TXH VH GHEH' □□

³⁸ El código civil le consagra el título XIV del libro 4.º, dividido en diez capítulos, arts. 1626 a 1686; en tanto que el código de comercio le dedica el capítulo V del título I del libro 4.º, arts. 873 a 886.

que le era exigible, cuando no se trata de un resultado cierto, en donde, por así decirlo, el problema puede resolverse con la superposición de la plantilla a los hechos, dentro de un cotejo elemental. Entonces los conceptos de interés del acreedor y de su satisfacción adquieren un relieve singular. Solo que una prestación inadecuada (“inexacta”) puede equivaler a la prestación debida y producir el mismo efecto liberatorio del deudor, cuando el acreedor la acepta como tal³⁹.

En esa razón, el cumplimiento, entendido como conformidad plena de lo acontecido con lo prevenido (por el deudor, al acreedor, en el tiempo, el lugar, el cómo, el modo indicados en el título integrado): “correspondencia objetiva con el programa obligatorio”⁴⁰, “realización objetiva de la prestación”⁴¹, implica y acarrea la satisfacción del acreedor y las consiguientes extinción de la relación obligatoria y liberación del deudor. En una palabra, “la relación obligatoria se extingue naturalmente, por así decirlo, con la ejecución de la prestación por parte del deudor y su recibo por parte del acreedor, cuyo interés se satisface de tal modo”⁴². A la inversa, la satisfacción del acreedor no presupone el cumplimiento, como tampoco implica de suyo los efectos consuntivos de este.

452. naturaleza jurídica del pago *

Para comenzar ha de anotarse que la ejecución de la prestación, en que consiste el cumplimiento, es un acto *debido*. El pago es el cumplimiento del deber concreto de colaboración⁴³ y, por lo mismo, es necesariamente una conducta humana, y así lo previene el ordenamiento en las distintas reglas que lo disciplinan; es, entonces, genéricamente un acto jurídico, es decir, jamás será un mero hecho jurídico⁴⁴, sino un acto, o sea un hecho, que a más de ser atribuible al hombre o necesariamente ser del hombre, la ley lo incorpora en ese carácter a su supuesto de hecho al regularlo y atribuirle efectos (cfr. supra, Introducción, A, I): trátase de una dación o de una entrega, de un servicio o de una obra, o de una abstención, es acto humano, previsto como tal. Ahora bien, no todas las prestaciones implican una conducta de la misma entidad, o dicho más precisamente, la actitud del ordenamiento frente a las distintas conductas prevenidas como prestación en las diferentes clases de obligaciones no es igual, habida cuenta de la índole de ellas. En oportunidades, esa conducta es un acto de disposición de intereses que implica transferencia o constitución de un derecho real o de otro interés⁴⁵, en otras consiste en la celebración de un negocio

³⁹ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 453, p. 240.

⁴⁰ BIANCA. *REOLJD/LRQH* n.º 133, p. 266.

⁴¹ LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrecht*, cit., p. 218.

⁴² BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 170.

* Cfr. N. CATALÁ. La nature juridique du payment, Paris, 1961; M. GIORGIANNI. Natura del pagamento e vizi di volontà del VROYHQ(V962), ahora en Scritti minori, Napoli, 1988, p. 523 y ss.

⁴³ (O□FXPSOLPLHQWR□HV□OD□HMHFXFLyQ□GH□OD□SUHVWDFLyQ□□/D□SUHVWDFLyQ□LQGLFD□OR□TXH□VH□GHEH□ cumplimiento es la actuaeLyQ□GH□GLFKR□SURRUDAD□REOLJD/LRQH n.º 132, p. 261.

⁴⁴ Para BIANCA. *REOLJD/LRQH* n.º 133, p. 263□□>H@O□FXPSOLPLHQWR□VH□HQFXDGUD□HQ□OD□FDWHJRUR□D□JHQHUDO□GH□ entendido como acontecimiento material o jurídico al qXH□HO□RUGHQDPLHQWR□OH□UHFRQRFH□GHWHUPLQDGRV□HIHFV□ cumplimiento puede dar lugar, según los casos: a) A meros hechos, comportamientos voluntarios (tal, p. ej., la reparación hecha por un mecánico); b) A actos en sentido estricto (como, p. ej., la entrega de una cosa determinada); c) A negocios MXUtGLFRV□□FRPR□HO□FXPSOLPLHQWR□GH□XQ□GHEHUGES□FRQWURQDU□ *contratti*, cit., p. 83 y s. Con todo, la calificación depende, en últimas, de lo que se entienda por *hecho*, diferencia que, en mi sentir, ha de remitirse a la manera como el ordenamiento toma el fenómeno y del tratamiento que le dé: si como mero acontecer, o como suceso imputable al hombre y valorado como tal.

⁴⁵ Cfr. cas. de 5 de mayo de 1972, sin publicar, a propósito de la necesidad de la presencia de la persona que lo realizó, del acreedor y del deudor, para ventilar contención sobre la validez del pago.

jurídico, en otras es prestar una garantía, en otras, desarrollar un trabajo o confeccionar una obra, en otras, en fin, no pasa de ser una simple abstención⁴⁶.

En cuanto la prestación consiste en una disposición de intereses, la naturaleza del pago no es ya solamente la de un mero acto jurídico, sino la de un acto jurídico calificado: acto de autonomía privada, o sea que es un negocio jurídico, tal como lo señala el art. 878 c. co., para los efectos de sus requisitos y de su impugnabilidad por defectos o vicios. Piénsese, p. ej., en el cumplimiento de la obligación *dare rem*: tradición o constitución de un derecho real (*solvere est alienare*; arts. 1633 y 740 y ss. c. c.), o de la obligación de hacer consistente en la celebración de un negocio jurídico (art. 501 c. de p. c.), o de la de ejecutar otro trabajo jurídicamente calificado, como el desempeño del apoderado en un proceso (arts. 45 y s. y 63 y ss. c. de p. c.), que son o implican actos de autonomía privada, y que por lo mismo están sometidos a las exigencias propias de ellos (art. 1502 c. c.), producen los efectos correspondientes (arts. 1602 a 1603 c. c. y 871 c. co.) y son susceptibles de impugnación como tales (arts. 1740 y ss. c. c.; 899 y ss. c. co.) y por razones específicas (arts. 1633, 1634 a 1636, y 2490 c. c.; 183 [1] Ley 222 de 1995).

453. el pago entendido como “convención” entre acreedor y deudor

A lo dicho a propósito de la satisfacción del crédito, en el sentido de que el deudor, en distintas eventualidades, puede proceder sin el concurso del deudor y aun a contrariedad de él, se agrega acá que el deudor no ha menester del asentimiento del acreedor para pagar, ni el pago tiene que ser aceptado por éste. En otras palabras, no es acertado ver en el pago de suyo un acuerdo o convención entre las partes; y esta anotación cabe hacerla no solamente respecto de las prestaciones negativas, en donde por parte alguna aparece la posibilidad de concurso del acreedor, sino también en las prestaciones positivas, sean las de hacer, donde para la ejecución de la obra o el desarrollo de su labor personal el deudor no está subordinado a un acuerdo con el acreedor, o sean las de dar-entregar, en las que, inclusive, el deudor puede proceder al depósito (pago por consignación, cuyo presupuesto ontológico es la ausencia del acreedor o su repugnancia a recibir). Otra cosa es que este haya de colaborar con el deudor, por ejemplo, franqueándole la entrada al lugar donde ha de desempeñarse o suministrándole materiales, instrumentos, planos, sin los cuales aquel no podría cumplir. O sea en las de dar-entregar, en las que el obligado puede proceder a entregar, en tenencia o en tradición, o a restituir la especie o los géneros debidos mediante el trámite de la consignación judicial, o inclusive administrativa, según el caso, que presupone la falta de asentimiento del acreedor, y cualquiera persona puede llevar la escritura pública o el documento privado respectivo al registro correspondiente para su inscripción-tradición (arts. 756 c. c. y 922 c. co.). Sin embargo, adviértase que el art. 743 [1] c. c. previene que: “La tradición para que sea válida requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante”, norma que hay que entender y tomar con precaución y temperamento, por lo mismo que una cosa es que de ordinario se dé el acuerdo al efecto, y otra, bien distinta, que el acuerdo sea requisito de validez del pago-tradición.

454. teorías sobre el aspecto subjetivo del pago

⁴⁶ GIORGIANNI, A. *REEOLJDJLRQH*, CATALÁ. *La nature juridique du paiement*, Paris, 1961, tít. I y II.

Sobre la base de que la relación obligatoria está orientada a la satisfacción del acreedor y de que el deudor se libera al alcanzar esa finalidad mediante la prestación, la doctrina ha debatido a propósito de la necesidad o no de “elementos subjetivos” adicionales a la ejecución real de la prestación, en lo que respecta a la eficacia satisfactoria y extintiva de esta. Tres teorías se han sucedido en el tiempo para explicar y, más aún, para aceptar dichos efectos de la dación-entrega: la llamada *teoría del contrato*, que exige un acuerdo contractual entre acreedor y deudor para que la ejecución de la prestación opere; una *teoría contractual restringida*, que demanda apenas un entendimiento entre las partes a propósito de la finalidad de la prestación que por medio de aquel se va a satisfacer, y que no recibe el tratamiento de conducta negocial; y una más reciente *teoría del cumplimiento real de la prestación o de la realización objetiva de la prestación*, prevaleciente, con arreglo a la cual no son las declaraciones de las partes o del solo deudor las que producen las consecuencias jurídicas de la prestación, sino que para ello basta el acto mismo de la ejecución: la aplicación de la fuerza de trabajo, el acarreo de la mercancía o el viaje en el vehículo de transporte público. Otra cosa es determinar entonces si la ejecución de la prestación se reduce a una conducta fáctica, o si impone una declaración o un comportamiento negociales, por su propia índole, en orden a la determinación de los requisitos a que está sometida y a las posibilidades de impugnación⁴⁷.

II. quién debe pagar, quién puede pagar

455. quién debe hacer el pago; quién puede hacerlo *

El sujeto pasivo de la obligación o deudor es quien ha de adecuar a favor del acreedor sus actos y sus omisiones determinados en el título. Entonces, es elemental el aserto de que quien debe es el deudor y, por lo mismo, es él quien ha de pagar y el único que puede incumplir. El acreedor no puede esperar su satisfacción de nadie más, y el deudor, en principio, es el solo llamado a responder. Deudor, único o plural, es el sujeto que asumió la obligación mediante un acto dispositivo de sus intereses, o que resultó en esa posición por acto dañino suyo o por otras circunstancias legalmente prevenidas, reconocidas por él o verificadas y declaradas mediante decisión judicial o arbitral.

456. quién se entiende por “deudor”

Por deudor se entiende, para los efectos del pago, quien tenga su representación: legal, judicial o administrativa, orgánica o negocial, e igualmente sus sucesores (cfr. supra n.º I y ss.), naturalmente con la salvedad propia de las prestaciones personalísimas, y con la complementación de los auxiliares de él en las prestaciones de obra⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., cit., § 18, p. 235 y ss.; SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 457 y ss., p. 242 y s.; BIANCA. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., n.º 133, p. 263 y ss.; MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 119.

* R. NICOLÒ. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., n.º 133, p. 263 y ss.

⁴⁸ Para el cumplimiento de la prestación personal propiamente dicha no es admitido el representante, ni un delegado o diputado, ni un expromisor o adpromisor; sólo el propio deudor. Y cuando se trata de obras, tanto más cuanto más complejas y calificadas, o se trata de empresas, el concepto de ejecutor de la prestación, por así decirlo, se amplía a los auxiliares y subcontratistas del deudor, sin que esto implique el establecimiento de una relación obligatoria de estos con el acreedor, si bien la responsabilidad de aquel por el desempeño de ellos es plena. Cfr. MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., § 30, p. 156 y ss.

En los pagos cuya naturaleza es la de negocio jurídico: acto de disposición de intereses, de acuerdo con las pautas generales del ordenamiento nacional, su validez resultaría subordinada a la capacidad del deudor-pagador, y en faltando esta, aquel acto de cumplimiento sería nulo de nulidad absoluta o de nulidad relativa (nulo o anulable), según que la incapacidad del *solvens* sea absoluta o relativa (arts. 1502, 1504 y 1740 a 1743 c. c.; 899 a 900 c. co.). Al respecto ha de anotarse que esa posición de tutela rígida de los incapaces, que, fundada en la sola incapacidad, prescinde del carácter y el resultado de la operación, ha ido cediendo el paso a una consideración más concreta y matizada. Así, el art. 1191 *codice civile* prevé terminantemente: “El deudor que ha ejecutado la prestación debida no puede impugnar el pago a causa de su propia incapacidad”. Lo cual, preventivamente, exige una precisión: el objeto de la prevención es la operación misma del pago, y no aquella que dio origen a la relación obligatoria, de cuya regularidad se parte, de modo que, si lo que hace el incapaz es simplemente ejecutar aquello a que cierta y válidamente está obligado, no se encuentra razón para desconocer la eficacia de su actuación so pretexto de su incapacidad⁵². Dicho pago podría ser impugnado como cualquiera otro, pero no debería

58 ³(QWUH□ ORV□ DUW□ LFHV□ KD□ JUDQ□ GLIHUHQFLD□ GH□ LQJHO□ ~~□~~ ⁴□ ~~□~~ ⁵□ ~~□~~ ⁶□ ~~□~~ ⁷□ ~~□~~ ⁸□ ~~□~~ ⁹□ ~~□~~ ¹⁰□ ~~□~~ ¹¹□ ~~□~~ ¹²□ ~~□~~ ¹³□ ~~□~~ ¹⁴□ ~~□~~ ¹⁵□ ~~□~~ ¹⁶□ ~~□~~ ¹⁷□ ~~□~~ ¹⁸□ ~~□~~ ¹⁹□ ~~□~~ ²⁰□ ~~□~~ ²¹□ ~~□~~ ²²□ ~~□~~ ²³□ ~~□~~ ²⁴□ ~~□~~ ²⁵□ ~~□~~ ²⁶□ ~~□~~ ²⁷□ ~~□~~ ²⁸□ ~~□~~ ²⁹□ ~~□~~ ³⁰□ ~~□~~ ³¹□ ~~□~~ ³²□ ~~□~~ ³³□ ~~□~~ ³⁴□ ~~□~~ ³⁵□ ~~□~~ ³⁶□ ~~□~~ ³⁷□ ~~□~~ ³⁸□ ~~□~~ ³⁹□ ~~□~~ ⁴⁰□ ~~□~~ ⁴¹□ ~~□~~ ⁴²□ ~~□~~ ⁴³□ ~~□~~ ⁴⁴□ ~~□~~ ⁴⁵□ ~~□~~ ⁴⁶□ ~~□~~ ⁴⁷□ ~~□~~ ⁴⁸□ ~~□~~ ⁴⁹□ ~~□~~ ⁵⁰□ ~~□~~ ⁵¹□ ~~□~~ ⁵²□ ~~□~~ ⁵³□ ~~□~~ ⁵⁴□ ~~□~~ ⁵⁵□ ~~□~~ ⁵⁶□ ~~□~~ ⁵⁷□ ~~□~~ ⁵⁸□ ~~□~~ ⁵⁹□ ~~□~~ ⁶⁰□ ~~□~~ ⁶¹□ ~~□~~ ⁶²□ ~~□~~ ⁶³□ ~~□~~ ⁶⁴□ ~~□~~ ⁶⁵□ ~~□~~ ⁶⁶□ ~~□~~ ⁶⁷□ ~~□~~ ⁶⁸□ ~~□~~ ⁶⁹□ ~~□~~ ⁷⁰□ ~~□~~ ⁷¹□ ~~□~~ ⁷²□ ~~□~~ ⁷³□ ~~□~~ ⁷⁴□ ~~□~~ ⁷⁵□ ~~□~~ ⁷⁶□ ~~□~~ ⁷⁷□ ~~□~~ ⁷⁸□ ~~□~~ ⁷⁹□ ~~□~~ ⁸⁰□ ~~□~~ ⁸¹□ ~~□~~ ⁸²□ ~~□~~ ⁸³□ ~~□~~ ⁸⁴□ ~~□~~ ⁸⁵□ ~~□~~ ⁸⁶□ ~~□~~ ⁸⁷□ ~~□~~ ⁸⁸□ ~~□~~ ⁸⁹□ ~~□~~ ⁹⁰□ ~~□~~ ⁹¹□ ~~□~~ ⁹²□ ~~□~~ ⁹³□ ~~□~~ ⁹⁴□ ~~□~~ ⁹⁵□ ~~□~~ ⁹⁶□ ~~□~~ ⁹⁷□ ~~□~~ ⁹⁸□ ~~□~~ ⁹⁹□ ~~□~~ ¹⁰⁰□ ~~□~~ ¹⁰¹□ ~~□~~ ¹⁰²□ ~~□~~ ¹⁰³□ ~~□~~ ¹⁰⁴□ ~~□~~ ¹⁰⁵□ ~~□~~ ¹⁰⁶□ ~~□~~ ¹⁰⁷□ ~~□~~ ¹⁰⁸□ ~~□~~ ¹⁰⁹□ ~~□~~ ¹¹⁰□ ~~□~~ ¹¹¹□ ~~□~~ ¹¹²□ ~~□~~ ¹¹³□ ~~□~~ ¹¹⁴□ ~~□~~ ¹¹⁵□ ~~□~~ ¹¹⁶□ ~~□~~ ¹¹⁷□ ~~□~~ ¹¹⁸□ ~~□~~ ¹¹⁹□ ~~□~~ ¹²⁰□ ~~□~~ ¹²¹□ ~~□~~ ¹²²□ ~~□~~ ¹²³□ ~~□~~ ¹²⁴□ ~~□~~ ¹²⁵□ ~~□~~ ¹²⁶□ ~~□~~ ¹²⁷□ ~~□~~ ¹²⁸□ ~~□~~ ¹²⁹□ ~~□~~ ¹³⁰□ ~~□~~ ¹³¹□ ~~□~~ ¹³²□ ~~□~~ ¹³³□ ~~□~~ ¹³⁴□ ~~□~~ ¹³⁵□ ~~□~~ ¹³⁶□ ~~□~~ ¹³⁷□ ~~□~~ ¹³⁸□ ~~□~~ ¹³⁹□ ~~□~~ ¹⁴⁰□ ~~□~~ ¹⁴¹□ ~~□~~ ¹⁴²□ ~~□~~ ¹⁴³□ ~~□~~ ¹⁴⁴□ ~~□~~ ¹⁴⁵□ ~~□~~ ¹⁴⁶□ ~~□~~ ¹⁴⁷□ ~~□~~ ¹⁴⁸□ ~~□~~ ¹⁴⁹□ ~~□~~ ¹⁵⁰□ ~~□~~ ¹⁵¹□ ~~□~~ ¹⁵²□ ~~□~~ ¹⁵³□ ~~□~~ ¹⁵⁴□ ~~□~~ ¹⁵⁵□ ~~□~~ ¹⁵⁶□ ~~□~~ ¹⁵⁷□ ~~□~~ ¹⁵⁸□ ~~□~~ ¹⁵⁹□ ~~□~~ ¹⁶⁰□ ~~□~~ ¹⁶¹□ ~~□~~ ¹⁶²□ ~~□~~ ¹⁶³□ ~~□~~ ¹⁶⁴□ ~~□~~ ¹⁶⁵□ ~~□~~ ¹⁶⁶□ ~~□~~ ¹⁶⁷□ ~~□~~ ¹⁶⁸□ ~~□~~ ¹⁶⁹□ ~~□~~ ¹⁷⁰□ ~~□~~ ¹⁷¹□ ~~□~~ ¹⁷²□ ~~□~~ ¹⁷³□ ~~□~~ ¹⁷⁴□ ~~□~~ ¹⁷⁵□ ~~□~~ ¹⁷⁶□ ~~□~~ ¹⁷⁷□ ~~□~~ ¹⁷⁸□ ~~□~~ ¹⁷⁹□ ~~□~~ ¹⁸⁰□ ~~□~~ ¹⁸¹□ ~~□~~ ¹⁸²□ ~~□~~ ¹⁸³□ ~~□~~ ¹⁸⁴□ ~~□~~ ¹⁸⁵□ ~~□~~ ¹⁸⁶□ ~~□~~ ¹⁸⁷□ ~~□~~ ¹⁸⁸□ ~~□~~ ¹⁸⁹□ ~~□~~ ¹⁹⁰□ ~~□~~ ¹⁹¹□ ~~□~~ ¹⁹²□ ~~□~~ ¹⁹³□ ~~□~~ ¹⁹⁴□ ~~□~~ ¹⁹⁵□ ~~□~~ ¹⁹⁶□ ~~□~~ ¹⁹⁷□ ~~□~~ ¹⁹⁸□ ~~□~~ ¹⁹⁹□ ~~□~~ ²⁰⁰□ ~~□~~ ²⁰¹□ ~~□~~ ²⁰²□ ~~□~~ ²⁰³□ ~~□~~ ²⁰⁴□ ~~□~~ ²⁰⁵□ ~~□~~ ²⁰⁶□ ~~□~~ ²⁰⁷□ ~~□~~ ²⁰⁸□ ~~□~~ ²⁰⁹□ ~~□~~ ²¹⁰□ ~~□~~ ²¹¹□ ~~□~~ ²¹²□ ~~□~~ ²¹³□ ~~□~~ ²¹⁴□ ~~□~~ ²¹⁵□ ~~□~~ ²¹⁶□ ~~□~~ ²¹⁷□ ~~□~~ ²¹⁸□ ~~□~~ ²¹⁹□ ~~□~~ ²²⁰□ ~~□~~ ²²¹□ ~~□~~ ²²²□ ~~□~~ ²²³□ ~~□~~ ²²⁴□ ~~□~~ ²²⁵□ ~~□~~ ²²⁶□ ~~□~~ ²²⁷□ ~~□~~ ²²⁸□ ~~□~~ ²²⁹□ ~~□~~ ²³⁰□ ~~□~~ ²³¹□ ~~□~~ ²³²□ ~~□~~ ²³³□ ~~□~~ ²³⁴□ ~~□~~ ²³⁵□ ~~□~~ ²³⁶□ ~~□~~ ²³⁷□ ~~□~~ ²³⁸□ ~~□~~ ²³⁹□ ~~□~~ ²⁴⁰□ ~~□~~ ²⁴¹□ ~~□~~ ²⁴²□ ~~□~~ ²⁴³□ ~~□~~ ²⁴⁴□ ~~□~~ ²⁴⁵□ ~~□~~ ²⁴⁶□ ~~□~~ ²⁴⁷□ ~~□~~

para establecer si la consideración de los caracteres individuales del deudor alcanzan o no a singularizar en forma absoluta su prestación: abogado, contador, arquitecto, ingeniero de suelos, asesor financiero, etc., o apenas en su “género próximo”.

Y dentro de la perplejidad que suscitan la abundancia de oferta de servicios calificados y la tendencia a su homogeneización, por variadas razones, aparece la contrapartida de la exclusividad: el productor que acredita una marca, que implica símbolo de calidad y garantía de asistencia técnica, de continuidad de servicio de mantenimiento y de repuestos, un *know-how*, que le asegure una dependencia indefinida del cliente.

¿Cuál sería la situación de talleres, operarios, técnicos, sin aquellas herramientas o manuales, frente a usuarios que contrataron con ellos los correspondientes servicios para sus vehículos, sus ascensores, sus sistemas?

Otro punto es el de si el acreedor puede rehusar el intento de ejecución de la prestación a su favor por parte de tercero, o sea de alguien que obra en nombre propio. Los códigos colombianos no previenen la hipótesis. El art. 1237 *code civil fr.* dispone al efecto: “La obligación de hacer no puede ser satisfecha por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando este último tiene interés en que sea cumplida por el propio deudor” y el art. 1180 del *codice civile*: “La obligación puede ser cumplida por un tercero aun contra la voluntad del acreedor, si este no tiene interés en que el deudor la ejecute personalmente. Sin embargo, el acreedor puede rechazar el cumplimiento que le ofrece el tercero, si el deudor le ha manifestado su oposición”. En fin, el art. 30 del código de los Países Bajos preceptúa: “1. Una obligación puede ser cumplida por otro que no sea el deudor, a menos que su contenido o finalidad se oponga a ello. 2. El acreedor no entra en mora, si se niega a un cumplimiento ofrecido por un tercero con el visto bueno del deudor”.

La primera proposición comporta un planteamiento más amplio que el de la sola hipótesis de la prestación *intuitus personae*, que se muestra demasiado angosta. Y es que el acreedor puede tener interés diferente o, más propiamente, temores de que lo que le ofrece el tercero no sea exacto, material o jurídicamente, que lo cohiben para asumir el riesgo. Y la segunda proposición es ejemplo de tratamiento equilibrado de los intereses en juego y de los miramientos y consideraciones recíprocos que se han de tener las partes. A mi entender esa solución es legítima y sería del todo aplicable dentro del ordenamiento nacional, que solo fuera por *analogia iuris*.

460. prestación de sustituto aceptado por el acreedor

El acreedor puede aceptar la prestación del tercero, aun contra la voluntad del deudor. Ahora bien, si el tercero no obra con el consentimiento del deudor y el acreedor acepta dicha prestación, es natural anotar que obra a su propio riesgo, o sea que el deudor se libera y cualquier problema que surja en razón del pago será solamente de cuenta del tercero, sin que el acreedor pueda volver contra el deudor por dicho concepto⁵⁹.

461. prestación de tercero exigida por el acreedor

Una hipótesis de ejecución de la prestación por un tercero, a instancias del acreedor, es la resultante de la alternativa que la norma sustancial previene para el caso de inejecución de

⁵⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 151 y s., p. 78.

62 Al comentar estar norma, MAZEAUD et CHABAS, *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 837, p. 941 □□ GLFHQ □□³ (□□ acceodre. en principio. esti REOLJDGR □ D DFHSWDU □ HO □ SDJR □ GH □ TXL HQ□□□□ VHB42HQ9 GHXGRU □□□□ & IU □□

464. el pago por tercero en el código civil

El señor BELLO adoptó una posición diferente, y así el código civil muestra varias eventualidades de ejecución de la prestación por un tercero⁶³:

465. pago con la anuencia del deudor

La primera hipótesis es la del tercero que paga “consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor”, prevista en el ordinal 5.º del art. 1668 c. c. con el efecto de subrogación, ya estudiada a dicho propósito (cfr. supra n.º 301), y de la cual ha de resaltarse nuevamente el requisito de la anuencia –incuestionablemente previa– del deudor. El acreedor queda satisfecho, pese a lo cual la obligación no se extingue, continúa a favor del tercero; y si el pago fue apenas parcial, se mantiene el derecho proporcional del acreedor originario, en concurrencia con el del subrogatario. Dentro de esta variedad de pago por un tercero resulta elemental la consideración ya hecha, de que si varios terceros desean sustituir al deudor en la prestación se prefiera a quien cuenta con el patrocinio de él: si varios terceros aspiran a la subrogación, es obvio que el deudor conserve la posibilidad de elegir al sustituto del acreedor, en cuanto se le presente ocasión para la escogencia.

466. pago sin el asentimiento del deudor

La segunda hipótesis es la del tercero que paga sin el consentimiento del deudor, a sus espaldas o contando con su indiferencia. “El que paga sin el conocimiento del deudor”, es la previsión normativa (art. 1631 c. c.), que no ha de tomarse al pie de la letra, pues el supuesto abarca también el caso del deudor que, enterado de la iniciativa del deudor, no toma partido frente a ella. Lo importante es, para contrastar este *factum* normativo con el de la tercera eventualidad, que el deudor no se oponga a la intervención del tercero. Entonces, la obligación se extingue, y el tercero simplemente tendrá contra el deudor-*dominus* una acción de reembolso de lo pagado, como corresponde a su *negotiorum gestio*; no se entenderá, pues, subrogado en los derechos del acreedor y tampoco puede compelerlo a que le ceda su derecho. Es decir, ni subrogación, ni *cessio legis*, sólo reembolso (art. 1631 c. c.).

467. pago a contrariedad del deudor

La tercera hipótesis es la de quien paga a contrariedad del deudor: ese tercero no solamente es un entrometido, sino que procede a pesar del rechazo o la prohibición del *dominus* y, por consiguiente, asume su riesgo a sabiendas, por lo cual el ordenamiento, de entrada, le niega toda protección. Esas son las voces del art. 1632 c. c. al determinar que “no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado”, y que su suerte estará confiada a la cesión que voluntariamente le llegue a hacer el acreedor. Sin embargo, el método sistemático de interpretación del ordenamiento impone advertir que el código, al disciplinar la agencia oficiosa en el art. 2309, precisamente previene la eventualidad de quien “administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado”, para negarle cualquiera

⁶³ Cfr. cas. de 25 de julio de 1945, LIX, 385.

* Cfr. P. RESCIGNO. Incapacità naturale e adempimento, Napoli, 1950; P. SCHLESINGER. La ratifica del pagamento effettuato al non creditore, in Rivista di dir. civile, Padova, 1959, I; Il pagamento al terzo, Milano, 1961; U. NATOLI. Identificazione del

naturalmente destinada a la satisfacción de aquel interés, aun no patrimonial, del acreedor, al que debe corresponder la prestación”⁶⁷. El deudor está obligado frente a él y la prestación ha de enderezarse hacia él: el acreedor es el destinatario cierto del pago.

470. legitimación del “accipiens”

El art. 1634 [1] c. c. es de unas claridad y plenitud encomiables al precisar a quién debe hacerse el pago para que sea válido: “... o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que lo hayan sucedido en el crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro”. Es decir, que tienen legitimación para recibir la prestación, el acreedor o aquel tercero que cuente efectivamente con “competencia” dispositiva para ello⁶⁸: él es, por así decirlo, “el *dominus* de la relación obligatoria”⁶⁹. Esto, naturalmente, sólo en las hipótesis en que la prestación, por su naturaleza, presupone o implica que el acreedor la reciba: entrega de cosas, recibo de la obra, pues en otras, como son las obligaciones de no hacer y las de solos servicios, el deudor ejecuta la prestación y satisface al acreedor sin necesidad de que ella, por así decirlo, ingrese formalmente a la esfera jurídica de este.

En aquellos casos, el acreedor bien puede obrar personalmente, como también por medio de comisionado, representante, diputado, apoderado (art. 1637 c. c.), sea porque así procede para la mejor atención de sus negocios, sea porque su situación le impone la asistencia de otra persona directamente provista por la ley (arts. 19 Ley 75 de 1968; 24 y ss. Dcto. 2820 de 1974) o por esta mediante la colaboración judicial (lib. 1.º, tít. XXII c. c.). Legitimación a la cual ha de agregarse la eventualidad del *falsus procurator*, en cuanto la actuación de alguien que da la impresión de ser representante de otra persona o que se muestra como si lo fuera o hace pasar por tal puede llegar a ser eficaz frente o en contra del *dominus*, en la medida en que este haya contribuido con su acción o su omisión a generar una apariencia que lo hace responsable en cuanto suscitó en el tercero (deudor) una confianza digna de protección, en gracia de su buena fe (representación por apariencia: arts. 2149 *in fine* c. c.; 842 y 641 c. co.). Así mismo, y esto en la práctica mercantil es habitual, el acreedor suele indicar una cuenta corriente en determinado banco, para que allí se le consigne el monto de la obligación pecuniaria⁷⁰.

471. existencia y suficiencia del poder

En cuanto al ámbito del poder (legitimación) han de tenerse en cuenta, a más de los dictados de los usos y costumbres y, ante todo, los de la buena fe y la confianza, las reglas contenidas en la ley y, por supuesto, en su caso, las estipulaciones del negocio. Lo primero que ocurre indagar a fin de ir sobre seguro en cuanto a la legitimación de quien obra a

⁶⁷ NATOLI, *GHQWLILFDJLRQHGHQGHVWLQDWDULGHQSDJDPHQWRFLWSS*

⁶⁸ ³/D³OHJLWLPDFLyQSDUDUHFLERHVOHOSISRWDFLQJQURLEHFWWRH[WEQWCAEKEODD/MDGD³ cit., n.º 149, p. 289³(O³UHFLERGHODSUHVWDFLyQSXHGHDGUVH³SRU³HO³DFUHHGRU³R³SRU³PHGLR³GH³D dispositiva (*Empfangszuständigkeit*)’³LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 18 I, p. 240.

⁶⁹ NATOLI, *GHQWLILFDJLRQHGHQGHVWLQDWDULGHQSDJDPHQWR*

⁷⁰ Hipótesis que ha de diferenciarse de aquella en la que el deudor simplemente consigna en la cuenta bancaria del acreedor: el banco no se puede considerar diputado para recibir, pero el deudor, sabedor de la consignación bien puede expedir recibo o carta de pago, como también disponer de ese dinero: aceptación por conducta concluyente: cas. de 12 de marzo de 1958, LXXXVII, 442.

nombre del acreedor, sea para recibir la prestación, sea para exigir el pago, es si la relación obligatoria en cuestión se encuentra dentro de su radio o esfera de actividad; enseguida habrán de precisarse las facultades, las inherentes a la especie de poder y las singulares del acto de apoderamiento; y por último, verificar la vigencia del poder. En lo que respecta al ámbito del poder, este de suyo, tanto el de los representantes legales como el de los negociales y el de los orgánicos, se remite a la administración de los bienes a ellos confiados en razón de su oficio y, por lo tanto, están autorizados para “cobrar los créditos” y, naturalmente, recibir la prestación. En cambio, el poder para actuación judicial no comporta de por sí más que la atribución para iniciar y adelantar el respectivo proceso (art. 70 [4] c. de p. c.), o sea que la facultad para recibir exige una autorización especial. Como también se impone para otros medios extintivos de la obligación: prestación en lugar de cumplimiento, novación, transacción, remisión (arts. 40 Dcto. 2820 de 1974; 481, 489, 2158 y 2168 c. c.; 196 c. co.).

472. identificación del acreedor actual

El deudor es el primer interesado en liberarse, y sabe que el medio propio y más expedito de lograrlo es satisfaciendo al acreedor ejecutando la prestación. De ahí la importancia que para él tiene la determinación oportuna de esa persona, y de ahí también las cargas de advertencia y sagacidad que sobre él pesan. Ha de pagarle al acreedor o a quien haga sus veces, pues de lo contrario, en principio, su pago no será eficaz y, por lo mismo, no sólo no lo libera sino que lo deja en situación de deudor incumplido (comenzando por moroso), con todas las consecuencias de ella. De ahí el proverbio: “el que paga mal paga dos veces”. Para él la persona en cuyo favor surgió el crédito es el acreedor: el art. 1162 c. c. español atiende a esa inquietud: “El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación” y, dijérase que por efecto de la ley de la inercia, le es natural suponer que dicha persona mantiene esa calidad. Suposición que no lo releva de cerciorarse de la realidad y de emplear en su pesquisa la diligencia y el cuidado que cualquiera persona medianamente advertida emplearía en esas mismas circunstancias: si el acreedor falleció, habrá de indagar sobre a cargo de quién o quienes corre la administración de sus bienes, y posteriormente, a quién o quiénes les fue adjudicado el crédito; verificará quién es el “representante orgánico” de la persona jurídica acreedora; estará atento al curso de la liquidación ordinaria o del trámite concursal de la persona jurídica, para saber a quién ha de pagar; ¿y qué decir si en el contrato o en convenio posterior consintió en pagar a un tercero en vez de al acreedor o alternativamente con este (arts. 1642 a 1643 c. c.), o si fue notificado, o de otro modo se enteró, de la cesión del crédito?

En oportunidades, como es el caso de la previsión del art. 1030 c. co. en materia de responsabilidad del transportador por la pérdida total o parcial de la cosa transportada, es la ley la que determina quién es el acreedor, acá, hasta qué momento lo es el remitente y a partir de cuándo lo es el destinatario⁷¹.

473. capacidad del “accipiens”

En tratándose de obligaciones de dar-entregar, cuando el pago constituye un negocio jurídico, para su validez también es menester que el acreedor sea capaz y tenga poder de

⁷¹ Así, cas. de 17 de octubre de 1983, CLXXII, 203 y s.

74 3/DO QLFDSDFLGDG□GH□HMHUFLFLR□WLHQH□SRU□FRQVHFHXQFLD□LPSHGLUOH□D□OD□SHUVVRQ□SURWHJLGD□UHFL
hecho a un incapaz es nulo de nulidad relativa, la cual obliga al *solvens* a hacer un nuevo pago al representante del incapaz,
SHUR□FRQ□GHGXFFLYQ□GH□DTXHOOR□HQ□TXH□HMAZIQFDSDF□HMHASHQ□FRQVHFHXQFLD□UHFL
Théorie générale, cit., p. 936 y n.º 835, p. 940. Cfr. cas. de 14 de septiembre de 1976, CLII, 370 y s.: no se presume que el
incapaz se hizo más rico con el pago en su favor, sino que el pagador ha de demostrarlo.

Si el crédito es judicialmente embargado (arts. 681 [4] c. de p. c.; 2273 y ss. c. c.), al acreedor se le suspende el poder de recibir⁷⁵, que pasa al secuestro, que es quien tiene legitimación para, llegado el caso, proceder a la ejecución coactiva del crédito (art. 681 c. de p. c. [num. 339, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989]), por lo cual el pago que haga el deudor al acreedor pese a haber sido notificado del cambio de legitimación pasiva, es susceptible de impugnación por parte del sujeto procesal por cuya solicitud se tomó la medida cautelar o ejecutiva, y de anulación hasta concurrencia del interés así tutelado (art. 1636 [2.º] c. c., como quiera que la prohibición y la consiguiente sanción están prevenidas, no en interés público, sino exclusivamente en protección del interés concreto de quien pidió y obtuvo la traba. Por lo mismo que no habrá nulidad si el pago no implicó quebranto de tal interés, el único que puede impetrarla es el ejecutante o el demandante⁷⁶.

A la hipótesis del ordinal 2.º del art. 1636 c. c. y a su desarrollo procesal se asimilan las de otros casos de secuestro, como son el decretado a instancia del cónyuge en los procesos de nulidad del matrimonio, separación de cuerpos o de bienes y de divorcio (art. 691 c. de p. c. [num. 347, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989]), y el decretado a solicitud de demandante que disputa la titularidad del crédito o que reivindica el título valor de contenido crediticio (art. 690 c. de p. c. [num. 346, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989]).

Ahora bien, teniendo presentes los trámites del secuestro y las prevenciones que el juez le hace al deudor, este no podrá invocar la traba para excusar impuntualidad en el pago: debe ejecutar la prestación oportunamente, sea con el depósito del dinero en el banco indicado en la comunicación judicial, sea con la entrega del objeto debido al secuestro, y en caso de no proceder así, entrará, sin más, en mora⁷⁷.

475. pago al acreedor en crisis

En fin, en el evento de proceso concursal, en el que la primera medida que se adopta es relevar al deudor del manejo de lo suyo, sus deudores han de entenderse con el respectivo gestor, y los pagos que llegaren a hacer directamente al deudor son anulables en la medida en que lo hayan sido “en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto el concurso” (art. 1636 [3.º] c. c.). De modo que si no se da esta circunstancia, por ejemplo, porque el deudor-acreedor incorporó a la masa de bienes lo recibido o su producto, el pago será inimpugnable.

476. representación del acreedor

El acreedor incapaz o ausente ha de contar con un representante legal, el crédito puede haber sido secuestrado, en el título las partes pueden haber indicado a alguien distinto del acreedor como beneficiario de la obligación o como destinatario único o alternativo del pago, en fin, el acreedor puede haber designado representante general o especial, o diputado

⁷⁵ Se presenta en tal hipótesis una privación temporal de la legitimación o poder de disposición que tiene de suyo el acreedor como titular del derecho y la pretensión crediticia, en beneficio de un tercero, y el juez que decretó la traba indica a quién corresponde ese apoderamiento fundado en el embargo (*Einziehungermächtigung*). Así, SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 467, p. 246.

⁷⁶ Cfr. cas. de 13 de mayo de 1968, CXXIV, 140, n.º 4.

⁷⁷ ABELIUK. *Las obligaciones*, II, cit., n.º 605, p. 501 □ □ VRVWLHQH □ □ FRQ □ DSR\R □ HQ □ DOJXQD □ MXULVSUXGHQFLD □ FKLOHQD □ □ T □ no paga porque se ha embargado el crédito, o se ha dictado un decreto de retención, no hay mora de su parte, pues la orden de DXWRULGDG □ FRQVWLWX\H □ XQ □ FDVR □ IRUWXLWR □ R □ GH □ TXHU □ D □ PDVUR □ TXH □ MXVWLILFD □ HO □ LQFXPSOLPLHQWR □

a alguien para recibir⁷⁸. El caso es que el deudor habrá de entenderse con la persona competente (art. 1637 c. c.), y asume la carga de verificar sus credenciales: realidad, ámbito y vigencia del apoderamiento (arts. 837 c. co.). Todo esto con las precisiones de que la autorización puede ser consecuencia de apoderamiento general para todos los negocios o para un sector dentro del que esté comprendido el crédito, como quiera que dentro del ámbito natural del “mandato” se encuentra “poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas [...] del mandante” (art. 2158 c. c.); de que la legitimación para recibir termina con la muerte del apoderado (art. 1641 c. c.), como también con la del poderdante, a menos que se trate de “mandato judicial y ya se haya presentado la demanda” (art. 69 [5] c. de p. c.); de que “el poder para demandar en juicio al deudor no faculta por sí sólo para recibir el pago de la deuda”, para lo cual se necesita autorización especial a propósito (arts. 1640 c. c. y 70 [4] c. de p. c.); y de que hay poderes irrevocables, cuya cancelación por el *dominus* no priva de por sí de legitimación al representante (art. 1279 c. co.).

477. designación contractual de tercero receptor

En efecto, la doctrina distingue entre el *contrato genuino o propiamente dicho a favor de tercero*, o sea aquel que establece una relación obligatoria entre el promitente y el tercero, del que surge un derecho inmediato, directo y propio para dicho tercero de exigir del promitente la prestación⁸⁰, y el “*contrato a favor de tercero impropiaamente dicho ‘de autorización a favor de tercero’*”, esto es, el acuerdo entre las partes por medio del cual ellas configuran su relación de manera que la prestación a cargo de una o de la sola deudora, según sea del caso, haya de ser ejecutada en beneficio de un tercero: caso en el cual la pretensión de ejecución de la prestación corresponde sólo al acreedor y no al tercero,

⁷⁹ Se me ocurre como ejemplo la designación del notario por acuerdo de las partes para recibir el dinero o títulos valores del saldo o de un contado del precio de la compraventa celebrada por escritura pública otorgada en su despacho.

quien simplemente tiene la aspiración, o la perspectiva, de que el deudor pro-mitente ejecute la prestación a favor suyo⁸¹.

A las anteriores hipótesis de intervención como *accipiens* de sujeto distinto del acreedor han de sumarse aquellas en las que sobre el crédito se constituyó derecho a favor de un tercero, cuya salvaguarda exige contar con él para la ejecución de la prestación, y más propiamente, lo convierte en legitimado para recibirla: el acreedor prendario (arts. 2414 c. c.), el acreedor anticrético, el usufructuario; tutela que se extiende al crédito correspondiente al seguro que amparaba la cosa debida (art. 1101 c. co.), y al evento de cuenta corriente bancaria abierta a nombre de varias personas, cuando en el contrato se estipuló la necesidad de intervención de todas ellas (art. 1384 [1] c. co.).

En lo que concierne al punto aquí tratado, que es el de la legitimación para recibir y, por ende, para que la recepción de la prestación extinga la relación obligatoria, importa destacar que en uno y otro caso la ejecución de la prestación por parte del deudor a favor del tercero tiene ese efecto satisfactorio y extintivo.

478. capacidad del apoderado

En cuanto a la capacidad del apoderado, o mejor al influjo adverso de la incapacidad de este en la validez del pago, se tiene: es necesario distinguir entre el representante y el *nuncio*: aquel, por lo mismo que tiene poder decisorio en el ejercicio del poder recibido, debe ser plenamente capaz cuando actúa, pues mal pudiera exigirse esa condición en el acreedor que obra directamente y pasarse por alto la incapacidad del agente; en tanto que el nuncio, dado que es un mero transmisor (correo, recadero) de la decisión del *dominus*, puede ser incapaz. Tal el entendimiento lógico de la disposición del art. 2154 c. c., que corre en la disciplina del mandato y cuyo alcance amplía el art. 1639 c. c. para el caso de la diputación (poder sin representación) para cobrar y recibir: allá, se habla de “menor no habilitado de edad”, acá, de “persona que no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla”, y en ambos casos para afirmar la eficacia de una actuación puramente instrumental⁸².

479. acreedor aparente

La validez del pago presupone, como es obvio, que se haga al acreedor o a la persona que haga sus veces. Sin embargo, dicho planteamiento no es absoluto, y la ineficacia por principio se atempera o cede delante de determinadas condiciones, para compaginar los intereses en juego y circunstancialmente enfrentados entre sí⁸³.

⁸¹ Cfr. SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 529, p. 271. Piénsese, p. ej., en el caso de quien al comprar inmueble hipotecado por el vendedor para garantizar deuda suya, le cancela en dinero la diferencia entre el monto de la deuda y el precio, a tiempo que se obliga para con él a servir aquella deuda al acreedor hipotecario. Por ese pacto no se convierte en deudor del acreedor hipotecario, quien, por lo mismo, no tendría acción personal contra el comprador. En tanto que el vendedor sí podría ejecutarlo por la prestación a favor del tercero. Con lo cual se hace patente la independencia de las relaciones y pretensiones. Cfr. § 329 BGB.

⁸² Cfr. IULIANO. D. 45, 1, 56, 2.

⁸³ ¹IR□H□LVWHQ□VXSXHVWRV□GH□KHFKR□JHQHUDOHV□GH□OD□DSDULHQFLD□□VLQR□TXH□VH□HQFXHQWUDQ□FDV□pretensión regulados legalmente, en especial HQ□PDWHULD□GH□W□W□XORYCHMDORLSEWuldrecht, I, cit., Rn. 469 y 590, p. 247 y 308. Cfr. NATOLI. *W□DWXDJLRQH□GHO□UDSSRUWR□REEDLADWRLR3*.

El inciso segundo del art. 1634 c. c. contiene una aplicación de la teoría de la apariencia-buena fe cualificada (*error communis facit ius*)⁸⁴: el deudor “que paga de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito”⁸⁵, paga válidamente y se libera, de suerte que, con aplicación cierta del *favor debitoris*, será el verdadero acreedor quien tendrá que entenderse con el *accipiens* acreedor aparente para que este le entere lo indebidamente recibido de aquel⁸⁶.

Dos son los presupuestos básicos de esta legitimación pasiva extraordinaria: la apariencia de titularidad que induce a una equivocación y la ignorancia genuina de la realidad subyacente⁸⁷ y, además, por supuesto, el desplazamiento patrimonial en esas condiciones. Circunstancias ambas que deben aparecer con nitidez y ser unívocas: una objetiva, que es la presencia de un título en cabeza del acreedor putativo⁸⁸, y otra subjetiva: la buena fe del *solvens*, que, ha de precisarse y resaltarse, no puede consistir en su simple ignorancia de los vicios de aquel título, sino que exige que sea una ignorancia diligente, exenta de culpa, o lo que es igual, derivada de un error inevitable o excusable: *error communis*, ocasionado por una falsa creencia, producida a su turno por una apariencia⁸⁹.

Con una complementación oportuna: en mi sentir, lo dispuesto normativamente respecto del “acreedor aparente” (“la persona que estaba entonces en posesión del crédito”), es del todo predicable de quien quiera que haga las veces de él, es decir, de las personas que por distintas razones o títulos están en principio legitimadas para recibir por o para el acreedor o en sustitución de él (*falsus procurator*, en términos generales, arts. 2149 *in fine* c. c. y 842 c. co.)⁹⁰; no así, en mi sentir, de quien se presenta como cesionario, siendo falsificada la cesión, a menos que se vea que en la falsificación medió culpa del acreedor, o como mandatario con pie en un poder falsificado⁹¹. Lo cual pone de presente la doble carga

⁸⁴ 3/D UHJOD FRQVLJQDGD HODHO LQPLXER código civil [...] la cual se encuentra establecida en las legislaciones de numerosos países y que constituye una excepción al principio de que un acto no perjudica a quien no ha tomado parte en él, está fundada en la equidad. Si la persona que se encuentra en posesión del crédito puede compeler judicialmente al deudor a efectuarle a ella el pago, se debe por recíproca y para no faltar a la equidad, permitir al deudor solucionar su obligación en manos de dicho poseedor. La indicada regla no es por otra parte, sino una aplicación de la presunción establecida en el inciso del art. 762 GHO FyGLJR FLYLO FRQIRUPH OD FXDO HO SRVHHGRU HV UHSXWDGR GXHXR PLHQWUDV RWUD de 30 de octubre de 1928, XXXVI, 69. Cfr. cas. de 23 de abril de 1936, XLIII, 809 y ss.; 20 de mayo de 1936, XLIII, 44 y s., y salvamentos de voto; 20 de mayo de 1936, XLIII, 59 y ss.; 27 de julio de 1936, XLIV, 85 y ss.; 5 de agosto de 1936, XLIV, 322 y ss.; 17 de junio de 1937, XLV, 138 y ss.; 15 de julio de 1938, XLVII, 71 y ss.; 5 de mayo de 1961, XCV, 839; 18 de julio de 1941, LI, 824; 3 de junio de 1952, LXXII, 363 y s.; 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 240 y ss.; 25 de abril de 1960, XCII, 457 y s.; 17 de junio de 1964, CVII, 333 y s.

⁸⁵ 3 Posesión GHO FUPGLWR GLFHO LQPLXER TXH LQVLVWH HQ OD YDOLGH GHO SDJR DXQTXH HO SRVHH OXHJR POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, cit., n.º 503, SURSRQH ORV HMHPSORV GHO SDJR GH ODV UHQWUDV GH O SURYHFKRVR FHQVXDOHV R IHXGDOHV KGHKRVR VOHSRUWHGR GH ORV SDJR V KHFKRV D TXLHQ HVWi HQ SRVHVLYQ GH XQD VXFHVLYQ D H SUHVLYQ SRU OR GHPIV FRUHVSRQGH D SOHQLWXG FRQ HO FR corporal: art. 619 c. co. (cfr. LEAL PÉREZ. *Títulos valores*, cit., p. 65). El art. 1189 *codice civile* VXVWLWXy OD H SUHVLYQ D TXLHQ VH HQFXHQWUD HQ SRVHVLYQ GHO FUPGLWR LQPLXER TXH si prueba [el GHXGRU KDEHU SURFHGLGR GH EXHQD IH

⁸⁶ G. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, 1976, n.º 528, p. 343, adopta una posición adversa a la máxima *error communis facit ius*.

⁸⁷ Cfr. cas. de 23 de agosto de 1946, LXI, 32; cas. 7 de noviembre de 1967, CXIX, 287 y s.

⁸⁸ ABELIUK. *Las obligaciones*, II, cit., n.º 612, p. 507, distingue en materia de títulos valores, entre el deudor que paga a tenedor TXH OH SUHVHQWD HO GRFXPHQR D TXH TXH SDJD VLQ TXH VH OH H KLED (VWH OWLPR QR SXH

⁸⁹ Cfr. M. GIORGIANNI. *Creditor apparente*, en *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, IV, ahora en *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 361 y ss. Cfr. cas. de junio de 2001.

⁹⁰ Cfr. *versus* GIORGIANNI. *Creditor apparente*, cit., p. 365 y s.; G. STOLFI. *In tema di validità del pagamento*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1971, I, p. 25 y ss., con el argumento de que el pago debe hacerse al acreedor, y que, por tanto, la DSDULHQFLD VRODPHQWH VH SXHG SUHGLFDU GH PO 6REUWH maqga W64 DSDULHQWH FIU FDUV GH

⁹¹ Sería el caso, por ejemplo, del acreedor que por falta de seguridades y vigilancia sobre sus archivos da pie a que dependientes suyos sustraigan el título y falsifiquen una cesión. Pero, estando en igualdad de condiciones, no se ve razón para que de la apariencia se pase a la falsedad como causa de validación. G. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*,

Como ejemplos sobresalientes de esta eventualidad de pago a acreedor *putativo*, se señalan: el del pago al acreedor originario antes de que el cesionario le haya notificado la cesión al deudor; el del pago al cesionario ilegítimo⁹³, al heredero putativo administrador de la herencia o ya asignatario del crédito, que es desplazado luego por la prosperidad de una acción de petición de herencia; y, eventualmente, el del pago al cónyuge sobreviviente de crédito de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

Es natural que si habiendo el deudor pagado a persona que no estaba legitimada para recibir, en circunstancias que no le permiten prevalerse de la teoría de la apariencia, el verdadero acreedor aprueba la actuación del *accipiens* y la toma como propia, en otras palabras, si la ratifica, “de un modo expreso o tácito”, en razón de dicha aprobación “se mirará [el pago] como válido desde un principio” (art. 1635 c. c.)⁹⁴, naturalmente sin perjuicio de los derechos de terceros surgidos en el entretanto con base en la ineficacia del pago: todo en desarrollo del principio: *de rati enim habitio mandato comparatur*⁹⁵.

Así mismo, si el acreedor llega a suceder al *accipiens*, como heredero o a cualquier otro título, el pago hecho a este le resulta oponible en proporción al fenómeno sucesorio, o dicho en términos de ley, “es válido”, o sea que se convalida automáticamente en dicha medida (art. 1635 [1] c. c.).

Fácil es percibir que las reglas relativas al cumplimiento-pago de las obligaciones son un trasunto de las *sententiae* romanas vertidas en la compilación justiniana, a su turno, decantación de lógica y equidad rezumantes de una evolución milenaria. Comentario que conduce a hacer la ausencia en nuestra legislación de la norma de nítido origen romano⁹⁶.

⁹² Esta precisión se hace teniendo presente la cas. francesa de 1862, que traen como ejemplo MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., p. 571, nota 3 □□HQ□OD□TXH□VH□OHH□□HUD□GHUHFKR□GH□ORV□PDJLVWUDGRV□DSUHFLDU□ODV□FLU□ lugar el pago, y así decidieron que la Caja de depósitos no paJy□D□XQ□DFUHHGRU□GH□EXHQD□IH□HQ□SRVHVLYQ□GHO□FupGLWH□ a entender una confusión de la norma, al tomarla como una exigencia adicional, extraña a ella y al buen sentido.

⁹⁴ ³³RUORGHPIVQ. Q. de la Verdad. Una excepción, puesto que la ratificación atribuye retroactivamente al *accipiens* la FDOLGDGQGHIPDOGMAYAUDE CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 833, p. 940. Cfr. cas. de 12 de marzo de 1958, LXXXVII, 442.

95 33HUR□DXQTXH□R□QR□OH□SDJDUH□DO□YHUGDGHUR□SURFXUDGRU□□VL□VX□SULQFLSDO□UDWLILFDVH□OR□TX
SRUTXH□OD□UDWLILFDFLV□O□VH□HTX□LSDND□DD□□BDI□ZGDWR'□□

⁹⁶ SRU TXHODDQDWLEFLDYQVHTHTXASAGLWYQWZKWK
 /RVGHXGRUHVSDJQROHVDOTXHFBPRKVRQIUREFDEYLQVMGDQOLEUHVLHOGLQHURTXHDORV
 PAULO. D. 46, 3, 28. Y, sobre todo: PAULO. D. 46, 3, 61⁹⁷6LHPSUDOTXHORMTXHRGHEDKDVOLGRDOWXSRRGHUQD
 no pueda ser repetido lo que se pagó. compete a perpetuiGDGODOLEHUFDLYO'

483. pago a los acreedores del acreedor

Cuando al acreedor se le abre proceso concursal, o siendo una persona jurídica es intervenida administrativamente, o al acreedor se le admite cesión de bienes, el respectivo sujeto deja de poder disponer libremente de sus bienes, legitimación que, según el caso y las circunstancias, se traslada al liquidador o a la junta de acreedores, o se mantiene en cabeza suya, pero con las limitaciones y condicionamientos que establezca aquella. Por lo tanto, él habrá de abstenerse de proceder por sí mismo o en contrariedad de los trámites respectivos, o, en últimas, ha de aportar a la masa de bienes aquel o aquellos que recibe directamente; y el deudor habrá de entenderse con la persona a quien haya pasado la legitimación o con el acreedor, pero cumpliendo los pasos de rigor, cuyo fundamento estriba en la necesidad de proteger a la masa de acreedores y preservar la *par condicio creditoris*. De ahí la prevención del ordinal 2.º del art. 1636 c. c.: “El pago es nulo si se paga al deudor insolvente en fraude a los acreedores a cuyo favor se ha abierto el concurso”, que no descalifica de plano la intervención del acreedor, sino únicamente en cuanto su resultado comporte desmedro de sus acreedores, de modo que la nulidad del pago hecho a él exige el presupuesto del *eventus damni*.

V. oportunidad del pago*

La relación crediticia se coloca dentro de las coordenadas de tiempo y espacio

⁹⁷ (Q□DSOLFDFLyQ□GH□OD□WHRUd□GHO□HQLTXHFLPLHQWR□VLQ□FDXVD□□HO□GHXGRU□TXH□HQ□OXJDU□GH□SD. este, hace un pago válido. En efecto, si el acreedor pudiera reclamar aún el pago al deudor, se enriquecería sin causa: su SURSLD□GHXGD□VH□KDEUd□H□WLQJXLGMAZE□QDFRQWAD□SDLeYh□GD Obligations, *Théorie générale*, cit., n.º 833, p. 940.

⁹⁸ La Corte Suprema de Justicia en cas. de 14 de abril de 1937, XLV, 29 y s., acogió la figura del enriquecimiento sin causa. Cfr. art. 831 c. co.

* G. MURARO. / *IL QDGHPSLPHQWR* *SUL PD* *GHO* *WHUPLQH* *HQ* *5LYLVW75, G.L. GARDEA WERRELLANO. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979; J. PEIRANO-FACIO. *La estructura de la mora en el código civil*, reed., Bogotá, 1982.

(modalidades del pago)⁹⁹: cuál es la oportunidad para que el deudor ejecute la prestación y cuál la ubicación territorial de ella. En lo que respecta al primer tema, ha de recordarse que el tiempo, factor al que toda obligación está sometida, influye de manera diferente según la índole de la prestación y el interés de las partes¹⁰⁰. Así, en las prestaciones negativas, la determinación del tiempo interesa en cuanto al señalamiento del *dies a quo* y del *dies ad quem*, es decir el día a partir del cual el deudor debe abstenerse de ejecutar el acto vedado y el día hasta el cual debe mantenerse en esa actitud, o tratándose de una sola oportunidad, en cuanto a la indicación de ese momento preciso. Lo cual significa que el deudor ha de abstenerse entonces: período o instante. Mientras que en las prestaciones positivas, el tiempo significa la oportunidad para que el deudor haga la tradición o la entrega, o termine y entregue la obra, o ejecute el trabajo; o el período durante el cual ha de prestar los servicios o la garantía; o la oportunidad de las entregas escalonadas o periódicas. Así, en esta última clase de prestaciones, con la mayor frecuencia se habla de fecha, en el sentido de fijación del momento en que ha de hacerse el pago, uno o plural: p. ej., la escritura mediante la cual se celebrará la compraventa prometida se otorgará tal día a tales horas, en tal lugar; el precio del arrendamiento se pagará mensualmente, dentro de los tres primeros días de cada período. Pero también, de *dies a quo* y de *dies ad quem*: el día a partir del cual el deudor ha de ejecutar la prestación y el día en que esta termina: p. ej., prestará sus servicios a partir de tal fecha; estará obligado al suministro entre tal y cual días; en el seguro, el amparo tendrá una duración de un año, de tal a cual día; el vendedor responderá hasta tal monto, por los pasivos ocultos de la empresa vendida, que lleguen a aparecer dentro del año siguiente a la venta; la garantía de funcionamiento de los aparatos o de la maquinaria vendidos se extiende durante los seis meses siguientes a su entrega; el arrendamiento, el mutuo, el comodato es por tanto tiempo. De ahí la imposibilidad conceptual del retardo, como también de cumplimiento extemporáneo en las obligaciones negativas: el deudor omite en el tiempo debido, y cumple; o ejecuta la acción, e incumple, una o varias veces, según el caso. Y de ahí, también, que en las obligaciones positivas la primera manifestación de incumplimiento del deudor sea la mora, que puede, de plano, convertirse en incumplimiento definitivo, o dejar abierta la posibilidad de un cumplimiento tardío, siempre y cuando no se trate de un término *esencial*, o sea aquel que en razón de la intención de las partes al contratar o de las circunstancias determina una oportunidad única, del que son ejemplos elocuentes, ambos ingleses, la disposición del balcón para mirar el desfile de la coronación real y el acudir con las cámaras para la transmisión de la final del campeonato de tenis en Wimbledon.

obligación es un acto de jurisdicción voluntaria y de apreciación de las circunstancias: él “fija la congruidad del término”: el que en esa posición estime razonable¹⁰⁶.

La determinación de la oportunidad puede hacerse indicando el momento o el período precisos: tal día de tal mes de tal año; de tal a tal fecha; tantas horas (art. 1937 c. c.), días, semanas, meses o años a partir de tal fecha (art. 829 c. co.). Como también puede hacerse por referencias a determinados acontecimientos, o inferirse de la función misma de la obligación, o resultar del intervalo mínimo o máximo necesario para la ejecución: “tantos días a partir de la llegada”; “mantendrá la maquinaria a su disposición durante el tiempo de la cosecha, o de la zafra”; “la restitución se hará una vez concluido el uso para que fue prestada”; o del tiempo *necesario* para la ejecución de la prestación, como sería, en ejemplo de la mayor sencillez, aquel indispensable para el acarreo de la cosa o mercancías hasta el lugar de su entrega¹⁰⁷, o el que toma de suyo la ejecución de la obra. Este es al que se refiere el art. 1183 [1] *codice civile* al disponer que “cuando quiera que en razón de los usos o por la naturaleza de la prestación o por el modo o el lugar de su ejecución, sea necesario un término, este será establecido por el juez, a falta de acuerdo de las partes”.

Ahora bien, es obvio que las partes pueden acordar prórroga del término inicial, el que sea, y que pueden hacerlo mediante declaración o por conducta concluyente, como sería, en materia de obligaciones pecuniarias, recibir intereses remuneratorios luego de expirado aquel¹⁰⁸.

486. determinación legal de la oportunidad

Excepcionalmente la determinación del término corre en la propia ley, de manera supletoria, como p. ej., en el art. 947 c. co., que dispone que a falta de determinación de plazo para el pago del precio de la compra, el comprador deberá pagarlo “al momento de recibir la cosa”, o en el art. 1028 c. co.: “dentro de los tres días siguientes a la fecha de la entrega”, para el examen del estado de la cosa transportada; o inclusive se remite legalmente al juez, como p. ej.: “un plazo prudencial” para que el demandado “entregue al demandante los bienes debidos en el lugar que se indique en el título” (art. 499 c. de p. c.), “plazo prudencial para que el deudor ejecute el hecho” debido materia de ejecución *in natura* (art. 500 c. de p. c.), “se hará su fijación por el juez, tomando en consideración las estipulaciones del contrato, la naturaleza de la operación a que se haya destinado el préstamo y las circunstancias personales del mutuante y del mutuario [cuando no se estipula término cierto, o este se deja a la voluntad o a las posibilidades del mutuario]” (art. 1164 c. co.). En todo caso, nuestro ordenamiento no contempla el “término de gracia”¹⁰⁹, tal como lo introdujo el legislador francés en el art. 1244 [2] *code civil*¹¹⁰, reformado por Ley de 20 de agosto de 1936, que autoriza al juez para conceder plazos para el pago, no mayores de un año, ahora hasta de dos años (Ley 1097 de octubre de 1985) y suspender las ejecuciones, “en consideración de la posición del deudor y teniendo en cuenta su situación

¹⁰⁶ BIANCA. *REEOLJD/LRQH* n.º 117, p. 231 y s.

¹⁰⁷ ³□□□D□QR□VHU□TXH□HO□OXJDU□H□SUHVDGR□UHTXLHUD□XQ□HVSDFLRUGHANWILHASR□SDUD□TXH□VH□SXHGD□OC

¹⁰⁸ Así en cas. de 15 de mayo de 1930, XXXVII, 539.

¹⁰⁹ ABELIUK. *Las obligaciones*, I, cit., n.º 462, p. 373, pone de presente la posición del código de Chile contraria al término de gracia.

¹¹⁰ A este propósito se evocan el término de 30 días de la ley de las XII Tablas, y el poder del monarca francés de dar a los deudores plazos *PHGLDQWH de répit > WUHJXD@' □*

Sin embargo, no puede perderse de vista la recurrencia de medidas excepcionales, de emergencia, por calamidades o catástrofes o crisis económicas de gravedad mayúscula, que cubran a una región o a quienes desempeñan una actividad o se encuentren en determinadas condiciones, de extensión de los plazos de pago de créditos pecuniarios o del de pago de los intereses, y aun de reducción o de condonación de estos (*moratoria*)¹¹². Y también es factible que la determinación derive de los usos. Recuérdesse al efecto que el contenido del negocio jurídico está llamado a ser integrado con los *naturalia* que se encuentran en la ley, la costumbre, la equidad natural¹¹³ (arts. 1603 c. c. y 871 c. co.). Al juez *iure proprio* solamente le concierne disponer términos para actuaciones en el proceso y en caso de silencio de la ley (art. 119 c. de p. c.).

Se distingue entre la obligación de cumplimiento inmediato, la a plazo y la bajo condición. La primera ha de ejecutarse en el acto mismo de la asunción de la deuda. Las restantes están referidas a día futuro determinado o indeterminado, cierto o incierto, según se trate, en su orden, de término¹¹⁴ o de pendencia¹¹⁵. La proyección hacia el futuro puede implicar simplemente la fijación de la oportunidad de ejecución de la prestación o de culminación de ella¹¹⁶: pagaré a la orden de X en el término de seis meses; la remodelación del local habrá de completarse en el término de tres meses. Como también señalar varias oportunidades escalonadas o los momentos correspondientes a la ejecución continuada o sucesiva: piénsese en el mutuo que recibe alguien para el pago de parte del precio de compra de un inmueble, que habrá de servir, junto con los intereses, en cuotas mensuales a lo largo de tantos años; o en el precio de un mueble duradero con pago escalonado; o en la renta que ha de pagar periódicamente el adquirente de otro inmueble, durante la vida del enajenante; o en la obligación de pagar el precio del arrendamiento o el salario mientras dure la relación contractual.

No es inusitado el que la prestación esté referida a una oportunidad o momento, no sólo determinados precisamente, sino —lo que es acá más importante— exclusivos, en el sentido de que el interés del acreedor gira alrededor de ese instante, o incluso, que la exigibilidad de la prestación al deudor no pueda darse sino entonces. Se habla así de “término esencial”.

¹¹⁶/DV□REOLJDFLRQH V□GH□HMHFXFLy□LQVWDQWi QHD□VRQ□DTXHOODV□Gluhu h g d i n d □ O b s u r v LVIDFFLyQ□GHO□L
único o acto conclusivo, al margen de si el cumplimiento exige un cierto tiempo de desenvolvimiento o una fase
SUHSDUDW EUND A REEOLJD I ERG., n.º 107, p. 214.

también de “negocios fijos”¹¹⁷, para resaltar esa interdependencia íntima entre el interés del acreedor o, en su caso, la disponibilidad del deudor, y una oportunidad. Los ejemplos son numerosos y vistosos: la entrega del vehículo para un determinado viaje, la terminación del arreglo del pabellón para la feria, la obligación de espectáculo en ambos sentidos: de parte del espectador y de la del empresario: la ejecución posterior de la prestación no es aceptable o exigible.

489. obligaciones de ejecución instantánea y de ejecución continuada o periódica

La distinción entre obligaciones de ejecución instantánea y obligaciones de ejecución continuada o periódica tiene trascendencia en lo que atañe a su tratamiento, formas de terminación y sus efectos. Si lo que ocurre es una división de la obligación en varias fracciones, contados, cuotas, la nulidad, igual que la resolución del contrato, implica la vuelta de las cosas al *status quo ante* y las consiguientes restituciones (arts. 1746 y 1544 c. c.), en tanto que si se trata de la ejecución continuada o periódica de las obligaciones en razón de la función misma del contrato no puede hablarse en puridad de términos de resolución o, si se quiere, los efectos de esta, como los de la nulidad en su caso, no pueden ser retroactivos, sino *ex nunc*: lo ejecutado queda en firme, el contrato se termina y las obligaciones pendientes se extinguen (art. 870 c. c.). En todo caso, cada fracción, lo mismo que cada prestación periódica, tiene su propia exigibilidad.

490. posibilidad y exigibilidad del pago

Una cosa es cuándo se puede hacer el pago, y otra cuándo se debe hacer el pago. La diferencia estriba, en lo que se refiere al primer interrogante, en de quién es el *commodum* del término suspensivo fijado para el pago, si favorece al acreedor o al deudor o va en el interés de ambos. Si el término aprovecha sólo al acreedor, como en el ejemplo solido del depósito, mal podría el deudor anticipar la ejecución de su obligación de restituir la especie, sin la anuencia de aquel (cfr. art. 694 c. co.), en tanto que el acreedor puede prescindir del término estipulado, porque “la restitución es a voluntad del depositante” (art. 2251 [1] c. c.); otra cosa es que si vencido el término el depositante no retira la cosa, el depositario pueda proceder a consignarla (art. 2252 c. c.). A la inversa, si el término corre en beneficio del solo deudor, como en el comodato o en el préstamo gratuito, bien podría este renunciar a él y anticipar su cumplimiento. Y si el término es de interés mutuo, no es aceptable el pago prematuro por decisión unilateral del deudor que acarree perjuicio al acreedor (art. 1554 c. c.)¹¹⁸.

Por lo mismo, como lo previene el art. 6.1.5 (1) de los *Principios* de UNIDROIT, “El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo”. El caso es que el término se presume dispuesto en interés del deudor, como se desprende de la norma del art. 1554 c. c. que lo faculta para renunciar

¹¹⁷ MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 11.

¹¹⁸ Así, el art. 2229 F□□F□□SHUPLWH□DO□PXW XDULR□GHYROYHU□OR□PXW XDGR□DQWHV□GHO□WpUPLQR□HVWLSXODG LQWHUHVHV'□□3RU□33QWPEQILDay de 1998, t. 4, mayo, 1998, 448 y s., la Corte Constitucional resolvió que la aplicación de esta norma a los créditos de vivienda a largo plazo sería inconstitucional por ir contra lo dispuesto en el art. 51 C. P.

Sin embargo, con referencia al derecho comparado, ha de anotarse que el art. 1185 [2] *codice civile*, enseguida de disponer que “el deudor no puede repetir lo que pagó anticipadamente, aun si ignoraba la existencia del término”, previene que “en este caso, sin embargo, puede repetir, dentro de los límites de la pérdida sufrida, aquello en que el acreedor se ha enriquecido por efecto del pago anticipado”, y que el art. 1513 *code civil de Québec* preceptúa que “[l]o que ha sido ejecutado anticipadamente, libremente y sin error, no puede ser repetido”.

Ahora bien, el acreedor, como se ha dicho, puede rehusar el pago anticipado que pretenda hacer el deudor, cuando quiera que tenga motivo legítimo para ello, especialmente cuando el término se estableció en su solo favor o en beneficio común de las partes, conclusión que habrá de rezumar de la interpretación del contrato. A este propósito, el caso del mutuo con interés remuneratorio es especialmente delicado, como quiera que a la reflexión preventiva de que el término no beneficia exclusivamente al deudor, sino también al prestamista¹²¹, han de sumarse consideraciones de temperamento en obsequio de estratos amplios de deudores, que han movido a la jurisprudencia e incluso al legislador a intervenciones de *favor debitoris* a fin de permitirles a aquellos la restitución intempestiva del dinero mutuado o el pago anticipado de las cuotas pendientes del precio de bienes o servicios de “consumo” sin compensación al acreedor¹²². El pago anticipado también puede, eventualmente, ir en perjuicio de los demás acreedores del deudor que se precipita a hacerlo con quebranto de la *par condicio creditoris*¹²³, y en tal sentido ser objeto de desconsideración para una acción revocatoria.

A propósito de las obligaciones condicionales, tema que corresponde a la materia de negocio jurídico: alteración de la eficacia final por disposición particular, ha de aclararse de entrada que la relación jurídica condicional, tanto la sometida a condición resolutoria como

establecimientos de crédito podrán otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana, siempre que tales operaciones de crédito se otorguen con una tasa fija de interés durante todo el plazo del préstamo, los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses y se acepte expresamente el prepagó, total o parcial de la obligación

¹²³ Cfr. MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.° 916, p. 1006.

493. exigibilidad y mora*

La mora es un concepto jurídico, que presupone el retardo, pero que puede incluir o no el requisito del requerimiento o intimación de parte del acreedor¹²⁵. El retardo es la primera manifestación de incumplimiento en las obligaciones positivas; es una *species* del incumplimiento¹²⁶, que eventualmente será apenas transitorio, o se muestra desde un principio como incumplimiento definitivo, o puede desembocar luego en él.

Se habla de *mora ex persona* y de *mora ex re*. La primera implica un acto de parte del acreedor, que, a la vez que memorando o recordatorio al deudor, constituye una exigencia de pago a él: el requerimiento o intimación, generalmente judicial, pero de naturaleza administrativa (arts. 1608 [3.º] c. c. y 326 c. de p. c.)¹²⁷. En tanto que la segunda prescinde de cualquiera actuación a propósito y se remite a hechos y circunstancias objetivos, ante

127 Cfr. auto SNG de 10 de febrero de 1941, LJ, 132. Conforme a lo dispuesto en el inc. 2.º del art. 90 c. de p. c. (num. 41, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989) **Q** **D** **Q** **R** **W** **L** **F** **D** **F** **L** **Q** **G** **H** **O** **D** **X** **W** **R** **D** **G** **P** **L** **V** **R** **U** **L** **R** **G** **H** **O** **D** **G** **H** **P** **D** **Q** **G** **D** **H** **M** **H** **F** **X** **L** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V** **L** **W** **X** **L** **U** **H** **O** **P** **R** **U** **D** **D** **O** **G** **H** **X** **G** **R** **U** **W** **D** **G** **R** **G** **H** **O** **H** **O** **U** **H** **T** **X** **H** **U** **L** **P** **H** **O** **W** **R** **S** **D** **U** **D** **F** **R** **O** **V**

todo, el vencimiento del término, el paso del día o la oportunidad (art. 1608 [1.º y 2.º] c. c.). En derecho romano, la mora del deudor “presuponía la exigibilidad del crédito, o sea que hubiera transcurrido el tiempo (*dies venit*), sin necesidad de una invitación a cumplir (*interpellatio*) dirigida al deudor por el acreedor: *dies interpellat pro homine*, según la terminología de los intérpretes, salvo que, con base en la interpretación del título constitutivo, lo exigiera la naturaleza especial de la obligación”¹²⁸. Los ordenamientos francés e italiano optaron por el sistema de la *mora ex persona*, de modo que para ellos la regla es la mora en virtud de requerimiento y el vencimiento del término la excepción¹²⁹. En lo que respecta a nuestro sistema, es menester tener presente que, cual ocurre en la mayoría¹³⁰, entre ellos en el *common law* (*late performance*)¹³¹, rige el principio romano de *dies interpellat pro homine*, que agiliza y facilita el desarrollo de las relaciones crediticias y le imprime más precisión y seguridad al fenómeno mismo del incumplimiento por retardo¹³².

A este propósito ha de rechazarse la tendencia a considerar que el principio o regla general en el derecho nacional es el de la mora en virtud de requerimiento judicial. Para ello se retuerce el art. 1610 c. c., que, bien se advierte, comienza por regular las hipótesis comunes, usuales: la inexecución de la obligación dentro de un término estipulado (o legal) o del término natural, para a la postre (ord. 3.º) prevenir la excepción, lo inusitado, el remanente, que es marginal¹³³: “en los demás casos, cuando el deudor ha sido requerido judicialmente por el deudor”¹³⁴.

En fin, la Corte, en casación de 22 de noviembre de 1993, exp. 3990, sostuvo, a mi modo de ver en términos innecesariamente equívocos, que la mora del deudor siempre deriva de ‘interpelación’, entendiendo por tal, no solamente el requerimiento o intimación (judicial) del ordinal 3.º del art. 1608 c. c., sino también la estipulación de plazo y la determinación

¹²⁸ BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, cit., § 21, p. 605.

¹²⁹ Arts. 1139 *code civil fr.* y 1219 *codice civile*. Cfr. LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 663 y ss.; A. MAGAZZU. *Mora del debitore*, en EdD., XXVI, Milano, 1976, p. 936 y ss.

¹³⁰ § 284 BGB (O) GHXGRU TXH QR FXPSOH DQWH HO UHTXHULPLHQWR GHODFUHHGRU LQFXUUHQ PRUD para la prestación está señalado un tiempo conforme al calendario, el deudor entrará en mora sin necesidad de requerimiento, HQFDVVR GHQR FXPSOLU OD SUHVWDFLYQH HQHODWLHPSR LQGLFDGR

¹³¹ Cfr. CHESHIRE FIFOOT & FURMSTON *Law of Contract*, 12.ª ed., London-Dublin-Edimburgh, 1991, p. 552 y ss.

¹³² D FRQVWLWXFLYQH HQ PRUD GHOD GHXGRU FRPSUXHED OD LQRODMEXFLYQH GHOD DREGLOHFLYQ 1ere., cit., n.º 663, p. 631.

¹³³ En esa tendencia puede haber influido la presencia del régimen contrario en el derecho francés. Cfr. cas. de 3 de julio de 1963, CIII, 80 V HO UHTXHULPLHQWR MXGLFLDO QR VLHPSUH HV QHFHVDULR SDUD FRQVWLWXLU DO GH del plazo. Y en este caso no hay entre lo uno y lo otro relación de medio a fin. La mora es el hecho de inexecución. Si dentro del plazo estipulado no se cumple el contrato, se produce la mora automáticamente. La ley no establece como principio general que deba requerirse al deudor. La previsión legal es la de que por no cumplirse la obligación dentro del tiempo SDFWDGR HO GHXGRU HVW HQ PRUD VH FRQVWLWXE HQ 975 REID publicat 21 de Agosto de 1978 CLVIII, 128. En cas. de 15 de marzo de 1983 VLQ SXEOLFDO OD & RUWH GLIHUHQFLY HO DUHW DUGR GH OD DTXHO VH GD FXDQGR HO GHXGRU QR FXPSOH XQD YH SURGXFLGD OD H L JLELOLGDG GH OD REOLJDFLY DGHPV HO D FUHHGRU D WUDYpV GH ORV PHGLRV LGYQHRV UHFRQYLHQH DO GHXGRU FXDQGR QR KD de junio de 1986, CLXXXIV, 92 OOHJy D VRVWHQH TXH 608 del WHQRH consideraw a los alcances o efectos de la mora, se sienta la regla general de que el deudor queda constituido en mora a partir de la reconvencción judicial hecha por el acreedor al deudor para que cumpla con sus obligaciones, regla que sólo tiene las excepciones señaladas en los ordinales 1.º y 2.º del mencionado precepto, o sea cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término pactado, salvo que la ley exija requerirlo, y cuando la obligación no haya podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el GHXGRU OR KD GHMDGR SDVDU FUYLQ ENPSODiFecha & Ful De las obligaciones, vol. I, cit., n.º 312, p. 305.

¹³⁴ SV & QR HQ XQ FRQWUDWR VH KD HVWLSXODGR TXH DOJR VH GHEHU XQD YH TXH VH KD D UHDO forzoso entender que el cumplimiento de lo debido habrá de coincidir forzosamente con el día en que ocurra ese hecho. Por eso la Corte, a la luz de los principios jurídicos, ha considerado que el *dies interpellat pro homine* MDPIV RFXUUHQ XQD YH TXH OOHJXH HO KHFKR VXSXHVWR SDUD KDFHU H L JLELOLGDG ENPSODiFecha & Ful De las obligaciones, vol. I, cit., n.º 312, p. 305.

138 Así, cas. de 8 de agosto de 1974, CXLVIII, 194 y s.
 Así, el art. 488 F□□GH□S□□F□□LQFOXH□GHQWUR□GH□ORV□UHTXLVLWRV□GHO□WtWXOR□HMHFXWLYR□HO□GH□TXH□
 concepto, como requisito de la compensación legal (art. 1715 [3.ª] c. c.), cfr. sent. SNG de 31 de agosto de 1942, LIV, 383:
 3/D□H□LJLELOLDGD□HV□OD□FDOLGDG□TXH□FRORFD□D□ODV□REOLJDFLRQH□HV□HQ□VLWXDFLYq□GH□SDJR□R□VROXFL□
 a plazo, condición o modo. HVWR□HV□□SRU□WUDWDUVH□GH□REOLJDFLRHV□SXUDV□□VLPSOHV□D□GHFODUDGDV□

Sin embargo, no puede olvidarse la norma especial a propósito de la entrega-tradición de la cosa en el contrato de compraventa: “... pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago” (art. 1882 [4] c. c.), que plantea una hipótesis de legítima defensa.

496. exigibilidad anticipada

No pudiendo el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación sujeta a plazo antes de su vencimiento, cuando en él tiene interés el deudor, la ley (art. 1553 c. c.), empero, previene dos eventualidades en las cuales las obligaciones se hacen exigibles en forma inmediata, o sea que los términos suspensivos pendientes caducan, en actitud de tutela ágil del derecho de crédito: una, ante la quiebra (apertura de proceso concursal, art. 151 [2], tít. II, Ley 222 de 1995), en obsequio de la agilidad de la liquidación y cancelación de las acreencias y del respeto de la *par condicio creditoris*; y otra, como prevención y sanción, cuando las cauciones constituidas para garantía de una obligación se extinguen o disminuyen considerablemente de valor, siempre que haya sido por hecho o culpa del deudor (art. 427 [6] c. de p. c.)¹³⁹, pero dándole a este oportunidad de mantener el beneficio del término en curso, mediante la renovación o la mejora de aquellas (arts. 427 [5] y 441 c. de p. c.). Lo cual quiere decir, sin más, que la perención del término es automática en la primera hipótesis, como consecuencia propia de la apertura del proceso concursal, mientras que en la segunda es menester un requerimiento de pago por parte del acreedor, de modo de darle tiempo al deudor de tomar la iniciativa de la renovación de las cauciones¹⁴⁰. A esos dos eventos habría que agregar uno similar al segundo, que es el de incumplimiento del deudor de la obligación asumida por él de constituir garantía real para seguridad de la obligación principal, que trae el art. 40.b c. c. de los Países Bajos.

Por último, en este ámbito hay que poner de presente que el inciso cuarto del numeral 302 del art. 1.º del Decreto 2282 de 1989, subrogatorio del art. 554 c. de p. c., al regular los “requisitos de la demanda” ejecutiva con título hipotecario o prendario fue disponiendo: “Si el pago de la obligación a cargo del deudor se hubiere pactado en diversos instalamentos [*sic*], en la demanda podrá pedirse el valor de todos ellos, en cuyo caso se harán exigibles los no vencidos”, en abierta contraposición con lo estatuido por el art. 962 c. co., a propósito de la cláusula de aceleración del pago en ventas por cuotas¹⁴¹.

497. mora por declaración o comportamiento del

¹³⁹ 3/D □ QRUPD □ VREUH □ OD □ FDGXFLGDG □ GH □ WpUPLQR □ H[SUHVD □ HO □ VLJXLHQWH □ SULQFLSLR □ □ HO □ KHFKR □ GH □ G satisfacción del crédito priva de justificación a su interés HQ □ HVSHUDU □ HO □ YHQFLPLHQWBRNGA □ REEOLJD □ RQ cit., n.º 111, p. 223.

¹⁴⁰ BIANCA. ¶ REEOLJD □ RQ n.º 109, p. 218.

¹⁴¹ Como ya se anotó, el art. 69 de la Ley 45 de 1990 GLVSXVR □ □ 3 & XDQGR □ HQ □ ODV □ REOLJDFLRQHV □ □ PHEDQWLOHV □ VH □ HVV mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario. En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este art. el acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses GH □ PRUD □ ORV □ FREUH □ ~QLFDPHQWH □ VREUH □ ODV □ FXRWDV □ SHULyGLFDV □ YHQFLGDV □ □ DXQ □ 1 & XDQGR □ FRPSUHQGI Ley 546 de 1999 □ □ D □ SURSyVLWR □ GH □ ORV □ 3FU □ GLWRV □ GH □ YLYLHQGD' □ □ GLVSXVR □ TXH □ 3QR □ SRGUi □ FRQWHQHU consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial o se someta el LQFXPSOLPHQWR □ D □ OD □ MXVWLFLD □ DUELWUDO' □

La Corte Suprema sumó a esta hipótesis la del comprador que en el contrato dice haber pagado el precio, sin haberlo hecho: lo considera incurso en mora desde ese mismo

147 ³³HUR SDUD TXH OD GHFODUDFLyQ GHQ GHXGRU GH QR TXHUHU FXPSOPumikadDuturQJQDEOHPHQWH FLHU
PHOHVWHU TXH VHD VHULD SRU WDOWNBIANCH THEOKHFKDQSRU IHVFLUZR

instante, sin necesidad de requerimiento, “porque se infiere que desde entonces incumplió”¹⁴⁸.

498. medidas conservatorias

El acreedor que no puede pretender la ejecución de la prestación antes de que se cumpla la condición o expire el plazo, sí está facultado para impetrar medidas conservatorias (arts. 1550 y 1136 c. c.)¹⁴⁹.

499. “mora debitoris”

El fenómeno de la mora y su disciplina serán estudiados dentro del tema de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación¹⁵⁰; acá baste tomarlo en cuenta en contraposición a la exigibilidad, en lo que respecta al cuándo debe hacerse el pago.

El deudor entra en mora¹⁵¹, según la prevención del art. 1608 c. c.: “1.º 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; 2.º 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 ejecutarla¹⁵²; 3.º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”¹⁵³.

En cuanto al requerimiento, el art. 326 c. de p. c. prevé: “Los requerimientos [...] se entenderán surtidos con la notificación del respectivo auto y la exhibición de los documentos que en cada caso exija la ley”, para lo cual “son competentes, a prevención, el juez del domicilio y el de la residencia de la persona con quien ha de cumplirse el acto” (art. 23 [20] c. de p. c.). Y el num. 41 [2] del art. 1.º de la Ley 794 de 2003, sustitutivo del art. 90 c. de p. c. mantuvo la redacción de éste en la versión del Dcto. 2282 de 1989, en cuanto a que “la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”¹⁵⁴.

A este propósito no huelga anotar que en materia de prestaciones correlativas es necesario tener presente que la parte que sea, no obstante la exigibilidad formal de la prestación a su cargo, puede oponer a la otra la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus* (art. 1609 c. c.), que suspende dicha exigibilidad, y que en rigor es expresión de

¹⁴⁸ Cas. de 15 de mayo de 1972, CXLI, 180.

¹⁴⁹ Por este aspecto la posición del acreedor a término se muestra análoga a OD GHODFUHHGRU EDMRIANRQGLFLyQ REEOLJDJLRQH n.º 109, nota 37, p. 219. El *code civil de Québec* previene en términos generales, art. 1626³(ODDFUHHGRUSXHGHWRPDUWRGDVODVPHGLGDVQHFHVDULDVR~WLOHVDDODFRQVHUUYDFLyQGHVXVGHUHFKRVR

¹⁵⁰ El fenómeno del incumplimiento o inexecución de la obligación, no obstante ser común a toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su fuente, ha sido y sigue siendo tratado como incumplimiento del contrato. Dentro de la sistematización adoptada en el presente estudio, se le considera como una de las grandes ramas de la responsabilidad (derecho de daños): la FRQFUHWDVXVDOPHQWHODPDGD³FRQWUDFWXDO⁴SRUKDEHUQLQXPSOLGRHO GHXGRUVXREOLJDFI por encuentro social RFDVLRQDOVXVDOPHQWHODPDGD³H[WUDFRQWUDFWXDO⁴

¹⁵¹ ³/DPRUDHVXQQLQXPSOLPLHQWRFDOLILFDGRGHXQDREOLJDFLyQFRVWUJYDQVHEDMHIHFWRFLHUWRGHSHUSHWXDERISODREOLJDFLyQ n.º 107.

¹⁵² ³&XDQGRKDVSODJRWFLWRSDUDHOFXPOLPLHQWRGHXQDREOLJDFLyQGHWHUPLQDEOHFRQFLHUVQHFHVLGDGGHUHTXHULPLHQWRMXGLFLDOSDUDTXHHOHGHGSRUHQFRVWUJYDQVHEDM⁴PRUD⁵FDVGH

¹⁵³ ³6LFR normal, el término está referido a un día, el deudor está obligado a cumplir en el día en que vence el término. El día del vencimiento indica, precisamente, el arco de tiempo dentro del cual el deudor cumple tempestivamente. Expirado ese día el deudor VHQHFHXHQWUDHQANFWREOLJDJLRQH n.º 120, nota 93, p. 236.

¹⁵⁴ Cfr. cas. 27 de marzo de 2003, exp. 6865.

una legítima defensa que el ordenamiento concede al acreedor-deudor de prestaciones correlativas (cfr. § 320 y ss.; art. 1460 *codice civile*)¹⁵⁵.

En fin, cuando la no ejecución oportuna de la prestación obedeció a una causa extraña al deudor y este lo demuestra, se “purga” la mora¹⁵⁶, o sea que no incurre él en responsabilidad ni, por consiguiente, debe perjuicios moratorios (art. 1616 [2] c. c.), y de ser factible aún la prestación y subsistir el interés del acreedor, podrá ejecutarla posteriormente, en cuanto haya cesado el impedimento.

500. presupuestos de la mora

La *mora debitoris* presupone inejecución de la prestación, posibilidad de esta e imputación de aquella al deudor, que de ordinario significa a su dolo o culpa¹⁵⁷, pero que también puede bastarse con la ausencia objetiva de satisfacción del acreedor. Así mismo, la mora presupone la exigibilidad, mas no la inversa, con excepción de la exigibilidad de la cláusula penal, que cualquiera que sea su clase (compensatoria o moratoria) no es exigible mientras el deudor no haya incurrido en mora (arts. 1594 y 1595 [1] c. c.), y salvo el caso de cláusula penal adosada a obligación negativa, que se hace exigible a partir de la contravención (art. 1595 [2] c. c.).

Para completar la presentación del precepto ha de anotarse que el deudor debe ser puntual en el pago, so pena de incurrir en mora, asumir los riesgos consiguientes, exponerse a la ejecución coactiva de parte del acreedor y quedar obligado a resarcir los daños y perjuicios que su tardanza le haya ocasionado (indemnización moratoria)¹⁵⁸. Y ser puntual quiere decir cumplir inmediatamente, si la obligación es pura y simple, o en los casos de obligaciones a término –estipulado, de ley, implícito o necesario– ejecutar la prestación antes de la expiración del término. Otra cosa es que en algunos casos, por previsión normativa o negocial, se considere que el deudor paga oportunamente haciéndolo aun dentro del término del requerimiento (arts. 326 c. de p. c. y 1937 c. c.) o del aviso de la elección del acreedor. Así, en las obligaciones condicionales y en las alternativas cuando la opción es del acreedor.

La mora, o mejor, las consecuencias adversas de la mora, se desvanecen en el evento de que el deudor no haya ejecutado la prestación en tiempo por razones extrañas a él, conforme lo prevé el art. 1616 [2] c.c.: “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”. En consecuencia, se da, por así decirlo, una suspensión del término, y el deudor resulta dispensado del cumplimiento y no asume los efectos adversos correspondientes a ella, mientras subsista el impedimento absoluto, con carga de probarlo, así como su persistencia.

Al respecto y por la singularidad de la hipótesis, valga mencionar la sentencia de la Corte Constitucional de 26 de junio de 2003, tutela-520/2003, que declaró que al deudor de obligación pecuniaria que padeció secuestro no se le pueden cobrar intereses moratorios, como tampoco exigir la obligación en sí mientras esté secuestrado y un año más, a tiempo

¹⁵⁵ Cfr. cas. 27 de marzo de 1996 CCXL, 474 y ss.

¹⁵⁶ Sent. de 17 de junio de 1937, XLV, 545.

¹⁵⁷ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 308, p. 172.

¹⁵⁸ Reflexión y consecuencia propias del efecto de la *perpetuatio obligationis* consiguiente a la mora, con una precisión importante: cuando el *plazo* de la obligación es *esencial*, o sea cuando la prestación ha de ser satisfecha en un día determinado, único útil para el acreedor, lo que hay de por medio con la falta no es un mero *retardo*, sino el *incumplimiento definitivo* de la obligación, que no podrá ser satisfecha luego sino en el supuesto de que el acreedor consienta en ello.

Por lo demás, quepa anotar que en los eventos de prestaciones de dar-entregar géneros distintos del dinero y de hacer, bien podría darse la situación de pérdida del interés del acreedor por carecer de utilidad para él la prestación extemporánea, en razón de lo cual, demostrada esta circunstancia, vendría la disolución del vínculo, con exigencia de liquidar las relaciones dejando a salvo el derecho de aquel.

501. dónde debe hacerse el pago

Ahora bien, el lugar donde, de acuerdo con las distintas pautas, haya de ejecutarse la prestación, influye en cuanto a la ley aplicable al respecto¹⁶¹ y, en caso de litigio al respecto, en cuanto al foro competente, a prevención con el general del domicilio del deudor.

Ese lugar es una circunscripción territorial, sea la habitación, la oficina, el taller, el almacén, el depósito, la fábrica, una dependencia bancaria, un municipio, más ampliamente, un ámbito administrativo o político. Puede ser uno solo o uno entre varios o ser varios sucesivamente: el vehículo se entregará en el garaje, el pasaje aéreo puede retirarse en la agencia o en el mostrador en el aeropuerto, el visitador médico debe entrevistar a distintos profesionales en sus respectivos consultorios.

Hay casos en los que la individualización del sitio va de la mano de la índole de la

¹⁶¹ 3(V□ SULQFLSLR□ GH□ GHUHFKR□ LQWUHQDFLRQDO□ SULTYDGR□ TXH□ FRQVLGHUDGD□ OD□ VROXFLyQ□ FRPR□ XQR□ obligaciones, debe regirse por la ley del lugar fijado para el cumplimiento de las mismas obligaciones; y de ahí que sea la *lex loci solutionis* la aplicable a todos los casos relativos al modo como debe realizarse el pago, a las cosas que debe ser pagadas \(\square\text{ODV}\square\text{SHUVROQDV}\square\text{TXLHQHV}\square\text{SXHG}\square\text{KDFIUWHG}\square\text{SDUR}\square\text{XVLF}\square\). Sobre la ley aplicable a la ejecución del contrato, cfr. Y. LOUSSQUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 2.^a ed., Paris, 1980, n.º 384, p. 490 y ss.

505. reglas de los códigos civil y de comercio sobre el lugar de la entrega

Teniendo en cuenta la trascendencia de la inversión de la regla y la progenie del precepto nacional, es pertinente acudir a la doctrina italiana más reciente en busca de la razón de ser y los alcances del vuelco y la experiencia con el precepto, como aparece en la nota de pie de página¹⁶⁸.

la voluntad de las partes o por la naturaleza de la prestación, intervienen los criterios sentados por las normas (dispositivas y/o supletorias) de ley. La modelada sobre el sistema francés (art. 1247 *code civil* fr.) es la que se adoptó en el Código de Comercio de 1809, el cual establece que el deudor responde del pago de una obligación pecuniaria en el domicilio del acreedor, si este no militan solamente razones de carácter práctico, que tienen que ver con los nuevos medios de pago (cheques, giros postales, provisiones bancarias). Sino que hay que reconocer que el riesgo a cargo del deudor (consistente en que el acreedor obtenga la suma) lleva a especular sobre la naturaleza de la obligación pecuniaria, que tiene por objeto, ya no la transferencia de cosas al dominio del acreedor, sino la obtención de un valor patrimonial correspondiente a la cantidad debida. Así, la obligación pecuniaria viene a ser asimilada a una obligación de resultado [...]. Así, en la determinación del lugar del pago, se hace sentir la influencia del hecho de que el deudor sea propietario de un bien inmueble, lo que le confiere un mayor grado de solvencia que el de un simple comerciante.

En consecuencia, el artículo 1247 del Código de Comercio de 1809 establece que el deudor responde del pago de una obligación pecuniaria en el domicilio del acreedor, si este no militan solamente razones de carácter práctico, que tienen que ver con los nuevos medios de pago (cheques, giros postales, provisiones bancarias). Sino que hay que reconocer que el riesgo a cargo del deudor (consistente en que el acreedor obtenga la suma) lleva a especular sobre la naturaleza de la obligación pecuniaria, que tiene por objeto, ya no la transferencia de cosas al dominio del acreedor, sino la obtención de un valor patrimonial correspondiente a la cantidad debida. Así, la obligación pecuniaria viene a ser asimilada a una obligación de resultado [...]. Así, en la determinación del lugar del pago, se hace sentir la influencia del hecho de que el deudor sea propietario de un bien inmueble, lo que le confiere un mayor grado de solvencia que el de un simple comerciante.

506. domicilio

507. cambio de domicilio en el entretanto

508. lugar de cumplimiento y foro competente

¹⁷⁵ Cfr. BIANCA, *REEOLJD/LRCH* n.º 127, p. 252.

La norma básica a propósito de la exactitud de la prestación es la contenida en el art. 1627 c. c.: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”¹⁷⁹, que ha de complementarse con la recíproca: “el acreedor no puede obligar al deudor a ejecutar prestación distinta de la debida, ni aun alegando que le resulta menos onerosa”.

510. obligaciones de dar-entregar

La revista a las distintas clases de prestación principia, como es obvio, con las de dar-entregar. A propósito de la obligación de dar, consistente en la transferencia o en la constitución de un derecho real, y en lo que hace a las circunstancias jurídicas del objeto, ha de ponerse de presente que la regularidad del pago presupone la *comerciabilidad* de la cosa (derecho)¹⁸⁰. Y en cuanto a los caracteres físicos de la cosa o de los géneros debidos y las vicisitudes de las respectivas prestaciones, ha de anotarse que la regularidad del pago exige la “integridad jurídica”¹⁸¹ de las cosas sobre las cuales recae la prestación, esto es, que se encuentren libres de derechos reales, principales o de garantía, que limiten el dominio o impliquen gravamen. Circunstancias en las que, para resolver los conflictos que llegaren a presentarse, no sólo relativamente al cumplimiento, sino a la responsabilidad o no del deudor por la presencia de alguna de ellas, es preciso indagar sobre la buena o mala fe de las partes, si conocían o debían conocer, o no, la existencia de la limitación, la condición, el gravamen.

Para las de cuerpo cierto (supra n.º 56) ha de recordarse que “la [obligación] de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega” (art. 1605 c. c.) y que “la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”. El cuerpo cierto debe entregarse en el estado en que se encontraba cuando surgió la obligación: ese el significado de la obligación de conservar y del deber de custodia. Ahora bien, como en el entretanto puede haber sufrido deterioros, o haber tenido incrementos, es indispensable dilucidar quién y cómo asume aquellos y quién se beneficia de estos. Antes de cualquiera anotación de orden jurídico y de asignar los riesgos según los antecedentes de la relación, la oportunidad en que ocurrió el siniestro, la causa del mismo y la manera como se presentó, hay que esclarecer los hechos y, dentro de ellos, la magnitud o gravedad del estrago. Para comenzar vienen dos reflexiones, apenas naturales, en lo que respecta a deterioros: la primera, que a quien le incumbe dar explicaciones y justificar lo que le haya ocurrido a la especie es a quien la tenía en su poder y sobre quien pesaban aquellos deberes, o sea al deudor (art. 1604 [3] c. c.), y no al acreedor, ajeno al ambiente y posiblemente a distancia y sin noticia del curso de los acontecimientos; y la segunda, que es obvio suponer que la adversidad sobrevino por acto u omisión imputable al guardián o a su séquito, y más todavía, por culpa suya (art. 1730 c. c.). Esto porque lo usual es que las cosas ocurran así y lo extraordinario es el advenimiento de un suceso fortuito o la intervención de un tercero (art. 1733 c. c.).

¹⁷⁹ PAULO. D. 12, 1, 2, 1.

¹⁸⁰ Cfr. FUEYO LANERI. *De las obligaciones*, II, cit., n.º 476, pp. 81 y s.

¹⁸¹ Cfr. BIANCA. *REELJDJLRQH*, n.º 58, pp. 101 y s.

Varias de las reflexiones siguientes corresponden, unas, al tema de la “imposibilidad sobrevenida”; otras, a la materia de “responsabilidad por incumplimiento de obligación”, sin embargo, a reserva de su desarrollo más amplio en las sedes correspondientes, y para los efectos de lo acá pertinente, que es el cómo se debe cumplir, es preciso, o por lo menos es cómodo, destacar en qué puede consistir el incumplimiento, sus variedades, y enunciar las pautas del trato que se le da.

511. perecimiento y deterioro del cuerpo cierto

El cuerpo cierto puede perecer, expresión que abarca su destrucción, su desaparecimiento, su egreso del comercio (art. 1729 c. c.), o su deterioro, eventualidad en la que es menester la apreciación de la gravedad del deterioro en sí y en relación con el destino singular de la cosa, porque, como lo advierte el art. 1543 [3] c. c.: “todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa”.

La destrucción, el desaparecimiento, la pérdida o el deterioro del objeto en poder del deudor pueden ocurrir, bien dentro de la oportunidad que él tiene para ejecutar la prestación o, dicho más directamente, antes de haber entrado en mora, o bien con posterioridad a su retardo; y es lógico, a la vez que ético, que el tratamiento que se le dé al suceso sea diferente: en la primera situación, en principio —a reserva de lo que las partes puedan haber estipulado (lo cual no es frecuente), pero sobre todo, de las pautas de ley, según el *commodum obligationis* (art. 1604 [1] c. c.) y lo que el buen sentido les ha llevado a prever—, el siniestro ocurrido sin culpa del deudor no compromete su responsabilidad (arts. 1543 y 1648 [1] c. c.) y, en consecuencia, él quedará libre y la obligación se extinguirá sin que el acreedor haya sido satisfecho, cuando aparezca probado que obró con la diligencia y el cuidado que le eran exigibles según la relación obligacional y en las circunstancias concretas (ausencia de culpa), o que el insuceso no fue resultado de hecho propio o de los suyos (art. 1738 c. c.) (extraneidad, elemento extraño) (art. 1604 [3] c. c.). En cambio, si el siniestro se le presenta al deudor moroso, el tratamiento que recibe este es más severo, aunque ya no se le carga sin más el riesgo, como antaño, sino que se le admite a probar que “el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor”, “por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor”, para que así el *periculum* no sea suyo (D. 30, 47, 6; arts. 1607, 1731 [2] y 1733 c. c.).

El mismo tratamiento se da, como sanción a la mala fe del estipulante, a la pérdida del cuerpo cierto, en la oportunidad que sea, cuando aquel “se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas” (art. 1607 c. c.).

Tratándose de solo deterioro del bien, es decir, de un detrimento que no lo inhabilita para su función natural, como tampoco para la de su destino específico, el acreedor habrá de recibirlo “en el estado en que se encuentre”, a reserva de su pretensión resarcitoria por el incumplimiento en que incurrió el deudor y, eventualmente, de la pretensión resolutoria del contrato, en el supuesto de que el estrago se haya debido a culpa del deudor o una vez constituido este en mora, con la misma atenuación indicada atrás, delante de caso fortuito con efecto personal (arts. 1543 [2] y 1648 c. c.).

512. aumentos y mejoras de la cosa

Como contrapartida de los riesgos de pérdida y deterioro que el acreedor de *res certa*

184 susceptible de división [...] Sin embargo, la indivisibilidad se descarta en numerosas hipótesis: *) La convención de las partes puede autorizar un pago parcial [...] *) Cuando varios herederos suceden a un deudor único, cada cual está obligado apenas a su parte, con lo cual se opera una división de la deuda originaria; *) En caso de compensación entre dos deudas de cuantía desigual, la deuda mayor se extingue hasta concurrencia de la menor, lo que quiere decir un pago parcial que aprovecha al acreedor mejor provisto; *) Cuando un deudor que tiene varias cauciones es insolvente, el acreedor que persigue una de ellas está expuesto al beneficio de división y a tener que perseguir el pago de la deuda contra todos los obligados, a cada cual por

El pago ha de ser completo, y esto quiere decir que en la oportunidad debida el deudor habrá de cubrir lo principal, lo complementario y lo accesorio, salvo que otra cosa se haya dispuesto en el título o se acuerde luego, o resulte de las circunstancias. Esta regla tiene especial realce en materia de deudas de género, y ante todo de dinero, pero es aplicable a las restantes, y la propia norma incluye dentro de los complementos, no solamente los intereses, sino “las indemnizaciones que se deban” (art. 1649 [2] c. c.), fuera de las previsiones concretas para relaciones singulares (cfrs. art. 1886 c. c. y 928 c. co.).

Siendo la obligación divisible y habiendo contención entre las partes respecto de la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, el juez, a instancia de cualquiera de ellas, ordenará el pago de la parte no disputada, mientras se decide la controversia (art. 1650 c. c.).

516. pago de obligaciones a plazos, sucesivas o escalonadas

“Si la obligación es de pagar a plazos”, o sea que es pagadera por cuotas, escalonada o de ejecución sucesiva, la ley, para facilitar el entendimiento de las partes en cuanto al servicio de la deuda y escuchando lo que es usual, presume que esas cuotas son de igual magnitud, con posibilidad de que otra cosa se disponga o aparezca acordado (art. 1651 c. c.). En el mismo orden de ideas, la ley acude a sentar preventivamente la independencia de las varias deudas que puedan ocurrir entre unas mismas partes y a agregar que en el caso de que aquellas sean homogéneas y periódicas (pensión, renta o canon), el deudor puede pagar válidamente uno o varios contados, a pesar de la oposición del acreedor, sin tener que cancelar previamente o al tiempo los demás devengados (art. 1652 c. c.).

La jurisprudencia ha indicado que “cuando se anticipa una cantidad de dinero correspondiente a varias sumas que han de cubrirse periódicamente, debe descontarse lo que corresponde en razón del anticipo, por los intereses que ese capital depositado habría de producir, estimados al 6% anual”¹⁸⁵.

517. obligaciones de hacer

En cuanto a las prestaciones positivas de hacer, y sin perder de vista su división en de obra y de trabajo, ha de tenerse presente, no sólo su abundancia e importancia económica mayúsculas en la época actual, sino el sinnúmero de perplejidades y dificultades que implica el hacer calificado científica, tecnológica y administrativamente, que sólo excepcionalmente llega a convertirse en obligación de resultado, en donde inclusive el avance y, en todo caso, la variación de las técnicas y artes hace más imprecisa o incierta la determinación de lo que es exigible al artífice, operario u operador, y sutil el cotejo entre esa pauta y su desempeño. Pensando en las obligaciones surgidas para ellos en los contratos de confección de obra material, de arrendamiento de servicios inmateriales, de mandato (incluyendo sus variedades comerciales de comisión, agencia y preposición), de sociedad con respecto a los administradores o gestores, de transporte, de fiducia, de corretaje, y por supuesto, en el universo del contrato de trabajo, sin hablar de las numerosas especies de contratos asociativos, el qué y el cómo se debe adquieren unas dimensiones y variedades

¹⁸⁵ Auto SNG de 31 de agosto de 1943, LVI, 523.

incalculables, que rebasan los patrones generales y aun los de los *naturalia negotia* de origen legal, para darle un gran relieve a los *naturalia negotia* de procedencia consuetudinaria, de usos sectoriales y, sobre todo derivados de la equidad: los *Treupflichten* (arts. 1603 c. c. y 871 c. co.). En torno de lo cual, a más del reenvío próximo al parágrafo de “Deberes de comportamiento del deudor y de colaboración del acreedor” y ulterior al tema de la actuación de la autonomía privada, ha de ponerse de presente que el espectro de cumplimiento-incumplimiento de la obligación es mucho más variado: a las categorías básicas: incumplimiento total e incumplimiento parcial, provisional y definitivo, fundamental e insignificante, se agregan las de cumplimiento imperfecto o cumplimiento defectuoso.

518. obligaciones negativas

En relación con las prestaciones negativas, es poco lo que hay que agregar a los planteamientos comunes a la ejecución cabal de la prestación. Su propia índole limitativa de la autonomía y la libertad individuales, zona próxima a la de los derechos fundamentales, hace recordar con mayor realce el *favor debitoris* prevenido en el inciso primero del art. 1624 c. c., en el sentido de atemperar la intensidad, amplitud y duración de las restricciones a él impuestas, teniendo además en cuenta que dicha obligación surge siempre de una declaración: un negocio jurídico o una providencia judicial o arbitral.

VIII. pago de obligaciones pecuniarias

519. el pago de las obligaciones pecuniarias*

El pago de obligación pecuniaria es quizá la operación más universal y frecuente de todas las atinentes al desenvolvimiento de la relación obligatoria. Dicho pago presupone la liquidez de la prestación, esto es, que se sepa su *quantum* y, naturalmente, que sea cierta. Habiendo dejado atrás la cuestión de si la obligación pecuniaria es o no una obligación de género, viene ahora la relativa a en qué consiste hoy la ejecución de la obligación de “dar” (pagar) una suma de dinero. Antiguamente el dinero se reflejaba en monedas, piezas de metales preciosos, la calidad física de ellas era objeto de reglamentación legal, y naturalmente se esperaba y debía producirse una dación de las especies metálicas o, luego, de papel¹⁸⁶. Hoy puede decirse que el empleo de cobradores que van a la habitación o al lugar de trabajo del deudor a reclamar y recibir el pago de obligaciones pecuniarias es del todo excepcional. De ordinario, el deudor ha de acudir a la sede del acreedor. Y lo más moderno, con tendencia a la generalización, es que por medios electrónicos ordene a su banco una remesa al acreedor o, directamente, un abono a la cuenta de este¹⁸⁷.

* C. DRAGON, D. GEIBEN, D. KAPLAN et G. NALLARD. Les moyens de paiement, des espèces à la monnaie électronique, Paris, s. d. (1997); M. STATHOPOULOS. Modern Techniques for Financial Transactions and their Effects on Currency, The Hague-London-Boston, 1995; M. V. COZZI □ 8VR □ GHO □ FRQWDQWH □ H □ GLVFLSOLQD □ VSHFLDOH □ GHQ □ DGHPSLPHQWR □ □ & D FONTAINE □ □ 3DLPHQW □ 3SHUIRUPDQH □ 0pODQJHV □ HQ □ O □ KRQHXU □ GH □ HQ □ 9Y □ D □ GORQ □ □ □ ADULV □ □ STOUFFLET. Instruments de paiement et de crédit, 4.^a ed., Paris, 2001.

¹⁸⁶ STATHOPOULOS. Modern Techniques for Financial Transactions and their Effects on Currency, cit., p. 4.

¹⁸⁷ (OOR □ SDUWLHQGR □ GHO □ DVHUWR □ HOHPHQWDO □ GH □ TXH □ 3QXHYDV □ WHFQRORJD □ DV □ DEUHQ □ QXHYDV □ SRVLELOLGD □ STATHOPOULOS. Modern Techniques for Financial Transactions and their Effects on Currency, cit., p. 3.

520. medios de pago

Quando la cancelación se hacía sólo mediante la entrega de especies metálicas o aun de billetes y monedas (moneda fiduciaria), no había lugar a poner en duda que se trataba de un dar-entregar. Pero, como quiera que con el desarrollo y la habitualidad de los pagos monetarios por medios y vías que nada tienen que ver con aquellas especies o con objetos representativos la realidad muestra que la inmensa mayoría de los pagos se hace sin que en ellos aparezcan (moneda escrituraria, y menos moneda metálica), sobre todo cuando se trata de sumas cuantiosas o del pago de obligaciones de cantidad fija y de vencimiento periódico¹⁸⁸, es natural recalcar acerca de la naturaleza de dichas operaciones.

Cheques, sobre todo, también transferencias de una cuenta a otra, giros postales, giros bancarios, remesas, cartas de crédito¹⁸⁹ y, más recientemente, tarjetas de crédito, tarjetas de débito y, por último (hasta ahora), la tarjeta cargada (*chip money*), las redes electrónicas¹⁹⁰, el *Cybergeld*¹⁹¹, que evitan el portar materialmente o llevar consigo el dinero y los riesgos inherentes a ello¹⁹². Resulta imprescindible, a la vez que interesante, observar más de cerca esos instrumentos con miras a desentrañar su función.

521. pago con cheques y otros medios

El cheque es una orden de pago que alguien, que puede inclusive ser el mismo banco, da de cubrir una suma de dinero, ora en efectivo, ora mediante transferencia o abono en una cuenta corriente¹⁹³.

Partiendo del dato elemental de que el acreedor no tiene el deber de aceptar un cheque para el pago o en pago de su crédito, o sea que, en principio, está a su discreción recibirlo o no del deudor¹⁹⁴ o de un tercero a uno u otro propósito¹⁹⁵, viene al rompe la inquietud relativa al efecto de la entrega y el recibo de un cheque¹⁹⁶ en razón de una deuda

¹⁸⁸ ³RV□*qbonos*□□ PHGLD□*computador* no sólo tienen la ventaja de reducir la posibilidad de errores, sino también el de la máxima puntualidad y seguridad de la transferencia, al permitir la mejor programabilidad de las disponibilidades monetarias, mediante los automatismos y técnLFDV□GHO□VINZWARD *Profilo del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 25.

189 Deposit money ³ financial institution obligation ³ GLQHUR ³ EDQFDUL ³ PRQHG ³ HVFULWXUDUL ³
190 ³ D ³ FROHLY ³ SRU ³ PHGLR ³ GH ³ XOD ³ UHG ³ LOILQWD ³ GH ³ WDVVH ³ D ³ HVS ³ MGH ³ VNRGR ³ FOMH ³ ISXOW

los consumidores hacer donde sea cualquiera clase de operación comercial con la simple anotación electrónica del número de su código propio (expresado, p. ej., en una *moneycard*), y la informática traduciría enseguida, centralizada en puestos activos

\\SDVLRYR\\OD\\VLWXDFlyQ\\SDWULPROLIZCAN\\FDGIM\\ERQNZPLGR ubbligazioni, cit., p. 25.

¹⁹¹ SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 166, p. 86.

¹⁹² El establecimiento reciente de un tributo consistente en un porcentaje (primero el 2% y luego el 3%) de cada operación bancaria (arts. 98 Dcto. 955 de 2000 y 1.º Ley 633 de 2000), ha determinado la disminución de los pagos por medio de cheques o transferencias bancarias y el incremento del manejo del dinero en efectivo.

193 STATHOPOULOS. *Modern Thecniques for Financial Transactions and their Effects on Currency*, cit., p. 5, anota que un flanco GpELO GH HVWRV LQVWUXPHQWRV UHVLGH HQ TXH HO GHVWLQWD ERRWGH HO ESQW mandatario, lo cual hace volver a las explicaciones sobre la delegación y las varias clases de estipulación a favor de tercero.

⁹⁴ /D□REOLJDFLyQ□SHFXQLDULD□VH□FXPSOH□H□DFWDPHQWH□VyOR□FRQ□PRQH□*in situ*□HO□MS□De□el
acreedor puede rehusar. Se estima, sin embargo, que no puede rechazarlo cuando el rechazo sea contrario a la buena fe, como
HQ□HO□FDVR□HQ□TXH□HO□DFUHHGRU□KXELHUD□DFHSWDGR□DQWHV□GDLR□NO□CMO□P-VZB□,
ed., Padova, 1992, p. 195.

195 (PSHUR□□HV□LQVWUXFWLYD□HVWD□UHIHUHQFLD□DO□GHUHFKR□IUDQFpV□□³=\$@□ILQ□GH□ID efecto disminuir la de los billetes de banco, y también permitir un control fiscal más estricto, el legislador (leyes de 1940 y de 1988) decidió que deben hacerse, sea por medio de cheques cruzados, sea mediante giros bancarios o a una cuenta corriente postal, los pagos relativos a arrendamientos, transportes, servicios, suministros, trabajos, o adquisiciones, en la forma que sea, de inmuebles o de objetos muebles, como también los pagos de los títulos nominativos, en cuanto sobrepasen cierta FDQWLGDZHAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 867, p. 965. Cfr. STARCK, ROLAND et BOYER. *Obligations*, 2, cit., n.º 1983 y s., p. 703 y s.

196 ³⁴XLQWD □ JHQHUDFLYQ' □ GH □ PRGRV □ GH □ SDJR □ GH □ RSTXUDFLYQ □ SMXQDUDUD. *Techniques for Financial Transactions and their Effects on Currency*, cit., p. 6

pecuniaria. ¿Dación en pago?, ¿provisión o dación para el pago? Y lo que se dice del cheque es aplicable, por extensión, a los giros, remesas y cartas de crédito. Sobre este punto específico se remite al lector al n.º 525 infra. Acá baste anotar, preventivamente, que, aun cuando en el lenguaje usual se diga “pago o pagué con cheque” o “pague con cheque” y se pueda creer que la entrega y el recibo de un cheque es pago, lo cierto es que allí no hay en verdad pago, sino provisión para el pago, que tendrá lugar sólo en cuanto el cheque sea efectivo y en la medida en que lo sea¹⁹⁷, lo cual es de importancia capital para establecer la realidad, la medida y la oportunidad del pago¹⁹⁸, y que ello ha de afirmarse inclusive respecto de los llamados “cheques de gerencia” o “certificados”¹⁹⁹ y de los “cheques de viajero”, al margen de la mayor confiabilidad propia de aquellos y estos.

Así que, “salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes”, el giro o el endoso de un cheque a propósito no es pago y no produce los efectos del pago (art. 643 c. co.), sino apenas cuando ocurra el “buen cobro” y, por lo mismo, universalmente se tiene por cierto que la oportunidad de aquel será la de la efectividad del cheque y que los riesgos de retardo, confusiones, pérdidas, entre ellos el de insolvencia del banco, son de cuenta del deudor girador o endosante. Así, por todos, puede verse el art. 6.1.7 [2] de los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” de UNIDROIT: “[S]e presumirá que el acreedor que acepta un cheque u otra orden de pago o promesa de pago [...] lo acepta bajo la condición de que el instrumento de pago sea cumplido”, principio que reitera el art. 6.1.8 [2] en cuanto a la transferencia de fondos: “... la obligación se extingue cuando la transferencia a la institución financiera se hace efectiva”²⁰⁰.

Otro aspecto es el de cuándo se entiende efectivo el cheque o efectiva la transferencia, como quiera que en el proceso se dan dos intervenciones o pasos: el giro o la orden o la remesa, y la recepción o la anotación en la cuenta del beneficiario, cuya puntualización es de trascendencia, pensando sobre todo en los medios de comunicación, en la universalización de la economía, en la transferencia electrónica de datos, en las prácticas de los distintos bancos y sistemas bancarios y en la normatividad de los distintos países relativa a los giros al y del exterior²⁰¹. Y la observación puede proyectarse incluso, aunque con ciertos temperamentos, a los denominados “cheques certificados” (art. 739 y ss. c. co.), o “de banco” o “de gerencia” (art. 745 c. co.), o “de viajero” (arts. 746 y ss. c. co.)²⁰².

Las anteriores consideraciones y anotaciones son valederas para las distintas clases de modos de pago, desde aquel que conserva la figura de entrega de especies monetarias (*chattel money*) hasta la tarjeta cargada, respecto de los cuales habrá que precisar, teniendo en cuenta la índole de los pasos y la intervención de terceras partes, si de plano hay pago, o provisión para el pago, o asunción de deuda por delegación consentida por el delegado, cuando responde afirmativamente a la consulta que le hace telefónica o electrónicamente el

¹⁹⁷ (O cumplimiento del pago se produce con dinero bancario, tan pronto se verifica el abono en la cuenta del acreedor, no en el PRPHQWR□HQ□TXH□VH□OH□KMEISDUSWLELSDGR las relaciones obligacionales, 1, cit., p. 89.

¹⁹⁸ (O□~QLFR□SUREOHPD□EXHVASOQVH Instrumentos utilizados es el de saber en qué momento tiene lugar el pago, es GHFLU□□HQ□TXp□PRPHQWR□OD□VXPD□VDOH□GHO□SDWULPQLR□GHO□GHXGRUMSDVDH□UDU□HQ□HO□GHO Obligations, 1 ere., cit., n.º 62, p. 59.

¹⁹⁹ Cfr. cas. de 25 de agosto de 2000, exp. 5377, sin publicar.

²⁰⁰ Cfr. Principios UNIDROIT, cit., Comentario al art. 6.1.8, p. 135.

²⁰¹ HO□KHFKR□GH□TXH□HO□FKHTXH□VHD□XQ□PHGLR□GH□SDJR□QR□VH□VLJXH□FRPR□FRQVHFH□HQFLD□LQHOXFWDE envío al acreedor, el pago se haya realizado. Lo que se recibe es un título de crédito sobre un banco y nada asegura por DQWLFLSDGR□TXH□VHUTARQURDGRND et BOYER. Obligations, 2, cit., n.º 1986, p. 704.

²⁰² No obstante la mayor confiabilidad de ellos y la mayor agilidad para su cobro, en fin de cuentas no son dinero efectivo, y están sujetos a la solvencia del emisor.

una orden telefónica, o por fax o correo electrónico, puede producir los efectos de pago (extinción) de su deuda para con el acreedor suyo, mediante la sustitución del deudor por la empresa que expidió la tarjeta, aceptada por el acreedor, dados los términos de su propio contrato con la misma, que le permite cobrársela con la presentación de dicho título valor²⁰⁸.

En cuanto a la tarjeta de débito (*electronic money*, sexta generación de modos de pago), que igualmente es una figura legalmente atípica, es menester resaltar que su empleo implica la transferencia de los fondos: descargo de la cuenta corriente del usuario o empleo por su parte de un cupo de crédito en la respectiva entidad, y abono inmediato en la cuenta del acreedor de la misma cantidad, por orden de aquel y con la aceptación de la dicha entidad o de otra, de donde se sigue que es un verdadero pago efectivo. A tal fin, el titular de la tarjeta de débito la introducirá en la máquina de que está provisto el establecimiento comercial de venta de bienes o servicios, indicará la cantidad debida y su número privado de identificación (PIN o clave), y oprimiendo la tecla dará la orden de pago (por transferencia de fondos).

La tarjeta cargada (*chip card*, *store money*, *carte à memoire*, *moneda electrónica*) implica, como su nombre lo denuncia, que ese instrumento aceptado por el portador y por los establecimientos dotados con las máquinas diseñadas y programadas al efecto, lleva consigo una previa provisión de fondos, que se van utilizando sucesivamente. Piénsese, sin más, en las tarjetas telefónicas, en las tarjetas para estacionamiento, o en las tarjetas con que se cancela el pasaje de buses o metropolitanas en las grandes ciudades, que agotadas se pueden recargar, todo mediante el empleo de máquinas, automáticamente, y que han venido a sustituir a las monedas o rodajas que anteriormente se empleaban para esos menesteres. En términos sencillos, la tarjeta cargada es un monedero, que implica un pago anticipado, que se va empleando y descargando paulatinamente.

Instrumentos de pago de la cuarta generación, o sea las órdenes de transferencia o de remesa, se practican hoy, en medida creciente en número, empleando instrumentos

* Naciones Unidas, Comisión para el derecho mercantil internacional, *Guía de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos*, Nueva York, 1987; J-F. DUCHER. *Développements récentes en matière de monnaie électronique*, en M(XURSH GHV moyens de paiement à M(KHXUH GH O(XUR HW P(RIS Q(OW NUDANSKOY. Nature juridique de la monnaie électronique, en O(XURSH GHV PRIHQV GH SDLPHQW D O(KXHUH GH O(XARVN H(XURSH Q(TFURIMOV GH SDLPHQW D O(KHXUH GH G(MK(P(SDZGHH O(QW

526. moneda de pago*

Los Estados siempre están en pugna con sus ciudadanos, aquellos van por la imposición del nominalismo²¹¹, estos por la del valorismo. Y como ha ocurrido siempre, oleadas, crisis, hasta que los principios extremos tienen que ceder ante la magnitud del peso de sus consecuencias, y la doctrina primero, seguidamente la jurisprudencia y, a la postre, la legislación, terminan por llegar, a regañadientes, más que a puntos intermedios, a aceptar la necesidad de reajuste, o corrección, o actualización, o como se quiera llamar la operación de reconocimiento del deterioro de la moneda y el aumento del número de unidades de cuenta para el pago de las obligaciones de “suma de dinero”, a partir de aquellas situaciones en las que de no permitirla se estaría patrocinando un enriquecimiento sin causa y, escuetamente, una iniquidad.

Pero, al margen de si el pago se hace con monedas y billetes “contantes y sonantes”, o mediante un abono en cuenta o una transferencia electrónica, a propósito del pago de obligaciones pecuniarias, lo más inquietante es hoy el régimen de ellas, es decir, el punto de “la moneda de pago”. ¿Qué moneda representan aquellos instrumentos monetarios, con qué moneda se hacen los giros o los abonos en cuenta? Con la moneda de curso legal, que tiene poder forzoso de liberación, que se expresa en la consigna de “un marco vale un marco (*ein Mark ist ein Mark*), un franco vale un franco”, “un peso vale un peso”. Lo que en términos normativos viene expresado en el inciso primero del art. 2224 c. c.: “Si se ha prestado dinero, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato”. Lo que habría de traducirse en la nulidad de cualesquiera cláusulas encaminadas a reconocer la pérdida constante y a veces acelerada del poder adquisitivo de la moneda²¹².

Cfr. STATHOPOULOS, *Model Theorems for Financial Transactions and their Effects on Currency*, cit., p. 8.
Cfr. CH. FÉRAL-SCHUHL & ÉHUQUERLW□□H□GURLW□j□O□psZHX□Paris, 2009, CHHUQHWE LAMBERTERIE.
Les contrats en informatique, Paris, 1983; V. DANIELI, La firma digitale quale prova legale: una comparazione tra Italia e Francia, <http://www.jus.unitn.it/cazdozo/home.html>; F. HINESTROSA, Sociedad de la información y derecho uniforme, en Simposio Universidad Externado de Colombia-Cámara Comercio de Bogotá, 2001, en prensa.

²¹¹ Cfr. SNG de 5 de diciembre de 1951, LXX, 957.

²¹² AA. VV. *Indización en el derecho argentino y comparado*, Jornadas en Rosario, 1976, Buenos Aires, 1979; STARCK, ROLAND et BOYER. *Obligations*, 2, cit., n.º 1980, p. 702; I. SABATER BAYLE. *Préstamo con interés, usura y cláusulas de*

Volviendo a lo expuesto a propósito de las “obligaciones pecuniarias”, delante del deterioro constante del dinero, en distintos períodos acelerado, en oportunidades con descensos bruscos y mayúsculos, en todos los países, con un cuadro ilustrativo que abarca en especial el tiempo transcurrido a partir de la primera posguerra mundial, se observan las mismas preocupaciones y mecanismos análogos para conjurar o remediar individualmente los efectos malsanos de la depreciación, y similares medidas estatales en defensa del interés público y para proveer al saneamiento de la economía, a tiempo que tutelar a sectores deprimidos de la población, que pueden resultar más afectados por unos y otras.

Las cláusulas oro²¹³, las de referencia a una moneda extranjera (“moneda dura”) y, por último, las de reenvío a un índice, son los hitos sucesivos en el proceso de protección convencional contra la depreciación monetaria, que entre nosotros se observan desde los primeros años treinta, a raíz de la repercusión de la crisis del 29. A este propósito ha de distinguirse primero entre “indización” y “actualización” y, luego, entre una y otra, en razón de pacto entre las partes de la relación obligatoria²¹⁴, y las que derivan de intervención legislativa o jurisprudencial.

La *indización*²¹⁵, o sea la disposición de que el monto de una prestación pecuniaria, es decir, su magnitud en término de unidades monetarias, queda atado al precio o costo de un bien o de un conjunto de bienes, puede ser ordenada por ley o decisión administrativa, o convenida por pacto entre los contratantes, en uno y otro caso con relación a obligaciones

a niveles de precios o salarios, tomándolos como estándares o patrones. En italiano las palabras son: *indicizzare*, *indicizzazione* □□ *YLQFXODU □HO □YDORU □GH □XQ □ELHQ □R □SUHVWDFLyQ □D □ODV □YDUUDFLR □HWSA □GH □LOIODFLyQ □□ VDODULRV □□ FRVWR □GH □OD □YLGD'□

de cumplimiento futuro y sucesivo o diferido, de modo que periódicamente habrá de hacerse la conversión o el reajuste. El índice puede ser general, como el de precios al consumidor elaborado y publicado por el Departamento Nacional de Estadística (IPC del DANE), que se tornó en el más universal y acatado, o ser especial, con la ventaja en esta hipótesis de una mayor proximidad al objeto del contrato y consiguientemente a la posición de las partes: p. ej., índice de precios de la construcción o de los salarios en dicha actividad. La *actualización*, que es una operación análoga, en el sentido de que se corrige o reajusta la suma de la obligación, consiste en el incremento de la cantidad de una vez, de un solo golpe, aplicable también a las prestaciones de cumplimiento unitario a plazos, que se hará a la hora del pago²¹⁶.

La obligación sujeta a indización o a actualización, no por esa circunstancia resulta “ilíquida”, toda vez que, dentro de la previsión del art. 491 [2] c. de p. c., lo que estaría pendiente para establecer la suma final sería tomar el índice y practicar las operaciones aritméticas correspondientes.

530. la corrección monetaria en la jurisprudencia de la corte suprema

Análogamente a lo dicho y hecho a propósito de los intereses, acá transcribo enseguida los apartes pertinentes de sucesivas sentencias de casación civil a propósito de la corrección monetaria, en orden cronológico, cuya lectura permite observar las oscilaciones, prevenciones y obsesiones de la jurisprudencia.

Casación de 24 de abril de 1979, CLIX, 104 y ss.: “Cuando se ajusta una convención en la cual no se subestiman principios superiores o normas imperativas, tal acuerdo adquiere una fuerza vinculante semejante a la ley [...] En este orden de ideas y asistidas las partes del principio de la soberanía de la voluntad, les es lícito pactar que el pago de obligaciones dinerarias diferidas se haga en moneda colombiana con sujeción al sistema del valor constante de que tratan los decretos 677, 678 y 1299 de 1972, pues se trata de un mecanismo que no riñe con las normas de orden público, de las buenas costumbres y que, por el contrario, tiene por venero la misma ley, así el ordenamiento lo haya empezado a utilizar en un campo de la economía nacional, por cierto muy importante y vasto, como lo es el del ahorro y la construcción [...] Se insiste en que este sistema no constituye o configura un nuevo signo monetario, ni algo extraño al desenvolvimiento económico del país [...]

“En los momentos actuales, las obligaciones de dinero deben pagarse en moneda colombiana, o sea en billetes emitidos por el Banco de la República (arts. 2.º Ley 46 de 1923, 3.º Ley 167 de 1938 y 874 c. co.), sin que eso sea óbice para que las personas, en sus negocios jurídicos, acuerden e inserten cláusulas de ajuste o corrección, que la misma legislación colombiana ya autoriza en algunos sectores de la economía nacional.

“El hecho de que en las relaciones contractuales se establezcan cláusulas de corrección, fuera de no estar prohibido, es una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, precaver el enriquecimiento torticero y a contratar sobre el valor real de la moneda.

²¹⁶ Cfr. MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 993, p. 574 y s.

“Conviene sí aclarar que no en todo género de contratos se encuentra la vía expedita [...] porque algunos, como el de arrendamiento de predios urbanos, de venta de artículos de primera necesidad, y todos aquellos que se encuentren controlados e intervenidos en el precio y pago de obligaciones dinerarias, escapan a la libre regulación de las partes y, por ende, a los pactos de ajuste”.

Hubo un voto disidente que dentro de un amplio análisis de la cuestión formuló, entre otras observaciones, las siguientes (p. 111 y ss.): “[S]on numerosos, muchísimos los casos en que, ora con fundamento en la equidad, ya amparados en la lógica de las cosas, o ya en un detenido y sereno análisis de las normas jurídicas pertinentes, pueden los juzgadores reconocer la eficacia a algunas cláusulas monetarias, obviamente de las llamadas *latu sensu*, acordadas por los contratantes para garantizar la estabilidad de sus pactos y evitar con ellas que sea el acreedor solamente, quien está llamado a tomar para sí las consecuencias de la desvalorización del poder adquisitivo de la moneda.

“Pero si bien la validez de las cláusulas monetarias *latu sensu* puede elevarse a la categoría de principio, no es dable sin embargo atribuirle carácter absoluto como hace la sentencia [...] [A]ceptarla sin salvedades implicaría refrendar la posibilidad de contravenir leyes especiales que autorizan la corrección monetaria, pero no como un sistema general [...] limitado a determinadas operaciones [...]

“[L]o establecido en los decretos del *Sistema de Valor Constante* es un medio para fomentar el ahorro privado con el claro propósito de canalizarlo hacia la actividad de la construcción [...] pero no como un sistema normativo de tipo general, sino con indiscutible particularismo. Lo consagró, es cierto, pero limitándolo tanto subjetiva como objetivamente: lo primero, porque restringió su aplicación a las Corporaciones y Asociaciones Mutualistas; lo segundo, porque determinó como único ámbito de operancia del sistema los contratos de depósito y préstamo que con el objetivo indicado ejecutan dichas personas [...]

“Si tanto los sujetos como el objeto de los referidos decretos están clara y precisamente determinados en el contexto mismo de estos, no queda a la discreción del juez, sin violar esa limitación constitucional y legal, aplicar sus preceptos a personas y actos diferentes, o sea darles una interpretación extensiva que el contenido de tales normas excluye.

“[L]a jurisprudencia que hoy sienta la Corte [...] adviene ahora a refrendar la posibilidad de que los particulares por su propia voluntad generalicen, para acordarlo en todos sus negocios, un sistema que desde el nacimiento ha sido influido por el legislador de singular particularismo y por esto de estricta aplicación”.

Casación de 9 de julio de 1979: “La evolución de la preceptiva y verdaderos fundamentos de la denominada ‘condición’ resolutoria muestran, en últimas que, además de hacérsela consistir en el cumplimiento de una verdadera condición o en la teoría de la causa o en la de la sanción, todas con bastante asidero jurídico, *también juega papel muy importante la teoría de la ruptura del equilibrio contractual*. Por tanto, bien puede conjugarse que la ‘condición’ resolutoria y su correlativa obligación de indemnizar perjuicios *se deriva en últimas de la suprema noción de equidad, desvirtuada por el incumplimiento de una de las partes*, o como sanción que a esta misma le impone la ley, todo en orden a restablecer el inicial equilibrio [...]

“*Estas importantes nociones tienen cada día mayor aplicación práctica ante la indiscutida presencia, con carácter de hecho notorio, de la desvalorización monetaria. Este factor no es necesario que expresamente se contemple en un contrato para que pueda ser tenido en cuenta en el momento de ser liquidados los perjuicios a cargo del contratante incumplido,*

pues al respecto lo importante es que tal desvalorización sí haya configurado perjuicio para quien, no obstante haber cumplido, tuvo que demandar la resolución del contrato por incumplimiento de su contraparte [...] De ahí por que en este caso, el deudor incumplido debe asumir el deterioro de la moneda que debe devolver [...]

“Era de observar que en este propósito de establecer cabalmente dicho equilibrio, la doctrina y la jurisprudencia, han tomado indiscutiblemente el rumbo que apunta a tener en cuenta para casos tales y aun sin petición de parte ‘la corrección monetaria en las obligaciones de pagar perjuicios’, ‘la actualización de la suma indemnizatoria teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda’, la ‘actualización del valor de los daños al momento de la sentencia’, la ‘pérdida del poder adquisitivo de la moneda’, el ‘valor actual de los daños por la desvalorización monetaria progresiva’ y otros semejantes (sentencia de esta misma Sala de 24 de abril de 1979)”.

Casación de 5 de octubre de 1982, CLXV, 242: “De conformidad con el art. 1617 del c. civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, si se pide indemnización de perjuicios por la mora, el acreedor que sólo cobra intereses por esta, no está obligado a justificar los perjuicios. Pero si pretende el resarcimiento de otro daño que no se satisfaga con los simples intereses de la suma de dinero debida, entonces es patente que irremisiblemente debe probar el perjuicio padecido. De otro modo no podría fulminarse una condena por este aspecto.

“Y aunque es sana la doctrina que enseña que para ordenar corrección monetaria no es indispensable que quien tenga derecho a ella, expresamente lo haya solicitado así, parece claro que cuando esa corrección comporta la manera de resarcir un *perjuicio*, es menester probar que la desvalorización ha producido un daño. No se trata, pues, en este evento de conservar el equilibrio de las prestaciones a que están obligadas las partes, de conservar el poder adquisitivo de la moneda, sino de reconocer la indemnización de un daño cierto padecido por uno de los litigantes.

“Por otra parte, la doctrina de la Corte que generaliza el derecho a la corrección monetaria, no puede extenderse a las obligaciones en que el acreedor, por incumplimiento, por cumplimiento imperfecto o por retardo de una obligación consistente en el pago de una suma de dinero, ha demandado expresamente se le paguen intereses como indemnización de perjuicios por la mora (art. 1617 del c. c.). En efecto, en tales circunstancias, es el acreedor quien ha determinado libremente cuáles son los perjuicios cuya reparación demanda, sin que el juez pueda, sin desbordar los límites de su potestad, reconocer otros perjuicios cuyo resarcimiento no se ha demandado y que, además, no se han acreditado.

“La Corte acoge la tesis relativa a que como el lucro cesante *se supone* legalmente cuanto hay mora en obligaciones de pagar una suma de dinero y como por el contrario, el daño emergente *debe siempre probarse*, la devaluación monetaria, aunque ella sea un hecho notorio, no puede tenerse como generadora de un perjuicio, si el reclamante no prueba que efectivamente lo ha padecido. Entonces, cuando el demandante reclama el pago de perjuicios y los limita a los intereses de la suma debida, no puede el fallador reconocerle otros que no fueron pedidos por él, más en la especie de esta litis en que no se puede imputar dolo al deudor”.

Casación de 7 de diciembre de 1982, CLXV, 348: “... como consecuencia de la resolución se mantendrá la orden de devolución del inmueble objeto del contrato, por una parte, y de los semovientes, o su valor actual y del dinero, por la otra. No sin advertir que en cuanto al dinero y debido al proceso de pública notoriedad de la permanente devaluación de la moneda, con el fin de evitar un empobrecimiento injusto a una parte, la que recibiría el

mismo dinero, pero con un poder adquisitivo mucho menor de cuando entregó esa suma, y un enriquecimiento incausado [...] a la otra, la que tendría que devolver una misma cantidad pero con menor poder adquisitivo, mientras el valor de las cosas distintas del dinero permanecen estables en su valor relativo, la Corte ha de disponer un reajuste monetario, con fundamento en la doctrina de la investigación del derecho de que trata el art. 8.º de la Ley 153 de 1887, que da pie para aplicación de doctrinas, tales como la del enriquecimiento injusto”.

Casación de 24 de marzo de 1983, CLXXII, 61 y s.: “El proceso de depreciación de la moneda, que no es reciente sino remoto [...] aparece hoy con sus perniciosos efectos azotando al mundo y particularmente a los países de la América, en vía de desarrollo [...] Ante los malhadados efectos, los juzgadores de los diferentes países se han visto en la necesidad, fundados en principios de equidad y justicia, de hacer una interpretación sana y realista del derecho, así quede subestimado el nominalismo monetario.

“La jurisprudencia de la Corte, en fallos de 24 de abril y 9 de julio de 1979, acudiendo a los principios generales del derecho y a una más actualizada hermenéutica de la ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones y, por ende, afirmó la crisis del nominalismo, que hasta entonces aparecía en el código civil colombiano como una valla infranqueable en [el] cumplimiento de las obligaciones dinerarias [...]

“La declaración judicial de nulidad de un contrato, según el recto alcance del art. 1746 del c. c. produce efectos retroactivos, como quiera que confiere a las partes el derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato vicioso, lo cual implica que cada una tiene que devolver a la otra lo que hubiere recibido como prestación del negocio jurídico anulado [...]

“Entonces, si con motivo del fallo de nulidad a una de las partes le corresponde devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y su restitución no mantiene su valor real de cambio, por cuanto ha sido afectada por el fenómeno de la depreciación, la devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste, que comprende la desvalorización de la moneda, para lo cual debe tenerse en cuenta el índice anual del costo de la vida.

“Así como una de las partes, por efecto de la nulidad, va a recibir un bien raíz, seguramente valorizado, simétricamente a la otra parte que va a recibir determinada suma de dinero se le debe entregar igualmente valorizado.

“Como el sentenciador de segundo grado condenó al demandante a devolver al demandado la suma, sin ordenar la consiguiente corrección monetaria, no obstante ser un hecho público y notorio el envilecimiento de la moneda, infringió las normas indicadas en la censura, motivo que conduce a quebrar el fallo”.

Casación de 15 de septiembre de 1983, CLXXII, 198: “Parece indiscutible que las consecuencias del fenómeno inflacionario en las relaciones jurídicas, en las que se presentan largos plazos para el pago de las prestaciones que de ellas se derivan, se van produciendo inexorablemente; ante todo, con provecho evidente e injusto para el deudor que paga realmente menos, y recíprocamente, con perjuicio igualmente evidente e injusto para el acreedor que, por ende, de hecho también recibe menos. No es equitativo que los riesgos de la desvalorización los soporte en su totalidad uno solo de los contratantes, mientras su contraparte ha sacado provecho indiscutible de esa circunstancia económica”.

Casación de 30 de marzo 1984, CLXXVI, 135: “El pago para que tenga entidad de extinguir la obligación debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse el [sic] de que se debe efectuar en forma completa, o sea

que mediante él se cubra la totalidad [...] Partiendo del postulado legal de que el pago para que extinga la obligación debe ser completo, no se da tal fenómeno especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando estos pagan con moneda desvalorizada, o sea sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto como acertadamente lo sostienen la doctrina y a la jurisprudencia [y cita a F. FUEYO LANERI. *Corrección monetaria y pago legal*, p. 99 y s.] [...] Es innegable en la actual coyuntura económica en que se desenvuelve el país, que el deudor desde que injustificadamente incurre en mora en el pago de una obligación de dinero [...] ocasiona un daño al acreedor, que aquel, frente al derecho positivo está obligado a repararlo, sin que se requiera prueba de la inflación y por ende de la depreciación monetaria, porque como lo tiene sentado la doctrina más generalizada y aceptable, se trata de un hecho notorio que exime al damnificado de demostrarlo [...] Sin que la Corte se vea en la necesidad de tomar partido en el enfrentamiento en que se debate la doctrina sobre si el juzgador puede o no decretar oficiosamente el pago de la obligación monetaria [...] pues que al pedir el demandante el pago de perjuicios ocasionados por la demandada, por la no cancelación oportunamente de las obligaciones de su cargo, tal pretensión comprende la corrección monetaria”.

Casación de 20 de agosto de 1985, CLXXX, 322 (reiterada en cas. 3 de octubre de 1988, CXCI, 161): “Los efectos de la rescisión por lesión una vez declarada difieren fundamentalmente de los de otras figuras como la de nulidad por ejemplo, diferencias que se explican por su carácter excepcional [...] y que al mismo tiempo indican que no pueden recibir un mismo tratamiento [...]

“Dados, pues, su naturaleza tan especial y los efectos que a la declaración de rescisión atribuye el art. 1948 del código, al haber dispuesto el tribunal que se incrementara con la corrección monetaria el valor de las prestaciones sobrevinientes por el acogimiento de la pretensión rescisoria, resulta indiscutible que infringió la norma dicha atribuyéndole un alcance que no tiene. Obsérvese cómo al precisar los efectos de la rescisión [...] en su inciso segundo previene que intereses y frutos no se deben sino desde la fecha de la demanda, para finalizar diciendo que fuera de tales conceptos no ‘podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato’”.

Casación de 19 de marzo de 1986, CLXXXIV, 25: “Entre las múltiples razones doctrinarias que se arguyen para la admisión del fenómeno de la desvalorización de la moneda o pérdida del poder adquisitivo se observa o aprecia, como supuesto de inspiración para su reconocimiento, la equidad y la igualdad de la justicia, en cuanto la aplicación de esos principios universales, que no deben ser desconocidos, permiten admitir que la equivalencia de la prestación se localice, en determinada relación, en el valor real y no en el estrictamente nominal. La restitución, como sustituto de una prestación repara la igualdad de la justicia en la medida en que sea equivalente”.

Casación de 1.º de abril de 1987, CLXXXVIII, 132 y s.: “En punto a la corrección monetaria, la Corte ha considerado que debe reconocerse, aun sin petición de parte, cuando es el resultado forzoso de una declaración de nulidad absoluta”.

Casación de 23 de abril de 1987, CLXXXVIII, 174, doctrina reiterada en cas. de 24 de octubre de 1990: “En razón de equidad y de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones contractuales es preciso establecer, de una parte, la corrección monetaria respecto de la restitución del precio pagado, sin consideración a que se hubiese cumplido o no la obligación, que para efecto de la nulidad es intrascendente [...] y de la otra, los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero independientemente de

las anteriores consideraciones. En efecto, sobre el particular nuestra jurisprudencia ha expresado que como el valor del inmueble en el momento de la devolución es en mucho superior al valor nominal por el cual fue negociado hace x años, también habrá de ordenarse que la devolución del precio anticipado, que ahora queda sin causa, se haga al valor adquisitivo que tenía el dinero en la época en que se entregó (sent. del 8 de septiembre de 1982), sin perjuicio, según fuere el caso, de los intereses legales civiles pertinentes”.

Casación de 22 de julio de 1987, que no aparece publicada en la Gaceta Judicial: “Frente a la lesión enorme declarada judicialmente, nadie discute que el precitado rescisorio de la misma comprende la devolución del precio que haya recibido el vendedor, con la corrección monetaria correspondiente, como quiera que en tal supuesto se está precisamente dentro del ajuste jurisprudencial anotado.

“Empero, si el comprador vencido en la llamada acción de ultramidad [...] prefiere mantenerse en el contrato completando el excedente del justo precio deduciendo una décima parte, no solo escapa del criterio que viene de exponerse, pues ya no se trata de las predichas restituciones recíprocas, sino que también encuentra el escollo insalvable de lo normado en el art. 1948 del c. c. que no permite reclamar cosa distinta de intereses y frutos”.

Casación 12 de agosto de 1988, CXCI, 71: “Quienes sostienen la viabilidad del reajuste de oficio se apoyan, básicamente en que es función del juez aplicar las normas de derecho que gobiernan el caso litigado, y que un buen juez no podría acoger la aplicación que se le pide cuando con ella se prohija un enriquecimiento injusto, o más generalmente, se vulneran los principios fundamentales de la buena fe o las buenas costumbres.

“De otro lado, quienes le niegan cabida al decreto *ex officio* de la revalorización monetaria parten de observar que ello no es de recibo dentro de un sistema procesal gobernado por el principio dispositivo.

“Este segundo criterio cuenta con dos enfoques: uno, que exige que la petición de revalorización venga en la propia demanda incoativa del proceso. Y otro, menos exigente, que admite que la solicitud correspondiente puede elevarse en ulterior oportunidad, por ejemplo en el alegato de conclusión, siempre y cuando la parte llamada a responder tenga oportunidad de impugnarla [...]

“Ahora bien, no es dable desconocer que en el derecho colombiano, en materia civil, la facultad de proceder *ex officio*, atribuible al fallador, es excepcional y que, por lo consiguiente, la misma ha de estar asentada en una concreta disposición legal [...]

“En consecuencia, como una primera conclusión se impone el anotar que, en la referida materia, al juez no le es posible ordenar *motu proprio* la revalorización de la suma adeudada. O sea que, a este propósito, se debe contar con una petición de parte.

“No obstante, para una mayor delimitación conceptual, es pertinente que por ser el dinero la medida común de todas las cosas patrimonial o económicamente consideradas, su función también se aprecia en otros ámbitos del derecho y, por consiguiente, en ellos sí puede ser – o es– de recibo la facultad del juez para disponer de oficio, la revalorización de una suma de dinero, tal como sucede, *v. gr.*, cuando, como consecuencia de la declaratoria de una nulidad de un acto o contrato, decretadas sea a instancia de parte o bien por la exclusiva iniciativa del fallador, se dejen restituciones mutuas”.

Casación de 25 de agosto de 1988: “Las disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas a que puede haber lugar, por ejemplo, en las acciones reivindicatorias y de nulidad, tienen su fundamento en evidentes y claras razones de equidad, y se trata de evitar un

enriquecimiento indebido. Por tal razón, quedan incluidas en la demanda, de tal manera que el juzgador debe siempre considerarlas en el fallo, bien a petición de parte, ora de oficio. De suerte que cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no sólo debe restituirse la parte de precio pagado, con corrección monetaria, sino los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, que siendo el contrato de naturaleza comercial, sería el bancario corriente”.

Casación de 24 de enero de 1990, CC, 22: “... forzoso no olvidar que con mucha frecuencia, y esta es, sin duda la situación de común ocurrencia en materia comercial dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los arts. 883 y 884 del código del ramo, cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo ni equitativo esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida acumular intereses comerciales de mora, los más altos en el tráfico mercantil, y corrección monetaria, con el pretexto de aplicar el art. 1649 del c. civil, porque la condena al pago de esos intereses abarca todo el monto de la indemnización, específicamente, en la controversia”.

Casación de 21 de septiembre de 1992, “Resultaría contrario a la justicia y a la equidad que el contratante incumplido pudiera beneficiarse con recibir la suma de dinero que dio con devaluación monetaria, como quiera que equivaldría a prohijar el incumplimiento, que no puede legitimar derecho a reclamar devaluación de la moneda. La Corte ha reiterado que en supuesto de nulidad del contrato, por ejemplo, si la equidad lo exige, procede a la parte cumplida reconocerle derecho a la corrección. Mas no a la incumplida. Ha dicho esta Corporación: ‘Y en punto a la corrección monetaria, la Corte ha considerado que debe reconocerse aun sin petición de parte, cuando es el resultado forzoso de una declaración de nulidad absoluta’, como acontece en este proceso, pues recientemente expresó: ‘Entre las múltiples razones doctrinarias que se arguyen para la admisión del fenómeno de la desvalorización de la moneda o pérdida del poder adquisitivo se observa o aprecia, como supuesto de impugnación para un reconocimiento, la equidad y la igualdad de la justicia, en cuanto la aplicación de esos principios universales, que no deben ser desconocidos, permiten admitir que la equivalencia de la prestación se localiza en determinada relación, en el valor real y no en el estrictamente nominal’. La restitución –como sustituto de la prestación– repara la igualdad de la justicia en la medida que sea equivalente. El orden jurídico se restablece y el imperio de la equidad extiende todo su poderío... ”.

Hay una sentencia de la Corte en la que ordenó corregir la cantidad debida por perjuicios y pagar intereses comerciales sobre la cantidad inicial, sin reajuste.

Casación de 14 de diciembre de 1992, CCXIX, 722: “Ninguna duda existe actualmente sobre que la desvalorización monetaria es un perjuicio que debe ser indemnizado cuando, tratándose de obligaciones dinerarias, estas son incumplidas, o lo son [cumplidas] tardía o defectuosamente”.

Casación de 3 de septiembre de 1993: “Su devolución [la del precio en caso de nulidad] debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario [...] De suerte que cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no sólo debe restituirse la parte del precio pagado, con corrección monetaria, sino los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, que siendo el contrato de naturaleza comercial, sería el bancario corriente”.

Casación de 1.º de febrero de 1994, CCXXVIII, 106 y ss.: “Si lo que debe restituirse [por nulidad del contrato] es una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario”.

Casación de 8 de febrero de 1994, CCXXVIII, 174 y ss.: “Cuando el debelamiento del contrato se torna definitivo, a la restitución del inmueble corresponde la devolución del monto que a título de precio recibió el vendedor, caso en el que esta suma debe comprender la respectiva indexación. Empero, si el comprador decide atajar la rescisión, para, en cambio, completar el justo precio, no es de recibo que el valor sea corregido monetariamente, porque, se ha explicado, esa específica prestación no corresponde ya a un cruce de restituciones sino que tiene un advenimiento autónomo...”.

Casación de 7 de marzo de 1994, CCXXVIII, 509: “Para los eventos en que se debe restituir una suma de dinero a consecuencia de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico, su devolución debe ordenarse con ajuste monetario”.

Y el salvamento de voto, CCXXVIII, 522, estimó que no era del caso condenar al pago de intereses, por cuanto los intereses corrientes llevan en sí “un componente compensatorio de la depreciación experimentada por el signo monetario durante el mismo período. Hay que guardar el justo equilibrio”.

Casación de 21 de marzo de 1995, CCXXXIV, 450 y ss.: “[E]sta Corporación, en ausencia general de norma expresa que lo consagre, ha admitido, mediante interpretación de las normas legales vigentes, el derecho al pago íntegro de los perjuicios causados contra el responsable extracontractualmente [...] comprendiendo dentro de aquel el derecho al cuántum equivalente al de la corrección. Factor este que ha sido incluido en este derecho, más como exigencia de la actualización de la reparación del daño al momento en que efectivamente se verifica el pago [pago completo], que como daño emergente propiamente dicho [...] También es cierto que en numerosos fallos (1.º de abril de 1987, CLXXXVIII, 123; 2 de febrero de 1990; 24 de octubre de 1990; 6 de junio de 1991; 17 de septiembre de 1991; 3 de diciembre de 1992; 1.º de febrero de 1994; 7 de marzo de 1994; 30 de mayo de 1994; 30 de octubre de 1994; 29 de julio de 1994; etc.) en que se ha decretado la nulidad de ciertos contratos, la jurisprudencia, con fundamento en el art. 1746 del c. c., ha entendido que la regulación de las restituciones mutuas allí contempladas no sólo resalta la necesidad de que por mandato legal expreso, se logre[n] unas restituciones ‘al mismo estado en que se hallarían (los contratantes) si no hubiese existido el acto o contrato nulo’, sino que [...] ha reconocido la restitución dineraria con corrección monetaria en equivalencia a las contraprestaciones.

“Pero también es verdad averiguada [?] que esa no ha sido ni podía ser la misma conclusión interpretativa en materia de inejecución de los contratos, porque la ley a pesar de tratarse la devaluación monetaria de un fenómeno notorio, no ha querido explícita ni implícitamente someter la estabilidad de todos los contratos civiles a las fluctuaciones de su simple existencia, lo que consecuentemente impide que la jurisprudencia la sustituya. Más cuando en el contrato de compraventa, la legislación colombiana previó en forma específica sus consecuencias jurídicas, que no permiten, so pena de sustituir al legislador [!], incluir dentro de ellas el fenómeno de la corrección monetaria para la restitución del precio pagado y de los frutos recibidos [...] De allí que en caso de incumplimiento del comprador del pago del precio, sea preciso reconocer al vendedor ‘derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios’ (art. 1930 c. c.), y en virtud de esto último, también sea indispensable admitir la posibilidad de reparamiento correspondiente. Pero, tratándose de ‘la resolución de la venta por mora en el pago del precio’, si bien el vendedor

puede solicitar su declaración judicial y consiguiente restitución de la cosa en el mismo estado en que se encontraba al momento de la celebración como consecuencia propia del efecto retroactivo de la resolución (art. 1930 c. c.), no es menos cierto que las demás restituciones que constituyen, con aquella, las restituciones mutuas consecuenciales de dicha resolución judicial, se encuentran expresa y específicamente consagradas en el art. 1932 del mismo código. De allí que para el juzgador de una resolución por mora en el pago del precio, sea imperativo sujetarse no sólo a lo normado por aquel precepto, sino también a su espíritu [!] [...]

“[D]icho precepto parte del supuesto de la incidencia que ha de tener en las restituciones el incumplimiento del comprador en el pago del precio, que consecuentemente lo hizo responsable de la resolución judicial [...] [E]l precitado artículo adopta unas regulaciones que reflejan un criterio legal de justicia en la regulación de la venta resuelta judicialmente [en materia de restituciones y pago de frutos y buena y mala fe posesoria].

“Luego si la restitución a que tiene derecho el comprador incumplido se limita a ‘la parte que hubiere pagado [d]el precio’, que al tenor de dicho texto se estima justa por cuanto le permite el aprovechamiento de la parte proporcional de frutos, mal puede el intérprete, so pretexto de desconocerlo, adoptar una regla diferente de restituciones mutuas, como sería aquella que incluyese una restitución del precio con corrección monetaria, pues no encuentra justificación ni en las voces del precepto, ni en el espíritu legal de justicia o equidad adoptado específicamente para el caso concreto. De allí que el derecho del comprador incumplido por no haberse pagado el precio, se limite, en caso de resolución judicial a la restitución ‘de la parte que hubiere pagado del precio’ [...] siendo indiferente para la determinación jurídica de las restituciones la incidencia de los efectos económicos causado[s] por la devaluación de la moneda y la pérdida de su poder adquisitivo [...]

“Luego, pretender en este caso la aplicación de dicho fenómeno económico [...] para la restitución de una suma de dinero entregada como precio, con la consiguiente corrección monetaria, no es más que reclamar el beneficio o privilegio de que se le aplique una [¿norma?] que contemple dicha corrección monetaria dineraria, cuando ella no lo ordena ni expresa ni implícitamente [...] Con todo esta limitación encuentra, en últimas, su justificación en el propio incumplimiento del comprador, causante de la destrucción (por resolución) de la venta y de la necesidad de la restitución mucho más tarde de la parte del precio pagado. Restricción que en forma recíproca también la asume el vendedor incumplido que ha sido encontrado responsable de la resolución promovida por el comprador, porque, en virtud de la interpretación dada por esta Corporación a las normas generales, mientras el vendedor queda obligado a restituir el precio con el equivalente a la corrección monetaria que afecta a este último, el mismo contratante también adquiere el derecho a que se le restituya la cosa vendida aun valorizada, como consecuencia del efecto retroactivo de la resolución, que por lo demás, también resultan en este aspecto unas restituciones equilibradas [!]”.

Esa presentación del tema dio lugar a salvamentos de voto. Este fue el planteamiento del conjuetz, CCXXXIV, 484 y ss.: “De la decisión jurisdiccional –decla-rativa o constitutiva– que dispone la disolución del contrato de prestaciones correlativas, cualquiera que haya sido la causa de ella, surge, para cada contratante la obligación de restituir lo recibido, o sea la de dar-entregar el objeto determinado previamente, obligación cuya base es la desaparición del contrato. Cada parte ha de devolver lo que recibió, tal cual, independientemente de si dio lugar o no a la disolución del contrato; el mismo objeto, sin que para ello quepa valorar su conducta precontractual y contractual de modo de relevarla

de obligación o aligerar sus deberes, o para agravarlos o disminuirle sus prerrogativas, en su orden, según su corrección o deslealtad en la fase precontractual, o su cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales.

“La orden de restitución, vuelta de las cosas al estado previo al contrato, no es una medida represiva, sino ablativa, es una mera consecuencia lógica de la supresión del contrato, que impone eliminar sus efectos, o sea la desvinculación plena de las partes y las restituciones mutuas. La incorrección, la deslealtad o el incumplimiento de uno de los contratantes son circunstancias aparte, que eventualmente podrán determinar la adopción de la decisión supresora, en la medida en que el respectivo *factum* normativo las prevea (p. ej., en algunos eventos de nulidad relativa o anulabilidad y en la resolución por incumplimiento grave), pero de ninguna manera en la orden restitutoria en sí, toda vez que esta es consecuencia directa, indefectible e ineludible de la cancelación del contrato, e igual para ambas partes en toda eventualidad.

“Otra cosa es la obligación resarcitoria, eventual y consecencial de la eliminación del contrato, a cargo del contratante que dio lugar a la anulación o a la resolución, del todo independiente de la obligación restitutoria, y conceptual y funcionalmente distinta de ella: la restitución es producto de la supresión del contrato y tiene por función volver a las partes al estado que cada cual tenía antes de la celebración de aquel, eliminación de todos sus efectos; en tanto que la indemnización, que deriva de un daño, que ha de mostrarse en sí y en su cuantía, obedece a una responsabilidad específica, producto de la deslealtad o del incumplimiento, y no presupone la anulación o la resolución del contrato. Así, la víctima del vicio de la voluntad o del incumplimiento bien puede pedir resarcimiento sin tener que acudir a la anulación o a la resolución.

“Cuando lo recibido y, por ende, lo restituible es un cuerpo cierto, puede darse la hipótesis de su perecimiento en el entretanto y, por lo mismo, la correspondiente *perpetuatio obligationis* por medio del subrogado pecuniario o valor presente de dicho bien. En tal eventualidad, en términos de valor económico, el acreedor de dicha obligación —resultante de la sentencia y no del contrato— recibirá en ambos casos el mismo valor: la cosa debida o su *aestimatio* actual. O, en otras palabras, el contratante víctima de dolo o fuerza o simplemente cumplido, por cuya demanda se anuló o declaró resuelto el contrato, y por eso mismo, ahora deudor de la especie por él recibida, que por haberla enajenado o destruido o, simplemente, perdido, no puede satisfacer la obligación restitutoria *in natura*, no es oído en pretensión de que se le merme o rebaje de la *aestimatio pecunia* lo correspondiente a inflación o pérdida del poder adquisitivo de la moneda; como tampoco sería aceptable su pretensión de que el acreedor de dicha prestación restitutoria, para recibir la cosa en sí hubiera de pagarle, a fuer de incumplido, el mayor valor nominal de la misma ganado en el entretanto por causa de la inflación o depreciación monetaria. Es incuestionable que el deudor del cuerpo cierto, haya sido o no causante de la nulidad o de la resolución del contrato, debe restituir la cosa recibida o, llegado el caso, su valor actual, sin posibilidad alguna de pedir compensaciones o disminuciones por motivo de desvalorización del dinero o inflación, alegando su inocencia respecto de la ‘frustración del contrato’.

“La obligación de pagar una suma de dinero puede ser tal desde el momento mismo en que surgió la relación, o ser el resultado de la conversión a dinero de una obligación de otra índole, que se perpetúa en el subrogado pecuniario de la prestación original (art. 1731 [1] c. c.). En esta segunda hipótesis están de más las consideraciones y disquisiciones sobre el efecto perverso de la inflación sobre el acreedor de obligación pecuniaria, como quiera que la deuda llegó apenas ahora a ser de dinero, mediante la apreciación de la prestación

correspondiente (o del perjuicio) en su valor actual, o sea que allí hay un valor presente real y justo.

“Como quiera que a la cancelación del contrato, cada contratante deviene acreedor de lo que dio y deudor de lo recibido, aquel que recibió dinero de su contraparte debe restituírselo. Es esa una obligación de ‘valuta’ o pecuniaria propiamente dicha, o pecuniaria primaria, porque la obligación del deudor consiste originariamente en pagar una suma de dinero cierta y precisa. Hipótesis delante de la cual, habida cuenta del fenómeno inflacionario o de depreciación del dinero, surge la necesidad de determinar si lo que el deudor debe es simplemente una cantidad de unidades monetarias, la misma original, o si, debe actualizar, corregir, el monto pecuniario para que su pago sea completo, y el acreedor no resulte sacrificado inopinada e injustamente en provecho suyo.

“Es bien sabido que los pronunciamientos terminantes en favor del nominalismo y, consiguientemente, del poder liberatorio universal y absoluto de la moneda de curso legal o forzoso, han ido cediendo el paso paulatinamente a consideraciones y razonamientos de lógica y equidad irrefutables, que resaltando la pérdida continua y acelerada del poder adquisitivo de la moneda y observando los contrastes abismales que se presentan al cabo del tiempo entre el valor nominal y el valor real del dinero, tienden a introducir por vía pretoriana, atenuantes a aquel rigor del dictado político de la soberanía monetaria del Estado, y paliativos a sus efectos inicuos.

“Apenas hay para qué anotar que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han evolucionado, habiéndose inclinado ésta en los últimos quince años decididamente por la corrección o actualización monetaria, con orientación y ritmo variados y oscilaciones del todo naturales en materia de suyo delicada y conflictiva y de proyecciones no sólo jurídicas, sino sobre la economía, la individual, obviamente, pero también sobre la macroeconomía y la política económica del Estado. De ahí su encarecimiento de proceder con las mayores cautela y prudencia.

“Distintas son las explicaciones o justificaciones que doctrina y jurisprudencia han buscado y dado a su permisión del reajuste monetario, que van desde el concepto de resarcimiento del daño hasta el de enriquecimiento injusto, pasando por la exigencia de plenitud del pago. No todas esas presentaciones convienen a las distintas hipótesis, por lo cual su aplicación particularizada, a más de impedir una concepción general y unitaria, desemboca en inconsistencias y es propicia a contradicciones. En efecto, si se toma como explicación general la de un criterio indemnizatorio, ¿cómo justificar la corrección monetaria en la hipótesis de nulidad ajena a cualquiera incorrección? Es claro que en el caso del acreedor de restitución de dinero por sentencia resolutoria del contrato debida a incumplimiento del deudor, resulta sencillo, cómodo, y aun efectista, respaldar la orden de reajuste monetario diciendo que al acreedor le asiste derecho a indemnización del perjuicio consistente en la depreciación monetaria. Pero esa justificación estimula la tesis de que cuando el incumplido no es el contratante ahora deudor del dinero, sino el otro, no hay lugar a corrección monetaria, que no es propiamente un correlato lógico y equitativo de aquella. Y, ciertamente, en las demás eventualidades donde no se puede hablar ni de incumplimiento, ni de incorrección del deudor de obligación de restituir dinero, esa explicación no funciona.

“Aquí, la sentencia cita las casaciones del 19 de marzo de 1986, CLXXXIV, 17 y ss.; 1.º de abril de 1987, CLXXXVIII, 132; y 21 de septiembre de 1992, CCXIX, 436 y ss. De esta última destaco que, a la par que advierte que ‘[e]n el supuesto de que quien reclame la indemnización lo sea el contratante incumplido, la jurisprudencia tiene dicho que a éste no

le asiste legitimación para exigirla, en razón del referido incumplimiento', trae en su apoyo la de 1.º de abril de 1987, cuyo texto reproduce, así:

“Resultaría contrario a la justicia y a la equidad que el contratante incumplido pudiera beneficiarse con recibir la suma de dinero que dio con devaluación monetaria, como quiera que equivaldría a prohiar el incumplimiento, que no puede legitimar derecho a reclamar devaluación de la moneda. La Corte ha reiterado que en el supuesto de nulidad del contrato, por ejemplo, si la equidad lo exige, procede a la parte cumplida reconocerle derecho a la corrección. Mas no a la incumplida. Ha dicho esta Corporación: ‘Y en punto a la corrección monetaria, la Corte ha considerado que debe reconocerse aun sin petición de parte, cuando es el resultado forzoso de una declaración de nulidad absoluta’, como acontece en este proceso, pues recientemente expresó: ‘Entre las múltiples razones doctrinarias que se arguyen para la admisión del fenómeno de la desvalorización de la moneda o pérdida del poder adquisitivo se observa o aprecia, como supuesto de impugnación para un reconocimiento, la equidad y la igualdad de la justicia, en cuanto la aplicación de esos principios universales, que no deben ser desconocidos, permite admitir que la equivalencia de la prestación se localiza en determinada relación, en el valor real y no en el estrictamente nominal’. La restitución –como sustituto de la prestación– repara la igualdad de la justicia en la medida que sea equivalente. El orden jurídico se restablece y el imperio de la equidad extiende todo su poderío...”.

“Observo en la sentencia del 21 de septiembre de 1992 una contradicción interna, como quiera que a tiempo que pregonaba el imperio de la igualdad y la equidad y se resiente frente al desequilibrio de las obligaciones restitutorias cuando una de ellas es de devolver dinero, sin discriminación y reafirmando doctrina de la Sala que la llevó a conjurar dicha injusticia procediendo de oficio, tal desequilibrio inocultable, objetivamente inicuo, se esfuma o, le resulta, más que indiferente, plausible, cuando el acreedor del dinero depreciado es el contratante cuyo incumplimiento dio lugar a la resolución. Y sin una explicación aceptable de tal asimetría.

“Tampoco encuentro sostenible el argumento de que disponer en tal situación el reajuste monetario, ‘equivaldría a prohiar el incumplimiento’, como si la corrección monetaria –o sea el equilibrio, la equidad y la justicia– pudieran tomarse a manera de recompensa a la buena conducta o ‘beneficio’ sólo asignable en razón de ella, y su denegación, cual un castigo, ante cuya amenaza los deudores habrían de cuidarse más de ser cumplidos, es decir, como factor disuasivo.

“En primer lugar, no veo cómo se pueda aplicar al deudor incumplido, ahora acreedor de la devolución del dinero que dio a cuenta del contrato, una pena económica no prevenida en la ley, cuya magnitud determinaría el azar; y mucho menos, cómo se pueda asignar al acreedor insatisfecho, ahora deudor de la devolución del dinero, una ventaja inusitada y desprovista de causa. Ciertamente el deudor incumplido es responsable del perjuicio que causó al incumplir, pero la figura de la responsabilidad civil exige la existencia de un perjuicio cuya realidad y cuantía debe demostrar el acreedor que pretenda indemnización. Eventualmente, en caso de que las partes hubieran pactado cláusula penal (sola o mezclada con arras parte de precio) habría una pena, cuya aplicación automática frente al incumplimiento previeron y pactaron las dos (cfr. art. 1932 [1] c. c.); en fin, excepcionalmente la ley introduce sanciones pecuniarias porcentuales tarifadas, de dudosa justificación, como en el caso de la falta de pago de cheques (arts. 722 y 731 c. de co.). Pero la privación al acreedor de obligación restitutoria pecuniaria del derecho a reajuste por

depreciación del dinero, a causa de su incumplimiento precedente, no cuadra con los conceptos de indemnización, ni de sanción, ni encuentra apoyo alguno en la ley [...]

“Es obvio que al juzgador le es forzoso someterse a la ley; pero también, que no le es menos imperativo interpretarla y aplicarla teniendo en cuenta la justicia y la equidad. Ciertamente ningún precepto de código dispone la corrección monetaria, de manera que el reajuste es, sin más, creación doctrinaria y jurisprudencial; así, la pregunta pertinente no podría ser la de si para este o aquel caso la ley la ‘permite’ o ‘autoriza’; sino si la ‘prohíbe’ o excluye. En todas las circunstancias en que la Corte, con curia de la justicia y la equidad ha ‘aceptado’ la corrección monetaria, ha pronunciado jurisprudencia creadora de derecho, sin aguardar a la intervención del legislador. Sin embargo, para el caso de las prestaciones mutuas entre vendedor y comprador por causa de resolución del contrato debida a incumplimiento de este, la deniega arguyendo que el art. 1932, no sólo no se lo autoriza, sino que se lo impide.

“*“El comprador [...] tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio’*, reza el texto del inciso segundo del art. 1932. Igual que el vendedor tiene derecho a que se le restituya la cosa que entregó. Ello es algo propio de la disolución del contrato, inherente a ella, cualquiera que haya sido su causa. ¿De dónde inferir que el precio del contrato resuelto por condición resolutoria o el del contrato declarado nulo, sí es susceptible de actualización o corrección monetaria, en tanto que el ‘precio’ que el art. 1932 ordena devolver se congela? ¿Por qué en aquellos casos la jurisprudencia no ha exigido disposición a propósito de la ley para ordenar la corrección, en tanto que en el último esgrime la falta de ella para negarla? ¿Es que acaso la mención expresa de la obligación de restituir el precio ha de entenderse como impedimento del reajuste monetario?”.

Casación de 28 de agosto de 1995, CCXXXVII, 623: “Aun cuando el criterio de la Corte ha sido el de acceder a la corrección monetaria de las condenas impuestas como resultado de las restituciones mutuas, también ha explicado que ‘casos hay en que el fallador, no obstante hallarse investido de la atribución para disponer ciertas restituciones como consecuencia de la pretensión [...] carece en cambio de la facultad de ordenar la revalorización de la suma de dinero cuya entrega disponga, lo que sucede cuando el texto mismo del precepto le señale a aquel de una manera específica –si se quiere, reducida– el cauce por el que debe enrutar su determinación’ (cas. 12 de agosto de 1988, CXCII, 65) [Así] en relación con la condena al pago de mejoras, esa revalorización no es posible toda vez que el pago que se impone es por el valor que aquellas mejoras tengan ‘al tiempo de la restitución’”.

Casación de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, 905 y ss.: “El sistema UPAC, creado en 1972 [...] implica la conservación del valor constante de los ahorros y préstamos, a través de la denominada corrección monetaria, la cual se acompaña de la liquidación de los respectivos intereses sobre el valor principal reajustado [...] [A] su turno, las tasas de interés fijadas, las cuales, a diferencia de otros sistemas financieros, operan sobre el valor del dinero actualizado por obra de la corrección monetaria, tienen por objeto reconocer una rentabilidad para los capitales colocados y captados por este sistema, siempre bajo el supuesto [de] que esos capitales han de conservar, por lo menos en parte, su contenido de valor económico original [...] valor este que se manifiesta en unidades de cuenta llamadas ‘unidades de poder adquisitivo constante’ que hacen las veces de un índice destinado a fijar el monto de la respectiva prestación pecuniaria que [se] debe satisfacer [...] Se supone, por definición, la plena compatibilidad de la corrección monetaria y los intereses”.

Casación de 30 de mayo de 1996, CCXL, 704: “El interés legal de carácter mercantil, fijado para el evento de mora en el doble del interés bancario corriente por mandato del art. 884 del c. de co., incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, lo que descarta la posibilidad de que en este caso, junto al pago de intereses moratorios, se imponga condena de suma alguna en función compensatoria de la depreciación monetaria, toda vez que de obrar en sentido contrario se estaría propiciando un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en desmedro del deudor, el cual, contrariando el sentido básico de equidad que debe regir en estas materias de suyo sensibles en extremo, se vería forzado injustamente a pagar dos veces por igual concepto”.

Auto de 29 de abril de 1997, CCXLVI, 538: “... es un hecho notorio el acelerado deterioro del valor adquisitivo de la moneda”.

Casación de 9 de junio de 1999, exp. 5127: “En toda la disciplina de la lesión enorme en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, el factor que en realidad viene a ser decisivo es el restablecimiento del equilibrio patrimonial y en orden a alcanzar esta finalidad, la restitución recíproca de prestaciones que de la anulación [?] se sigue, no es impuesta a todo trance por el ordenamiento positivo [...] [E]l art. 1948 del c. c. concede al demandado el poder de incidir sobre el contenido del reglamento contractual para [...] restablecer con equidad la relación de valor entre las prestaciones, garantizando su plena eficacia [...]

“Las prestaciones en mención y de modo específico la consistente en el pago del suplemento del precio a cargo del comprador demandado e interesado en hacer subsistir el contrato en los términos en que lo permite el art. 1948 del c. c., tienen por fuerza que recibir el tratamiento de las obligaciones pecuniarias de valor estable que, por definición, han de medirse en su equivalente monetario al momento de ser satisfechas, evitándose así [...] que la depreciación del dinero y las fluctuaciones negativas en su poder adquisitivo, tenga que soportarlas el contratante víctima de la lesión [...] Se trata apenas de mantener el valor económico del complemento del precio...”. Pero solamente con efectos a partir de la fecha de la demanda, en afirmado obsequio del texto del art. 1948, que previene que “no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda”.

Casación de 9 de septiembre de 1999, reiterada en la de 29 de noviembre de 1999, y recientemente en cas. de 7 de diciembre de 2000, exp. 5651: “Tórnase oportuno destacar, ante todo, que si bien no puede desconocerse que en alguna oportunidad se justificó la corrección monetaria de las condenas en la necesidad de indemnizar un daño emergente, no lo es menos que en la actualidad, en todos aquellos eventos en los cuales de manera concreta ha inferido la necesidad de reconocerla, ha acudido la jurisprudencia de la Corte, explícita o implícitamente, a fundamentar tal reconocimiento, en la equidad, entendida esta, en acatamiento de lo previsto por el art. 230 de la Constitución Política colombiana, como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la ‘justicia del caso en concreto’, de modo que, en esos eventos, la equidad ha sido la herramienta que le ha permitido a esta Corporación desentrañar el sentido de las distintas normas sustanciales, pero sin llegar a desdeñarlas pretextando aplicar sus propias apreciaciones.

“De ahí que, en las diversas hipótesis en las cuales ha tenido que condenar al pago de la corrección monetaria, la Corte, de la mano de la equidad, ha profundizado en el contenido de las normas que gobiernan algunos casos particulares, hasta advertir en ellos un sentido que, sin quebrantar los principios que gobiernan el ordenamiento colombiano en la materia, consulten criterios de justicia y conveniencia y conduzcan a la solución de los graves

problemas que en esas específicas ocasiones produce el fenómeno de la depreciación de la moneda.

“En ese orden de ideas, no es atinado inferir, como lo hace la censura, que la corrección monetaria es un perjuicio que debe reconocerse como un daño emergente sufrido por la víctima, pues como ya se ha dicho, y hoy se reitera, ‘el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aun a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal”.

En casación de 6 de julio de 2000, exp. 5020, la Corte insistió en su aserto de que el contratante incumplido, en caso de restituciones mutuas por resolución, no tiene derecho al reajuste monetario de la parte del precio que llegó a pagar: “... que debe recibir en su valor histórico o nominal, esto es, sin reajuste, debido a que, al serle imputable el incumplimiento contractual que propició la resolución del contrato, no puede beneficiarse de él, porque de ser así, además de prohibirse el incumplimiento contractual, se atentaría contra los principios de justicia y equidad, razón por la cual, la doctrina de la Corporación ha sido constante en señalar, que el contratante incumplido debe soportar ‘... los efectos dañosos de la inflación...’, y que en la misma eventualidad tampoco hay lugar a reconocer ‘... deudas por intereses de origen legal...’ (cas. civ. de 15 de junio de 1993)”.

En casación de 25 de agosto del 2000, exp. 5445, la Corte volvió a negar la corrección monetaria del crédito a favor de la aseguradora que pagó al asegurado víctima, sólo que en esta oportunidad hubo dos votos disidentes, que en sendos salvamentos explicaron el alcance genuino del art. 1096 c. co. y la sinrazón de establecer diferencias discriminatorias entre el régimen del crédito de aquella y el del subrogatario en cuanto a corrección.

En casación de 1.º de marzo de 2001, exp. 6106, la Corte reiteró su doctrina de aplicación de la corrección monetaria a la prestación de completar el precio para la subsistencia de contrato declarado lesivo, sólo que, acá, para ella el reajuste no debe hacerse desde la fecha del contrato, sino desde la presentación de la demanda, lo cual dio lugar a varias aclaraciones de voto de integrantes de la Sala; uno puso de presente que “si, ocurrida la rescisión, al comprador ha de restituírsele el precio total –corrección monetaria incluida– en el efecto de que se conforme con la rescisión, no podría menos de demandársele que pague con igual moneda si decide evitarla”. Otros agregaron que “si el justo precio se refiere al tiempo del contrato, la corrección monetaria, la cual se reconoce con el propósito de restaurar el desequilibrio [!] patrimonial, debe medirse a partir de esa misma época [...] máxime si se tiene en cuenta que, ocurrida la rescisión, en la consiguiente restitución del precio se ha aceptado el ajuste en cuestión desde su origen”.

En casación de 13 de diciembre de 2001, exp. 6480, acepta la indización (corrección monetaria) “de la suma que restaura el equilibrio contractual, desde la presentación de la demanda”. En el mismo sentido cas. 8 de junio de 1999, exp. 5127; 19 de noviembre de 2001, exp. 6094; 13 de febrero de 2001, exp. 5809; CLXXXIV, 25; CC, 20; CCLVIII, 590-591.

En casación de 18 de marzo de 2003, exp. 6892, la Corte reiteró la doctrina sentada en la casación de 9 de septiembre de 1999.

En casación de 23 de abril de 2002, exp. 5998, se pronunció reiterativamente sobre corrección monetaria e intereses: “Respecto a que la parte demandada debe ser condenada a pagar la ‘desvalorización monetaria’, es cierto que la Corte ha reconocido la necesidad de reajustar las obligaciones en dinero que se encuentran afectadas por el fenómeno de la inflación, aunque no en la urgencia de reparar un daño emergente, según en alguna oportunidad se sostuvo, ‘sino en obediencia a principios más elevados como la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales’, toda vez que la ‘pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino a su cuantía’ (sent. de 9 de septiembre de 1999). Empero, también ha precisado que cuando el pago involucra el reconocimiento de intereses, no es dable ordenar el ajuste monetario, tratándose de intereses de naturaleza comercial, sean ellos remuneratorios o moratorios, so pena de cohonestar un doble pago, porque en el interés bancario corriente que sirve de parámetro para su cuantificación, también se comprende la aludida corrección (Cfr. CCXL-707, CCXXXVII-910; sent. de 19 de noviembre de 2001, exp. 6094)”.

531. obligaciones en moneda extranjera

Recordando lo dicho atrás a este respecto (supra n.º 102), ha de tenerse presente que, si bien dentro de la autonomía de las partes con relación al contenido de su disposición está la determinación del precio del bien o del servicio en esta o aquella moneda, recurrentemente los Estados intervienen al efecto para preservar el curso forzoso de la moneda nacional, como también para destinar las divisas exclusivamente a negocios de comercio exterior y complementarios, de modo de ahorrarlas o proveer a un empleo socialmente más eficiente, en especial en tiempos de escases de ellas²¹⁷. Así es elemental la diferenciación, entre las obligaciones en moneda extranjera surgidas de contratos que por su índole o la radicación de una de las partes exigen tanto su estipulación, como su pago en divisas²¹⁸, verdaderas obligaciones en moneda extranjera, y las obligaciones referidas a esta, pero sin ese vínculo funcional, falsas obligaciones en moneda extranjera, indicada posiblemente en busca de protección de valor. El pago de unas y otras se hará en la respectiva divisa, de ser ello posible con arreglo a las normas monetarias imperativas, y de lo contrario, “en moneda nacional, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago” (art. 874 [2] c. co.).

Este tema está adquiriendo mayores importancia y frecuencia a medida que avanza la universalización del comercio y crecen los intercambios con otros países. Piénsese en los bienes de consumo o de uso que aparecen con indicación de los precios en las respectivas monedas de los países envueltos en su producción, distribución y consumo; en la oferta de pasajes aéreos inclusive para vuelos domésticos en una moneda extranjera, o en la de seguros de vida o de enfermedad o asistencia hospitalaria en moneda distinta de la del país.

²¹⁷ ³/D REOLJDFLyQ VH FRQYLHUWH HQ GH HVSHFLH VHD SRUTXH VH WUDWD GH PRQHGD TXH V D QR WLH que no pueda ser convertida por expresa disposición dH ODV SDUWHV R GH PRQHGD TXH WHJD XQ YDORU LQWU
BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 32.

²¹⁸ M. LUGARI. *Derecho cambiario*, Bogotá, 1994.

Con la desregularización creciente puede anotarse que si bien es aceptable el pacto de prestación en moneda extranjera, no lo es de suyo la exigencia del pago en dicha moneda.

IX. expensas y gastos del pago

532. gastos del pago

Retornando al pago en general, ha de indicarse que “los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales” (arts. 1629 y 1881 c. c.; 392, 507 [2], 510 [2, e], 521, 548 y 555 [3] c. de p. c.). Valga aclarar, en razón de que alguna norma regula a un tiempo las dos materias (art. 909 c. co.), que se trata, obviamente, de lo que implique la ejecución de la prestación, y no del costo de la celebración del contrato. Los gastos del pago es una expresión que comprende todos los costos y expensas, tanto materiales como jurídicos, que llegue a ocasionar la ejecución de la prestación hasta su momento final. En la cuenta irán, los costos de embalaje, acarreo, almacenamiento, vigilancia, remesa, documentación, tasas e impuestos de timbre, seguros, cancelación de gravámenes, sin perjuicio de las estipulaciones particulares y los dictados de la costumbre y de ley. De ahí la oportunidad de resaltar las disposiciones especiales contenidas en los arts. 1881 c. c. y 909 [2] c. co., con redacción más perspicua el primero: “Al vendedor tocan naturalmente los costos que se hicieren para poner la cosa en disposición de entregarla, y al comprador los que se hicieren para transportarla después de entregada”, lo que guarda relación con las anotaciones hechas a propósito de las obligaciones “reclamables” y las *portables* (supra n.º 107), y 2256 c. c.: “Los costos del transporte que sean necesarios para la restitución del depósito serán de cargo del depositante”, debido a la gratuidad del contrato, del que el acreedor es el solo beneficiario²¹⁹.

533. costas judiciales

Y una anotación final significativa, dentro del talante ya señalado del código de procedimiento civil: la prohibición de tasar preventivamente el monto de las costas (art. 392 [9]), de modo de eliminar la usanza y la inclinación a estipular en los contratos masivos, celebrados sobre la base de formularios, penas gravosas para los mutuarios o consumidores ejecutados, o arrendatarios desahuciados, a título de expensas judiciales, sobre todo en lo que respecta a honorarios: de auxiliares de la justicia y agencias en derecho, con abuso de la posición dominante.

X. imputación del pago

534. imputación del pago *

²¹⁹ El art. 90 de la Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (LUFC), Convención de La Haya, 1964, dispone: ³RV□ JDVWRV□ GH□ HQWUHD□ GH□ OD□ FRVD□ VRQ□ D□ FDUJR□ GHO□ YHQGHGRU□□ WRGRV□ ORV□ JDVWRV□ SRVWH□ FRPSUDGRU□

* Cfr. NATOLI. Identificazione del credito cui si riferisce la prestazione, en L□DWXDX□LRQH□GHO□UDSSRUWR□MARE□JDWRULR□□W□□ 1984, p. 141 y ss.; A. BELLELI□□/□LPSXWD□LRQH□YRORQWDULD□GHO□~~SDR□PMQW□AVI□DGRYD□IH□~~ ³VRUSUHVD□ nella imputazione dei pagamenti, en Rivista di diritto civile, Padova, 1968, I; R. CARLEO. Prelazione legale e interesse dei creditori, Milano, 2000.

Lo usual es que el deudor deba una prestación a su acreedor y que le pague lo que le debe, tanto más si se tiene en cuenta que, como se ha repetido, el pago debe ser completo. Por esa misma razón, lo ordinario es la correspondencia entre lo que se paga y lo que se debe, de modo que ambas partes sepan, llegado el momento, desde un comienzo y sin dudas qué obligación fue la cancelada. Lo cual no es óbice para que, cuando un mismo deudor debe a un mismo acreedor varias prestaciones (*ex pluribus causis*) del mismo género y hace un pago que no alcanza a cubrir a todas, o cuando ocasionalmente, debiendo una sola obligación, hace un abono, haya lugar a imputar la fracción, es decir, a determinar a qué se atribuye o asigna lo pagado, como quiera que no es suficiente para una satisfacción plena. En tal situación, lo primero que se piensa es en establecer el destino que el *solvens* quiso darle a su abono, aparte de si, según las condiciones de las varias deudas, puede o no preferir a su guisa una deuda a otra cualquiera que sea la situación en que se encuentre. En efecto, es de esperar que el deudor, en el acto del pago, diga qué es lo que paga. Otra cosa es que él, por pauta legal, que mira al equilibrio de las partes, no pueda unilateralmente destinar el pago parcial a capital, dejando pendientes los intereses (art. 1653 c. c.), o preferir una deuda no vencida la que ya lo está (art. 1654 c. c.), por lo mismo que de ordinario “el dinero fructifica” y con más veras, de suyo, el dinero atrasado (arts. 1617 c. c. y 883 c. co.). En ambas situaciones le es menester el consentimiento del acreedor. Y a la primera habría que agregar, con argumento *ex art. 2495 [1.º] c. c.*, que delantamente en la imputación habrán de ir los gastos del pago²²⁰.

535. oportunidad de la imputación

Naturalmente, como en los más de los aspectos de la relación crediticia, lo que las partes de consuno establezcan va en primer término: ellas, en todo momento, dicen la última palabra (arts. 1603 c. c. y 871 c. co.). Lo que no quita que, en igualdad de condiciones, el deudor tenga prelación para hacer la imputación. El momento para hacerlo es el del pago (art. 1253 *code civil fr.*), y podría agregarse que mantiene esa facultad mientras el acreedor no la ejerza en defecto de él. Si el deudor no imputa su pago parcial en oportunidad, la iniciativa pasa al acreedor, quien para ello se valdrá de la carta de pago o recibo, a propósito de la cual la norma indica que la imputación quedará en firme, si el deudor no objeta entonces (art. 1654 c. c.), salva, naturalmente, su acción de nulidad por las causales de ley (arts. 1254 *code civil fr.*; 1740 a 1741 c. c.; 899 a 900 c. co.)²²¹. En fin, si tampoco el acreedor declara entonces a qué deuda se aplica el abono, el derecho de imputarlo retorna al deudor, caso de no haber diferencias o razones de prelación legal entre las varias deudas (art. 1655 c. c.).

536. prueba de la imputación

En lo que respecta a la prueba de la imputación, ha de anotarse que, en tanto que al deudor corresponde la prueba del pago que hizo, el acreedor que demanda habrá de probar la

²²⁰ Así en el art. 6. 1. 12 (1) de los *Principios* de UNIDROIT.

²²¹ § 10 DOWD GH XQD GH FODUDFLyQ GH LPSXWDFLyQ GH SDUWH GH GHXGRU SXHGH GDEVH OD GH ODFUHHGROR RUVRO GH SDUWH GH ODFUHHGRU R VHD GH TXH HVWH VH DSURYHFKy GH ODV FLUFXQVWDQ GHXGRU BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 105.

existencia del crédito correspondiente y que la imputación correspondiente no fue correcta²²².

537. reglas de la imputación

Los códigos modernos no mantuvieron la tradición romanista temperada y equitativa²²³. Pero, en fin de cuentas, las pautas trazadas por el ordenamiento civil son de la mayor sencillez, como corresponde a la pauta de los arts. 1253 a 1256 *code civil fr*: al pagar, el deudor dirá qué deuda o deudas quiere pagar; de no hacer él la indicación, al acreedor le corresponde imputar el pago, y caso de no hacerlo al expedir el recibo, el derecho a la imputación vuelve al deudor, de no haber diferencia entre ellas; dentro de una misma deuda, primero se han de atender los intereses y luego el capital²²⁴, y siendo varias las deudas, la ya devengada habrá de atenderse antes de la que no lo está aún. Estos dos son los únicos motivos de prelación.

En cambio, el código de comercio introdujo dos criterios adicionales, que muestran su preferencia por el acreedor (*beneficium creditoris*)²²⁵; al agregar “salvo estipulación en contrario”, dentro de las varias deudas exigibles, el deudor no podrá elegir sin el consentimiento del acreedor la que tenga garantía real o personal sobre la que no cuente con caución, y entre varias obligaciones con garantía específica, “el acreedor podrá imputar el pago al que le ofrezca menos seguridades” (art. 881 c. co.), el segundo de los cuales, además, suscita confusión sobre la *facultas accipiendi*: ¿a qué oportunidad del acreedor se

²²² 3(Q□PDWHULD□GH□LPSXWDFLyQ□GHO□SDJR□□ODV□AUNPOVA□NUESTRACHY□MOMAYONA. Por ello, es claro que, a falta de declaración del deudor (o de declaración válida del acreedor), es necesario proceder a establecer el monto de las deudas singulares y de las vencidas; que el acreedor que afirma que el pago se refiere a una obligación distinta de la deducida en juicio, tiene la carga de probar la existencia de ese otro crédito, o de la existencia de las condiciones necesarias para una imputación distinta; y que, a la inversa, si es el deudor quien pretende la imputación del pago hecho a RWUD□GHXGD□□D□p□OH□LQFXPEH□OD□FDUJD□GH□OD□SUXHED□GHAODV□FRQWUDLRQ□GHOGUESRUPEXWDFLy obligatorio, t. 2, cit., n.º 54, p. 150 y s.

²²³ Es nítida la inclinación del derecho romano por el principio del *favor debitoris* HQ□PDWHULD□GH□LPSXWDFLyQ□GHO□SDJR□□36LHPSU que un deudor de muchas causas paga una sola deuda, está al arbitrio del pagador decir qué deuda ha querido pagar preferentemente; y estará pagada la que hubiere dicho; porque podemos expresar cierta condición para lo que pagamos. Mas cuando no decimos qué es lo que se haya pagado, está al arbitrio del que cobra determinar por qué deuda lo da preferentemente por recibido, con tal que lo determine pagado por lo que él mismo hubiese de haber pagado, si debiera, y de cuya deuda se hubiese de haber descargado él, si la debiera, esto es, por una que no esté en controversia, o por la que uno había salido fiador por otro, o cuyo vencimiento no había llegado todavía; porque pareció muy justo, que el acreedor obrara respecto al negocio del deudor, como obraría en cuanto al suyo propio. Así, pues, se le permite al acreedor determinar por cuál quiere que se haya pagado, con tal que lo determinemos, como uno lo determinaría en negocio suyo propio; pero GHWHUPLQDU□GH□SUHVHQWH□□HVWR□HV□□LQFHGDWDPHQVH□TXH□VHGHEH□GDU□SRU□UHFLELGR□SRU□OD□F PIV□JUDYRVD□□SRUTXH□DVt□WDPELp□OR□GHWHUPLQDU□□RBLDQGR□HQ□VX□□SUXSHD□□□□ cantidad indistintamente, se considera pagada por la causa más gravosa [...] y se considera más gravoso lo que se debe bajo ILDQJD□□TXH□OR□TXH□SXUDPHQW□3, VHSIGHEH□□□□VH□FRQVLGHUDU□□SUHIHUHQWH□OD□HAYVD□GHO□GLQHUR□ tacha de infamia; después, la que contiene una pena; en tercer lugar, la del que se contrató con hipoteca o prenda; después se considerará preferente la causa propia que la ajena, por ejemplo, la del fiador; lo que definieron de este modo los antiguos, SRUTXH□VH□FRQVLGHUDU□YHURVtLO□TXH□XQ□GHXGRU□GLQLJHQWH□KDEUtD□GH□SURYHHU□DVt□SRU□UHTXH PAPINIANO. D. 46, 3, 97 (cfr. D. 46, 3, 7); el crédito vencido será preferido, y entre los varios vencidos, se seguirá el orden en que se devengaron, y en últimas, proporcionalmente a todas las acreencias: D. 46, 3, 8.

²²⁴ C. 8, 43 (42), 1□□3(Q□OD□IDFXOWDG□GHO□TXH□GHEH□GLQHUR□SRU□YLUWXG□GH□YDULRV□FRQWUDWRV□HVWi□H□S por la que paga. Pero si el deudor no hizo esto, la elección le corresponde al que cobró. Y si ni el uno ni el otro expresó su YROXQWDG□□OR□TXH□VH□SDJD□VH□GDU□SRU□UHLELGR□SULPHUDPHQWH□SDUD□ORV□LQWUHVHV□□□GHVSXp

²²⁵ El *codice civile* dispone al respecto: art. 1193□*Imputación del pago*. Quien tiene varias deudas de la misma especie para con una misma persona puede declarar cuando paga cuál pretende satisfacer. A falta de dicha declaración el pago ha de imputarse al crédito vencido; entre los varios vencidos, al menos garantizado; entre las varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre las igualmente onerosas, a la más antigua. Y si ninguno de estos criterios fuere aplicable, la LPSXWDFLyQ□VH□KDU□□SURSRUFLRQDOPHQWH□D□ODV□YDULDV□GHXGDV□□

refiere? Es de resaltar los sucesivos sesgos *pro domo creditoris* en que incurre el código de comercio, al parecer so pretexto de actualización²²⁶, ciertamente no plausibles²²⁷.

XI. prueba del pago

538. prueba del pago

Interesa comenzar con la reiteración de que, una vez demostrado el surgimiento de una obligación con la prueba del hecho jurídico (*lato sensu*) generador de ella, cuya carga pesa sobre el afirmado acreedor, al deudor le incumbe comprobar la ocurrencia de un determinado hecho extintivo (*Codex Just.* 4, 19, 12; arts. 1757 c. c.; 1315 *code civil fr*; 177 c. de p. c.). Con la aclaración de que el concepto de carga probatoria no es fijo ni estático, sino dinámico, sobre todo pensando en términos de la extinción y de la prueba del cumplimiento-incumplimiento en las obligaciones de medios y de resultado, cobrables y *portables*, cumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso. En principio, como se ha expuesto, la obligación perdura mientras el acreedor no haya sido satisfecho por el deudor, quien al ejecutar la prestación se libera en razón de su cumplimiento. De esa suerte, la controversia entre las partes sobre la subsistencia o la extinción de la deuda girará en derredor de la ocurrencia o no de un determinado modo extintivo (aquí del pago) y el juzgador habrá de declarar libre al deudor y, en principio (salvo en el pago con subrogación), también declarar extinguida la obligación, en cuanto en el proceso aparezca demostrado el hecho calificado (cfr. art. 306 [1] c. de p. c.).

No está de más tener presente, una vez más, que en materia de obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento consiste en la abstención debida (durante el tiempo y el territorio correspondientes), así como en las de hacer consistentes en una actividad indefinida, es de lógica dispensar al deudor de la prueba de su cumplimiento y cargar al acreedor con la prueba del incumplimiento, por tratarse, en su orden, de asertos uno negativo y el otro indefinido (art. 176 [2] c. de p. c.).

La importancia teórica y práctica de las obligaciones condujo a que los códigos de cuño francés incluyeran dentro del libro correspondiente a la disciplina de ellas, al final de la parte general, una sección destinada a “la prueba de las obligaciones”: así, el capítulo VI del libro 3.º del *code civil français*, el título XXI del libro 4.º del código civil chileno y, de contera, del colombiano; usanza que mantuvo el *code civil de Québec*, al consagrar un libro, el 7.º, a “la prueba”, circunscrita al ámbito de las obligaciones. En lo que respecta a nuestro ordenamiento, se pone de presente que el código de procedimiento civil, no obstante haber regulado –como era natural– íntegramente la materia probatoria, dejó expresamente en vigor el mencionado inciso primero del art. 1757 c. c.

539. libertad y restricción probatoria

En materia de prueba del pago, pudiera decirse que las tendencias han oscilado entre la

²²⁶ Es de resaltar que tanto en el *codice civile*, como en los *Principios* de UNIDROIT, VL ELHQ VH VLHQWD OD SUHIHUhQFLD SRU FU pGLWR PHQRV JDUDQWLJGR R OD REOLJDFLyQ TXH FXHQWH FRQ PHQRV JDUDQWtDV SDUD HO DFUHH dar por paJDGD OD REOLJDFLyQ PiV RQHURVD SDUD HO GHXGRU TXH HO FyGLJR GH FRPHUFLR HOLPLQy

²²⁷ Valga recordar: la solidaridad pasiva presunta (art. 825), el pago de dinero en el domicilio del acreedor (art. 876), y la imputación del pago al servicio del acreedor (art. 881).

368 [I] BGB)²³⁴. Así mismo, quien paga tiene derecho a que junto con el otorgamiento del recibo, el acreedor proceda a la devolución del documento de obligación (art. 624 c. co.; § 371 BGB).

541. impugnación del recibo

El otorgamiento de recibo, igual que la destrucción o la restitución del documento, constitutivo o probatorio del crédito, hace presumir la satisfacción de este. Pero tal presunción es susceptible de descargo, y el acreedor “podrá demandar legítimamente al deudor por aquella cantidad que con pruebas evidentes hubiere demostrado que todavía le debe”²³⁵. En fin de cuentas, la declaración del acreedor es una confesión, con todas sus consecuencias probatorias, que como tal, conforme lo previene el art. 201 c. de p. c., *Infirmación de la confesión*, “admite prueba en contrario”²³⁶. Con la misma lógica, el finiquito de una cuenta corriente, que hace presumir que quien lo otorga se considera a paz y salvo, puede ser contradicho (arts. 879 y 880 c. co. [este último reproducción del art. 214 c. co. anterior]). Y “el recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de responsabilidad” (art. 2060 [4.^a] c. c.).

Cuando ese recibo fue otorgado en el propio texto del contrato celebrado por escritura pública, es natural que la desvirtución de su veracidad no sea oponible a terceros de buena fe (art. 1934 c. c.)²³⁷.

542. presunción de pago de intereses

El recibo de pago de capital sin hacer mención de los intereses hace presumir que el deudor está al día en lo que hace a estos, por lo mismo que él ha de proceder a pagarlos con antelación al principal (art. 1653 c. c.). Y el recibo de pago de un período de intereses, sin reserva o salvedad, hace presumir que se pagaron los intereses anteriores (art. 1163 [2] c. c.)²³⁸.

543. prueba de los pagos periódicos

Cuando se trata de pagos periódicos entre unas mismas partes y, sobre todo, cuando el tiempo transcurrido en el servicio de la deuda es prolongado, es apenas natural que la ley acuda a aliviar al deudor de la carga de conservar íntegros los recibos; así, el art. 1628 c. c. consagra la presunción de pago de todos los períodos anteriores con la sola presentación del recibo de “tres períodos determinados y consecutivos”.

544. prueba de la imputación del pago

²³⁴ (O□DFUHHGRU□TXH□UHFLELy□OD□SUHVWDFLyQ□KD□GH□RWRUJDU□UHFLER□SRU□HVFULWR□rsGH□VHUOH□VROLF□legítimo HQ□TXH□HO□UHFLER□VHD□RWRUJDGR□HQ□RWUD□IRUPD□□DVt□VH□SURFHGHU□i□

²³⁵ Así reza el pasaje de MODESTINO. D. 22, 3, 24.

²³⁶ \$□SURSyVLWR□GH□ODV□OODPDGDV□³FoixVXODV□OLEHUDWRULDV□□DGLFLRQDOHV□DO□UHFLER□□FRQ□YLVRV□□inexpugnable la declaración de pago total y definitivo, dicen BIGLIAZZI-GERI *et al. Obbligazioni e contratti*, cit., p. 106□□³/D□MXULVSUXGHQFLD□PiV□UHFLHQWH□>□□□@□FRQVLGHUD□GLFKDV□FoixVXODV□FRPR□GH□PHUR□HVWLOR□□□SRU□

²³⁷ Cfr. cas. de 8 de septiembre de 1938, XLVII, 121 y s.; 16 de septiembre de 1938, XLVII, 129.

²³⁸ ³&XDQGR□VH□RWRUJD□FDUWD□GH□SDJR□SRU□HO□FDSLWDO□VLQ□PHQFLRQDU□ORV□LQWHUHV□HV□HVWRV□VH□□la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciRQHV□TXH□VH□GHED□ de jure de □□□, XXI, 290.

mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada” (art. 1650 c. c.); que el art. 499 c. de p. c. regula el trámite de la ejecución de obligación de hacer, con previsión del rechazo del acreedor y su disputa con el deudor al respecto; y que otro tanto previenen los arts. 2059 c. c. y 500 c. de p. c. en lo que atañe a la obligación de hacer.

A tal propósito es preciso distinguir dos momentos sucesivos: el de la “constitución del acreedor en mora” y el de la liberación del deudor por el pago mismo en ausencia o a contrariedad del acreedor.

547. constitución del acreedor en mora

La *mora accipiendi* implica un comportamiento incorrecto del acreedor que, análogamente a la *mora debitoris*, ha de acarrearle consecuencias adversas²⁴², comenzando por el traslado a él de los riesgos de la cosa debida. Pero, ¿cuándo se considera que el acreedor ha incurrido en mora o cómo podrá el deudor constituirlo en mora, teniendo en cuenta que el rechazo del acreedor puede ser fundado, o que su falta de disposición puede tener justificación? A diferencia de la *mora debitoris*, precisamente regulada normativamente (art. 1609 c. c.), la *mora accipiendi* no cuenta entre nosotros con precepto a propósito²⁴³. Ausencia que no deja de generar perplejidades y dificultades de apreciación. El art. 1739 c. c., a propósito de “pérdida de la cosa debida”, previene que “la destrucción de la cosa en poder del deudor, después de que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de este en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo”. De él es importante resaltar acá su mención de la *oferta* del deudor y del *retardo* del acreedor. De su lado, el art. 420 [1] c. de p. c. exige que “la demanda de oferta [!] de pago deberá cumplir tanto los requisitos exigidos por este código, como los establecidos en el código civil”.

548. oferta, consignación y “mora creditoris”

Para captar el problema en sus dos dimensiones es menester tener presente lo que suele ocurrir en la práctica y ver de atender las dificultades razonable y equitativamente. La ley previene un procedimiento, o mejor dota al deudor de medios, unos procesales (arts. 408 [5] y 420 c. de p. c.), otros administrativos (art. 1929 [2] c. c.: el comprador perturbado en la posesión o amenazado por una acción real anterior al contrato y no comunicada entonces por el vendedor, “puede depositar el precio con autoridad de la justicia”, mientras termine la perturbación o reciba seguridades frente a un resultado adverso del proceso; arts. 4.º. Dcto. 2813 de 1978, 12 [1.ª]. Ley 56 de 1985 y 8.º. Dcto. 1816 de 1990, a propósito del canon de arrendamiento²⁴⁴; art. 696 c. co., en lo que respecta a letras; art. 65 [2] c. s. t., en

²⁴² AFRICANO. D. 17, 1, 37, expone una razón de peso para el tratamiento adverso de ninguno de ellos debe aprovecharle su propio fraude (*frustratio*).

²⁴³ El BGB OH § GHGLFD § GRFH § DUW § XORV § D § OD § PRUD § FXDQGR § QR § DFHSWD § OD § SUHVWDFLYQ § SUHVWDFLYQ § GH § VHU § RIUHFLGD § DO § DFUHFQIRUPH § KD § GH § HMFXWDU § DUWH § DFUHHGRU § GHFODU § SUHYLDPHQWH § TXH § QR § DFHSWDU § OD § SUHVWDFLYQ § la prestación es indispensable un acto del deudor, especialmente cuando el acreedor ha de recoger la cosa debida, basta un ofrecimiento verbal del deudor. El requerimiento al acreedor para que ejecute el acto necesario equivale al ofrecimiento de la SUHVWDFLYQ § OD § DFUHHGRU § ocurre en mora si al tiempo del ofrecimiento [...] el deudor no está en condiciones de HMFXWDU § OD § SUHVWDFLYQ § WH § OD § PRUD § GH § DFUHHGRU § HO § GHXGRU § VYOR § SUHVWDFLYQ § OFROR § FXOSD § mora del acreedor el deudor no tiene qXH § SDJDU § LQWHUHVHV § GH § REOL § SUHVWDFLYQ § PRUD § GH § DFUHHGRU § HO § deudor puede exigir del acreedor el resarcimiento de los mayores gastos del ofrecimiento fallido, así como los de la FRQVHUFDLYQ § PDQWHQLPHQWR § GH § OD § FRVD § GH § ELGD §

²⁴⁴ El Estado ha intervenido, de varias décadas atrás, en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos en municipios de mayor población: a más de disponer la irrelevancia de la expiración del plazo pactado para solicitar la restitución del

cuanto a salarios y prestaciones; art. 120 [4]. Dcto. 663 de 1993 a propósito de abonos a crédito para vivienda, antes de que el acreedor inicie el proceso ejecutivo, para que se cure en salud ante la ausencia o repugnancia del acreedor; art. 65 [2] c. s. t.: el patrono puede consignar “ante el juez del trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber” por concepto de salarios y prestaciones debidos al trabajador que se niegue a recibirlo a la terminación del contrato, “mientras la justicia decide la controversia”²⁴⁵. Pero no determina, ni podría hacerlo, término o términos generales perentorios para que el deudor tome la iniciativa y proceda a formular la oferta ante el juez competente o, sin más, a hacer la consignación en el banco autorizado²⁴⁶. De un lado se tiene el curso del término convencional, consuetudinario o legal para ejecutar la prestación (entrega del bien o de la obra), de otro lado está la gama de posibilidades de comportamiento de deudor y acreedor en las postrimerías del término y enseguida de su expiración. Delante de la controversia de las partes acerca de si el acreedor incurrió o no en mora de recibir, de si el deudor hizo o no tempestivamente oferta, de si su oferta fue relevante, el juez habrá de reunir los elementos de juicio mencionados y ponderarlos de acuerdo con las circunstancias, teniendo como punto de referencia lo que según su apreciación era esperable y exigible de aquel y de este²⁴⁷. En otras palabras, habrá de indagar si alguno de ellos faltó a la lealtad y corrección debidas, o si ambos fallaron en ella, si el acreedor engañó o desorientó al deudor, si la oferta del deudor fue consistente y seria o apenas de apariencia, etc. Lo incuestionable es que “el acreedor no incurre en mora si el deudor no está en condiciones de ejecutar la prestación” en la oportunidad debida (§ 297 BGB)²⁴⁸.

549. ofrecimiento de la cosa

Se dice que el acreedor entra en mora sólo una vez que le ha sido ofrecida la cosa (cfr. § 293 BGB; art. 1739 c. c.). Pero, ¿qué se entiende por ofrecimiento de la cosa o de la prestación? El ordenamiento, frente a situaciones frecuentes de habilitosidades de acreedores ansiosos de colocar en mora a sus deudores incautos o desprevenidos, para sacar ventaja de esa situación (ejercicio de la acción resolutoria, de la restitutoria, aceleración del pago), ha vuelto por la defensa del deudor pundonoroso²⁴⁹. Sin embargo, al lado de tales

inmueble y la congelación del precio o la limitación de su alza, autorizó al arrendatario la consignación del canon en banco señalado al efecto, a la orden del arrendador renuente, con efectos plenos del pago, de modo de relevarlo de la carga de estarlo demandando judicialmente en pago por consignación a cada vencimiento.

²⁴⁵ Cfr. el art. 1.º de la Ley 7.825 de Chile, modificatoria del código civil al respecto.

²⁴⁶ El art. 7.º, n.º 27, de la Ley 18.776 GH□ & KLOH□ SUHY□ 34XH□ VL□ OD□ REOLJDFLyQ□ HV□ Dispónese para EDMR□ FRQGLFLyQ□ expirado el plazo o se haya cumplido la condición. Con todo, si la obligación es a plazo, la oferta podrá también hacerse en ORV□ GRV□ ~OWLPRV□ GtDV□ KtELOHV□ GH□ SODJR'□

²⁴⁷ 3/D□ RIHUWD□ GH□ OD□ SUHVWDFLyQ□ HQ□ ODV□ IRUPDV□ con Voss, *loc. cit.* Hf□ las modalidades de KtH□ fíca constante y generalizada en un determinado lugar o en un determinado sector de negocios. Dicha oferta es también una oferta formal. El acreedor puede ser constituido en mora, mediante una oferta hecha en la V□ IRUPDV□ GH□ BAWR□ □ A□ REOLJDJLROH□ n.º 207, p. 406.

²⁴⁸ ABELIUK. *Las obligaciones*, II, cit., n.º 882, p. 723 □ V□ □ □ □ (Q□ ODV□ REOLJDFLRQH□ GH□ GDU□ SXHG□ EDVWDU□ FXDOTXLHU □ p[ues el art. 1680 (1739 F□ □ F□ □ @□ KDEOD□ GH□ μGHV□ SXpVRV□ RIUHFGRH□ LJH□ Q□ QJXQD□ FDOLGDG□ HVSHFLDO□ D□ OD□ Q□ Al intérprete le corresponderá resolver según los hechos de la causa, si realmente ha habido por el deudor intención seria de cumplir en la forma prometida, y del acreedor una negativa injustificada a recibir. En todas las demás obligaciones, a falta de reglamentación legal, mayor libertad queda aún al intérprete para definir la conducta de las partes: si el deudor ha puesto realmente todo de su parte para cumplir o se ha limitado a una cómoda pasiva. Y en las obligaciones de dinero, lisa y llanamente el deudor debe proceder a la oferta y depósito, porque en dicho tipo de deudas tal procedimiento no es ni engorroso ni caro, y cualquier otra actitud del deudor no revela un afán decidido de cumpOLU'□ □ □ □ □

²⁴⁹ Ejemplo sobresaliente es el de las normas que, a partir del Decreto 1943 de 1956, han autorizado sucesivamente al inquilino a

casos extremos, han de contemplarse las situaciones ordinarias, con la advertencia de que no es dable exigirle al deudor que se precipite a hacer la oferta judicial, y de que no hay fundamento para sostener que la *mora creditoris* presupone una oferta formal específica²⁵⁰. Por lo general lo que el deudor hace, en tales circunstancias, o si se quiere, lo primero que se ocurre hacer, es ofrecer fácticamente (*tatsächlich*)²⁵¹, aun sin el conocimiento del acreedor²⁵², eso sí, con un riesgo adicional al de que el juez no estime suficiente dicho proceder: el de la prueba de la veracidad de su oferta²⁵³. Llegado el caso, un requerimiento, intimación o reconvencción personal²⁵⁴, oral, es lo que cualquiera hace prudentemente, sólo después de lo cual se percatará de la ausencia o resistencia del acreedor, entrará a preparar la demanda judicial y a acopiar los documentos necesarios para ella²⁵⁵. Para que el pago sea válido, dice el art. 1656 c. c., no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor (cfr. art. 743 [1] c. c.); el pago es válido aun contra su voluntad, mediante la consignación. Pero bien se palpa que hay una laguna normativa o zona gris, correspondiente al tiempo que media entre el instante en que termina la oportunidad del pago, o sea en que la obligación se hace exigible y el deudor ha de ejecutar o haber ejecutado la prestación, y la formulación de la demanda de pago por consignación²⁵⁶, a cuya clarificación contribuyen otros ordenamientos al prevenir la figura de la oferta formal y la intervención de oficial o funcionario para verificar su realidad y seriedad²⁵⁷.

550. oferta real y oferta no formal

A este propósito es elemental tener presentes las distintas clases de prestaciones y las particularidades de la disciplina de su actuación; en otras palabras, observar que de “oferta

consignar el arriendo en banco, con la carga de enviar enseguida el recibo de la consignación al arrendador, por correo certificado, como medio expedito de conjurar la mora del arrendatario, por efecto de las marrullas del arrendador y sus secuelas negativas sobre la perduración del contrato (arts. 2035 c. c. y 424 [2] c. de p. c.), obviándole la carga de entablar una demanda.

²⁵⁰ En cas. de 31 de enero de 1919, XXVII, 157, VH□KDFH□PHQFLyQ□GH□TXH□HO□GHXGRU□*KLJR□RIHUWD□SULYDGD□DO□DFU□SUHVHQW□DO□MXJDGR□KDFLHQGR□RIHUWD□GH□SDJRG□KDFLHQGR□SUHYLHQH□OD□RIHUWD□KHFKD□QRWDUL□R□SRU□XQ□UHFHSWRU□FRPSHWQWHV□VLQ□SUHYLD□RUGHQ□GHO□WULEXQDO□UHJXOD□VX□UH□Cfr. § 265 y s. BGB.

²⁵¹ Es el ejemplo del deudor que acudiendo a la oficina, almacén, bodega, taller, casa, del acreedor a entregar la cosa o a ejecutar la obra o el trabajo, no encuentra allí a nadie o simplemente no lo encuentra a él.

²⁵² ²⁵³ HPDQGDGD□OD□UHVROXFLyQ□GH□XQ□FRQWUDWR□SRU□QR□KDEHU□SDJDGR□HO□GHPDQGDGR□VX□GHXGD□demandado excepciona que en tiempo oportuno hizo la oferta de pago y luego la consignación correspondiente, no es al GHPDQGDQWH□D□TXLHQ□FRUHVSRQGH□SUREDU□OD□PRUD□VLQR□DO□GHPDQGDGR□D□TXLHQ□FRUHVSRQGH□S□diciembre de 1917, XXVI, 235.

²⁵⁴ El derecho francés prevé que el deudor ofrezca al acreedor el objeto o la suma debidos por intermedio de un empleado ministerial. Si el acreedor rehusa el pago, el *solvens* deberá proceder a la consignación, es decir, a depositar el objeto o la suma debidos en el lugar indicado por el juez. Cfr. CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, n.º 840, p. 942. Y el art. 1208 *codice civile*, 7□□SUHYLHQH□TXH□OD□RIHUWD□VHD□KHFKD□DQWH□XQ□RILFL□BOL□ZOL□FR□DXWRULJDGR□GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 78.

²⁵⁵ Piénsese en las previsiones legales de resolución-terminación del contrato por incumplimiento (mora): arts. 1546 y 1930 c. c.; 870 F□□FR□□□□HQ□HO□SRVLEOH□DEXVR□GH□HVH□SRGHU□□HQ□WLHPSRV□GH□LQ□ABFI□□□□□VLPSOHPHQWH□SD□al amparo de una mora *in continenti* del comprador, so pretexto de que su oferta de pago por consignación no fue inmediata.

²⁵⁶ En cas. de 31 de enero de 1919, XXVII, 157□□OD□&RUWH□KLJR□SUHVHQWH□TXH□OD□FRQVLQD□□□□GHSyVLWR□GH□G□un pago por consignación, no puede verificarse el mismo día de vencido el plazo, puesto que debe ser precedida de varias formalidades legales, como son la de oferta, traslado de esta al acreedor, autorización del juez y nombramiento de depVLWDUL□□

²⁵⁷ ³Q□UHDOLGDG□OD□OH□SURYHH□ORV□LQVWUXPHQWRV□DSWRV□SDUD□SRQHU□DO□GHXGRU□HQ□FRQGLFLRQH□efectiva GH□FXPSOLU□□□GH□RWUR□ODGR□□GH□OLEHUDUVH□GHO□SHVR□GH□OD□FXVWRGLD□GH□ODV□FRY□GIORGIANNI. *Corso di diritto civile*, cit., p. 48 y s.

real”²⁵⁸ solamente se puede hablar con propiedad si la prestación es de entregar, incluyendo en ella la de entregar la obra ejecutada (arts. 2059 c. c. y 420 c. de p. c.), mientras que en las obligaciones de hacer habría de hablarse de “oferta no formal”²⁵⁹. Este acto del deudor, que le manifiesta al acreedor su propósito de ejecutar la prestación debida, o le pone de presente la plenitud de la ejecución alcanzada, y que es una invitación a recibirla o aceptarla, obra a favor suyo, mejor dijérase, en su defensa, en el evento de rechazo infundado del acreedor²⁶⁰.

Salta a la vista que la oferta y el pago por consignación convienen exclusivamente a las obligaciones de entregar, en las que se incluyen las de entregar la cosa elaborada o sobre la cual se realizó un trabajo. De plano se excluye esa posibilidad en las prestaciones negativas, en tanto que en las de hacer el deudor continúa debiendo no obstante la renuencia del acreedor, hasta cuando la obligación se extinga por imposibilidad sobrevenida (“cuando, en relación con el título de la obligación o la naturaleza de la relación, el deudor ya no puede continuar obligado a ejecutar la prestación o el acreedor no tiene más interés en obtenerla”) y, en últimas, por prescripción²⁶¹.

551. el proceso de “pago por consignación”

“La consignación [como es obvio] debe ser precedida de oferta” (art. 1658 c. c. [13 Ley 95 de 1890]), que ha de dirigir el deudor, por conducto de apoderado para el proceso, al juez competente, que será, a su elección, el del domicilio del acreedor demandado (fuero personal general) o el del lugar del pago (fuero real, *forum destinatae solutionis*). Naturalmente (art. 1658 cit.), el oferente ha de ser “capaz de pagar”, lo mismo que el acreedor demandado y, en caso de no serlo el uno o el otro, o ambos, sus representantes legales habrán de figurar en la demanda y obrar por ellos; la obligación ha de ser o haberse vuelto pura y simple; se ha de ofrecer ejecutar el pago en el lugar debido; y, por supuesto, completo. En otros términos, delante de la ausencia, renuencia o repugnancia del acreedor²⁶², el deudor, ansioso de cumplir y liberarse tiene a disposición suya un procedimiento conformado por varios pasos, a cuyo término —si antes las partes no se avienen— el juez decidirá si la obligación se extingue y el deudor queda libre: oferta, consignación o depósito, calificación (validación), son etapas de una cadena, cada cual con un significado y un efecto propios. La oferta habrá de formalizar o consolidar la *mora creditoris*; el depósito hace cesar la generación de intereses a cargo del deudor y traslada al acreedor los riesgos de custodia del cuerpo cierto, a más de que, al declararse válido el pago, indica retroactivamente el momento en que quedó cancelada la deuda; la validación es el juicio positivo definitivo sobre la conducta del deudor, con la declaración de su cumplimiento y de la consiguiente extinción de la obligación, amén de la condena al demandado vencido a abonar al deudor demandante los costos de la conservación de lo debido en su poder durante la *mora accipiens*²⁶³.

²⁵⁸ (VWDV RIHUV DV GHEHQ VHU UHDOHV OR TXH ODV FRQWUDSRQH D ODV RIHUV DV YHUEDOHV HV SUHVHQWDFLy QHHFWLYD GH OD FRVD GHEMDAUREHUMDESLXELobligaciones, L.º 974, p. 578.

²⁵⁹ Conforme al art. 1220 *codice civile* (O GHXGRU QR SXHG VHU FRQVLGHUDGR HQ PRUD VL WHPSHVWLYDPHQ prestación debida, aun sin observar las formas indicadas en el código, a menos que el acreedor la hubiera rechazado por un PRWLYR OHJWLPR).

²⁶⁰ BIANCA. *REEOLJDJLRQH* n.º 199, p. 383 y s.

²⁶¹ TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*, cit., n.º 260, p. 365.

²⁶² Cfr. cas. de 5 de agosto de 1904, XVI, 358.

²⁶³ Cfr. art. 1883 c. c., cuyos términos hacen recordar la previsión romana: D. 18, 6. 3 ODV HV OtFLWR DO YHQGHGRU YHUWHU HO si se señalase día para que se midiese, y no se midió dentro del término; pero no podrá verterlo desde luego, antes que avise

552. el trámite procesal

El art. 1.º, numeral 223, del Decreto 2282 de 1989, subrogatorio del art. 420 c. de p. c., regula el trámite del proceso de “pago por consignación”, con la prolijidad exasperante propia de dicha normatividad, así:

Admitida la demanda, se correrá traslado al acreedor, quien podrá allanarse a ella (art. 93 c. de p. c.), caso en el cual se entenderá directamente con el deudor y el proceso concluirá; o permanecer en silencio, ante el cual el juez, según sea del caso, dispondrá el depósito de la suma de dinero debida en banco a órdenes del juzgado y por cuenta del respectivo proceso, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del traslado, o fijará día y hora para la práctica de la diligencia de entrega del bien o bienes al acreedor. Y si este no concurre a ella o se niega a recibir, procederá entonces a nombrar secuestre y a entregarle a él el objeto de la prestación ofrecida. Tras de lo cual habrá de proferirse sentencia que declare válido el pago, o sea que por disposición del ordenamiento procesal, al acreedor demandado, para discutir sobre la legitimidad y pertinencia de la oferta de pago por consignación, le es necesario oponerse a ella dentro del término de traslado de la demanda, toda vez que su silencio o conducta omisiva se trata como aceptación de la oferta (num. 223, art. 1.º [2], inc. 1.º, *in fine*).

Análogamente se procederá con relación a consignación y secuestro, cuando, pese a haber provisto el demandante lo necesario para la notificación del acreedor demandado, esta no se hace dentro de los cinco días siguientes a la provisión.

Si el demandado al contestar la demanda se opone a recibir lo ofrecido, el juez ordenará la consignación o el secuestro, según la índole de la prestación.

Si el deudor demandante no consigna en oportunidad la suma debida, o no asiste a la diligencia de entrega en cualquiera de las dos eventualidades previstas en la norma, su omisión se toma como desistimiento, y el juez procederá a dictar sentencia desestimatoria inapelable (!).

Bien se palpa que el ordenamiento procesal no previó la liberación del deudor mediante trámite promovido por él ante la *mora creditoris*, sino para el caso de las obligaciones de entregar, a diferencia del código civil, que dentro de la disciplina del “pago por consignación” (art. 1658 c. c. [13 Ley 95 de 1890]), deja ver a las claras que la oferta puede versar sobre prestaciones distintas de “entregar cosa”.

Hecha la consignación o practicado el secuestro y, en el evento de que la una o el otro se hayan realizado preventivamente, surtido el traslado de la demanda, se entra en la etapa que el código judicial llamaba de “validación del pago”, o sea que se pasa a debatir el fondo del asunto: la regularidad de la oferta, las razones y excepciones del acreedor, la conformidad entre lo consignado o secuestrado y lo debido²⁶⁴. A dicho propósito están prevenidos un

ante testigos al comprador para que o se lleve el vino, o sepa que se habrá de verter el vino; pero si pudiendo verterlo no lo vertió, es más bien digno de gracias; y puede también exigir retribución por las tinajas, pero solamente si le importó que estuviesen vacías las vasijas en que estuvo el vino, por ejemplo, si las hubiese de dar en arrendamiento, o si tuvo necesidad de tomar alquiladas otras tinajas. Pero es más conveniente que se tomen vasijas arrendadas, y que no se vierta el vino, a no ser que se pague por el comprador

²⁶⁴ 3/D YDOLGH] GH OD FRQVLJQDFLyQ QR TXHGD HWWDEOHFLGD GHILQLWLYDPHQWH HQ ODV GLOLJHQFLDV cuales son meramente sumarias, sino que es preciso que se ventile en juicio contradictorio, en el cual debe comprobarse la VXILFLHQFLD GH OSDJR YHULILFDGR SRU FRQVLJQDFLyQ VL VLD REAFIENDU HWDOV, VZLFLHQFLD' FDV GH

término probatorio de veinte días (art. 413 c. de p. c.) y un traslado común a ambas partes de cinco para alegar de conclusión.

El juez examinará si el comportamiento del deudor se ajusta a las exigencias y modalidades generales y particulares del pago, si la prestación se acomoda a lo puntualizado en el título. Su conformidad se traducirá en validez del pago, con lo cual queda el deudor libre definitivamente y con efecto retroactivo: a partir de la consignación (art. 1663 c. c.), y el acreedor asume las expensas de la oferta y la consignación (art. 1662 c. c.), a más de que será condenado en costas en cuanto litigante perdidoso (art. 392 [1] c. de p. c.). En dicha sentencia el juez ordenará la entrega al acreedor demandado del depósito bancario o del bien secuestrado, así como la cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la obligación y la restitución de los bienes dados en garantía (num. 223 [4], art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989).

Por el contrario, si el juez le da al acreedor la razón en cuanto a su negativa a recibir, o si el pago no se ofreció regularmente, o lo consignado o secuestrado no corresponde a las exigencias del título, la sentencia será desestimatoria, con lo cual la obligación subsiste, el deudor retirará la suma consignada o recuperará el objeto depositado, y pagará las costas judiciales.

Antes de la aceptación de la oferta por parte del acreedor o de la ejecutoria de la declaración judicial de validez del pago, el deudor puede en cualquier momento arrepentirse, desistir, y retirar lo consignado, con lo cual deja pendiente su vínculo con el acreedor y el de sus codeudores y fiadores para con este (art. 1664 c. c.), ello por cuanto “lo que en últimas viene a atribuir eficacia jurídica al pago por consignación es la aceptación por el acreedor, o la sentencia ejecutoriada que haya declarado suficiente el depósito de lo debido”²⁶⁵.

Por disposición del código civil, aun después de que la obligación fue declarada irrevocablemente extinguida, el deudor podrá retirar la consignación o recuperar el bien secuestrado y retrotraer la actuación, con el asentimiento del acreedor demandado. Con ello, y apenas hay para qué decirlo, se constituye una nueva deuda, pues la primera había sido definitivamente cancelada. No se trata de una novación, pues la deuda no revive, y por consiguiente no hay entonces posibilidad de reservar cauciones, y si se aspira a tener las mismas prendas, hipotecas, fianzas o garantías solidarias, todas ellas habrán de constituirse de nuevo y su fecha será la del día en que se verifique el acuerdo (arts. 1665 c. c. y 42 Dcto. 1250 de 1970).

553. oferta y pago por consignación de parte de tercero

Del mismo modo que un tercero puede satisfacer al acreedor en lugar del deudor, es elemental la reflexión de que el tercero tiene vía franca para ofrecer la prestación debida y, llegado el caso, emprender el trámite de consignación-validación con las mismas cargas y eventuales resultados del deudor, sin que el acreedor pueda oponerse a ello por razones de identidad, salvo que tenga interés legítimo en rechazar dicha intervención de tercero, que bien puede colocarlo en situación de *mora accipiendi* (art. 1630 c. c.)²⁶⁶.

²⁶⁵ Cas. de 16 de agosto de 1973, CXLVII, 49.

²⁶⁶ MEDICUS. Tratado de las relaciones obligacionales, I, cit., p. 81.

XIII. pago con cesión de bienes*

554. el riesgo de no cumplimiento y el deber de lealtad del deudor

Deudores hay de todas clases, desde el pundonoroso, diligente, leal, hasta el tramposo, pasando por una variedad inmensa de matices, según la propia condición y las circunstancias; también, cada cual se puede ver colocado, por razones individuales o por acontecimientos o situaciones colectivos de diámetro más o menos amplio, en condiciones de apremio, de penuria, más o menos graves, vaya a saberse con qué intensidad y duración, que le impiden satisfacer regularmente sus compromisos, al margen de si su problema es de simple iliquidez o si llega a la insolvencia. Nadie está exento de esos riesgos, que afectan por parejo a deudor y a sus acreedores, pero sí todos tienen el deber de obrar con lealtad y corrección frente a la contraparte. El deudor, en la conducción de sus negocios, especialmente cuando comienza a percatarse de la estrechez de sus recursos, pero, con mayor rigor, al darse cuenta de que no puede satisfacer oportuna y plenamente la totalidad de sus acreencias. En esa situación la buena fe, e inclusive su propio interés, le imponen deberes de sinceridad y lealtad específicos, que tienen que ver directamente con la preservación de la *par condicio creditoris*, es decir, de no hacer ni propiciar discriminaciones, y menos fraudes.

Los acreedores, como se ha repetido, de ordinario cuentan a su favor con la buena disposición de aquel, más efectivamente, con las presiones que sobre todo obligado ejerce la sociedad y, más concretamente, la comunidad en que desarrolla sus actividades y, en últimas, con el instrumento de la ejecución forzada o coactiva, que puede ser singular o universal o concursal (art. 2492 c. c.; títs. XXVII y XXVIII c. de p. c.; tít. II Ley 222 de 1995). Y como suele suceder en las inmediateces de un siniestro colectivo, cada cual quiere salvarse, sin importarle la situación de los demás, y sobre todo, sin darse cuenta de que en esas emergencias el orden y la solidaridad son indispensables para evitar la ruina de todos. Cada acreedor tiende a apresurarse y a ganarle de mano a los otros, el *catch as can*, frente al cual la ley previene el proceso concursal, en donde todos habrán de presentarse, de poder discutir el derecho de los demás, sus caracteres, cauciones y cuantía; y a la postre, previa calificación o graduación de los créditos (tít. XL, lib. 4.º, c. c.), lo que resulte será distribuido entre los distintos acreedores, respetando las preferencias normativas (art. 2493 c. c.) y el principio del pago a escote (prorrata, art. 2492 c. c.).

En lo que hace al deudor, la ley, recogiendo experiencias de la mayor antigüedad, lo invita a proceder con prudencia y decencia, de modo que inclusive salve su reputación. A instancia suya o de acreedor o acreedores, puede buscar un arreglo con estos, para salir uno y otros del apuro mediante un negocio jurídico, cuyos términos se estipularán libremente y son vinculantes para los partícipes. Dentro de los modos actuales de afrontar el fenómeno de “crisis de la empresa”, se observan estímulos a esa solución alternativa del conflicto en ciernes y, dentro de ellos, la participación de autoridades administrativas (Superintendencias), que hacen las veces de mediadores o conciliadores²⁶⁷, como también normas que imponen a aquellas tomar la iniciativa, dentro de una concepción solidarista

* Cfr. R. MICCIO. *Cessione dei beni ai creditori*, en EdD., VI, Milano, 1960.

²⁶⁷ Cfr. tít. II, cap. I, Ley 222 de 1995, y Dcto. 663 de 1993.

que hace presente junto al interés de acreedores y deudor, y a veces frente a él, el interés público en la salvación de las empresas en obsequio de la reactivación de la economía²⁶⁸.

Otro instrumento, análogo, pero con caracteres singulares, ante todo, porque procede sin necesidad de acuerdo entre deudor y acreedores, por simple decisión del juez, luego de examinar los hechos y cerciorarse de que se cumplen sus presupuestos, es (¿o fue?²⁶⁹) el del “pago por cesión de bienes”, llamado a operar por iniciativa del deudor en beneficio de la masa de acreedores, pero igualmente en protección propia²⁷⁰.

555. la figura de la “cesión de bienes”

Por definición legal, “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” (art. 1678 c. c.). Tal presentación mueve a reflexiones varias relativas a la naturaleza jurídica de la figura, sus requisitos, la razón de ser de cada cual, su funcionamiento y sus efectos, antes que pensando en el origen y en el significado actual de ella, en vista de sus proyecciones sobre los instrumentos y mecanismos que surgieron de ella o a su vera (los concordatos) y cuya reglamentación sigue oscilando entre la severidad y la benevolencia, según el humor del público frente a los altibajos de la economía.

556. particularidades de la “cesión”

La función y dimensiones del curso no permiten ahondar sobre esas inquietudes, pero sí imponen anotar que la relación vinculante entre deudor y acreedores que se crea por medio de la cesión puede ser producto de un acuerdo de ellos, que el juez simplemente homologa, caso en el cual podría hablarse de un “contrato de cesión” (la “cesión voluntaria” prevista en el art. 1265 *code civil fr.*, “resultante de las estipulaciones del contrato celebrado entre los acreedores y el deudor”); pero, a la vez, resaltar que la cesión, tal como aparece concebida desde un principio y en la regulación del código civil, en su expresión más genuina de *favor debitoris*, y luego de contribución a la continuidad empresarial, no ha menester de acuerdo, o más propiamente, de aceptación de la masa de acreedores, sino de decisión judicial, que acoge la propuesta del deudor al hallarla ceñida a los requisitos de ley o, mejor, al no poderla objetar (la “cesión judicial” del art. 1268 *code civil fr.*, entendida como “un beneficio que la ley otorga al deudor desventurado y de buena fe”); agregar que pese a no acarrear enajenación de bien alguno, sí implica una provisión para el pago y un “apoderamiento” (que sería irrevocable en cuanto también estaría conferido en interés de los gestores: art. 1279 c. co.) a los acreedores para que, ceñidos a los términos del acuerdo,

²⁶⁸ Cfr. Ley 550 de 1999.

²⁶⁹ La interrogación obedece simplemente al hecho de la carencia de noticia de su empleo.

²⁷⁰ También esta figura es de origen romano: en época avanzada y como alternativa a la *venditio bonorum* (forma pretoriana de ejecución universal), una *lex Iulia de bonis cedendis* (¿*lex Iulia iudiciorum privatorum*?) de CÉSAR o, más bien, de AUGUSTO (una Constitución de GRACIANO. *Qui bonis Lege Julia*) permitió a los deudores insolventes por accidentes ajenos a su voluntad (*sine vito*), sustraerse a la ejecución personal de sus acreedores y a la consiguiente *infamia*, mediante la declaración al magistrado de querer ceder sus bienes a sus acreedores, que también se beneficiaban con dicha medida, al disponer aquel su ingreso al patrimonio cedido. Lo adquirido por el deudor con posterioridad a la *venditio* podía ser perseguido por sus acreedores en procura del saldo, pero dentro de los límites del *id quod facere potest*. Cfr. A. GUARINO. *Diritto romano privato*, n.º 20.6 y nota. Cfr. ULPIANO. D. 42, 3, 3; 4, 6, 8; PAULO. D. 42, 3, 5; MODESTINO. D. 42, 3, 7; MARCIANO. D. 42, 3, 9; Codex 7, 71. Dicha reglamentación se conserva en las codificaciones modernas.

administren el patrimonio del deudor, perciban sus frutos (con alguna similitud con la anticresis: arts. 2458 y ss. c. c.; 1221 y ss. c. co.), realicen los bienes, o atendidos a la pauta de ley, perciban los frutos y el producto de la enajenación de los bienes y se paguen; en fin, dejar en claro la diferencia entre el pago por cesión de bienes y la dación en pago, como también entre aquel y el concurso de acreedores.

557. trámite judicial

Previene el art. 1673 c. c. que “la cesión de bienes será admitida por el juez con *conocimiento de causa*”. El código judicial regulaba el trámite en su título XXIV del libro 2.º, en sendos capítulos relativos a la cesión a un solo acreedor y a la cesión a varios acreedores. En el código de procedimiento civil (Dcto. 1400 de 1970) no aparece previsión específica relativa a la cesión de bienes, pero su art. 442, al ordenar el “proceso verbal”, dispuso aplicar dicho trámite a: “15. Los [asuntos] que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa...”. El Decreto 2282 de 1989 (nums. 231 y 239, art. 1.º) modificó esta reglamentación, con la creación de la especie “proceso verbal sumario”, a la que asignó los asuntos que deban resolverse “con conocimiento de causa” y, por ende, la cesión de bienes, sin segunda instancia [!], que el art. 447 aceptaba con excepción de los de mínima cuantía, y prohibición de reforma de la demanda y de incidentes (num. 244).

En el código judicial el trámite se ordenaba metódicamente, así: el deudor, bajo protesta de no faltar a la verdad, “hará una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios y de los motivos directos e inmediatos de su atraso”, acompañada de una relación específica y con avalúo de los bienes que se propone ceder y una lista de acreedores con precisión del valor del crédito, sus condiciones, origen de la deuda y residencia del beneficiario (art. 1704). Y, oídos los interesados, el juez decide, y si admite a cesión entregará los bienes al acreedor o a los acreedores, en calidad de secuestro (arts. 1077 y 1080), y si rechaza la propuesta, a petición de parte procederá a declarar abierto el concurso de acreedores (arts. 1083, 1084.1 y 1085 y ss.)²⁷¹.

Hoy, todo resulta reducido a una demanda con expresión del “nombre de las partes, el lugar donde se les debe notificar, los hechos que le sirvan de fundamento y las pruebas que se desea hacer valer, [a la que] se acompañarán los documentos que estén en poder del demandante” (num. 240), un decreto de práctica de pruebas (no más de dos testigos sobre los mismos hechos, si acaso, un perito), alegaciones y una sentencia inapelable, todo ello sin tener en cuenta los caracteres propios de la cesión de bienes, comenzando por la necesaria comparecencia oportuna de un número abundante de acreedores: los “demandados” y los no incluidos en la lista del deudor, y continuando con la posible discusión entre cualquiera de ellos y el deudor sobre la procedencia de la propuesta, la eventual impugnación de créditos, su graduación, hasta el punto de que la adopción de cada una de esas decisiones no puede darse *in continenti*, ni declararse de suyo definitiva e inmodificable.

558. presupuestos de la “cesión”

²⁷¹ Con relación al concurso de acreedores, cfr. cas. de 15 de abril de 1942, LIII, 317.

559. imperatividad de la cesión

El deudor que ofrece ceder sus bienes ha de incluir en la propuesta todos los suyos, es decir, íntegros los elementos de su activo patrimonial, excepto los declarados por la ley inembargables²⁷².

Un punto fundamental para la identificación de la figura y la singularización de sus efectos, es el de que, dijérase que no obstante la ambigüedad de la expresión “pago con cesión de bienes”, el deudor no transfiere (“cede”) la propiedad de sus bienes (art. 1678 inc. final c. c.), como tampoco paga, sino que provee al pago (arts. 1678 [1.º] y 1680 c. c.).

²⁷² (O□□HOHQFR□GH□ELHQBHV□³LQHPEDUJDEOHV□KDS□VILIRY□AVXHFV se viven haciendo agregaciones, al calor de apremios y exigencias de entidades públicas y privadas, de gremios, de sectores deprimidos, etc.: así, art. 1004 c. j.; art. 21 Ley 36 de 1931; art. 13 Ley 34 de 1936; art. 165 Ley 165 de 1941; arts. 154 a 156 y 344 c. s. t. (Dcto. 2636 de 1950); art. 684 c. de p. c.; art. 1.º Dcto. 1504 de 1987; num. 342, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989; Ley 50 de 1990; art. 7.º Ley 258 de 1996.

²⁷³ c. de p. c., art. 1°. Decr. 1304 de 1987, núm. 342, art. 1°; Decr. 2262 de 1989, Ley 50 de 1990, art. 7°. Ley 238 de 1990.
 &XDOQR□YDULR□VXMHWVR□TXH□FRQWUDPHHQDUQDO□SDURFLR□MXU□GLFR□□□□@□HV□QHFDVDULR□UHFR□
 manifestaciones de voluntad pueden presentarse de modo tal que adquieran diferente relevancia jurídica según la clase de
 acto disciplinado por el ordenamiento [...] A dicho propósito es conocida la distinción entre *acto colectivo* y *acto complejo*.
 En el primer caso se tiene una pluralidad de manifestaciones de voluntades autónomas, que se refieren a fines e intereses de la
 misma naturaleza y que por ello son imputables, más que a los declarantes individualmente considerados, a un grupo tomado
 HQ□VX□FRMQXQWR□□□□@□/□FDUDFWHU□VWLFD□SULQFLSDO□GHO□µDFWR□FROHFWLYR□SXHG□YHUV□HQ□
 relevante ±como manifestación negocial unitaria± la decisión adoptada por la mayoría; en consecuencia, una o más

para quienes estuvieron de acuerdo, sino para la minoría derrotada y aun para los ausentes²⁷⁴, sin que importe el volumen de ellos, con tal que la citación haya sido regular.

Los frutos de los bienes y el valor que por ellos se obtenga en su venta (art. 1678 [3] c. c.) se han de distribuir entre los acreedores a prorrata de sus derechos o en el orden que indique su posición dentro de las reglas de la prelación de créditos (arts. 2488 y ss. c. c.), y los créditos se extinguirán en la medida en que sean satisfechos con la distribución del valor de los bienes; caso de no alcanzar los objetos a cubrir el total de las deudas, éstas subsistirán hasta cuando fenezcan por pago ulterior o la ocurrencia de algún otro modo extintivo (art. 1678 c. c.).

Mientras no haya concluido el proceso de realización de los bienes cedidos, el deudor puede “arrepentirse de la cesión y recuperar los bienes remanentes pagando los créditos insatisfechos” (art. 1679 c. c.).

La cesión de bienes deja intacta la responsabilidad de fiadores, deudores solidarios y herederos que aceptaron sin beneficio de inventario, en cuanto a la parte no satisfecha con el producto de los frutos y los bienes (art. 1683 c. c.).

El deudor responde por los créditos insolutos con los activos que adquiera con posterioridad a la cesión, pero los acreedores “a cuyo favor se hizo la cesión de bienes le deben [el] beneficio [de competencia]”, en cuanto “a las deudas anteriores a la cesión” (art. 1684 c. c. [art. 14 Ley 95 de 1890]).

561. el concordato

Venga ahora esta noticia sobre la figura del concordato y su trámite, oportuna para evitar su confusión con la figura del pago por cesión de bienes, que se estudia: la sociedad que no esté sujeta al régimen de liquidación forzosa y que tenga al día el registro mercantil y la contabilidad, puede solicitar (art. 96 Ley 222 de 1995) a la Superintendencia de Sociedades la apertura de concordato (art. 90)²⁷⁵, cuya finalidad es “la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito” (art. 94). El art. 97 de la ley previene la presentación, con la solicitud, de “una memoria explicativa de las causas que lo llevaron [al deudor] a su situación de crisis”, con anexos relativos a los créditos, a la situación financiera y a los bienes, y “fórmula de arreglo”. Procede la designación de contralor y de junta de acreedores cuya autorización necesita el deudor para hacer enajenaciones y constituir cauciones, como también el emplazamiento de todos los acreedores (art. 98). Sólo los acreedores que se presenten tempestivamente serán oídos (arts. 120 a 123), y la Superintendencia resolverá sobre las objeciones a los créditos allegados y dispondrá la calificación y graduación de los que acepte (art. 129 [2]). Para la celebración de concordato

manifestaciones de voluntad disidentes o afectadas de vicios podrán influir en la manifestación de voluntad negocial relevante hacia el exterior sólo en cuanto incidan en el llamado *quorum* exigido por la ley, en el sentido de impedir la formación de la mayoría legalmente prevista caso por caso [...] [B]ien distinta es la fisonomía del acto complejo, en el que aparece más nítida hacia el exterior la unitariedad de la manifestación negocial. No por casualidad se ha recurrido a la LPDJHQ GH XQD HVSHFLH GH µIXVLyQ GH ODV PDQLHVWDFLRQHV LQGLYLGXDOHV LQWHUQDV > @ @ resulta el acto falta o cae, el vicio repercute de manera automática sobre la manifestación de voluntad dirigida hacia el exterior’ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Diritto civile* 1, II, *Fatti e atti giuridici*, cit., p. 46.

²⁷⁴ En el derecho romano clásico la cesión de bienes operaba únicamente entre el deudor y los acreedores que la aceptaban, mientras que luego se estableció que la mayoría de los acreedores, o mejor, de los créditos (por cuantía) determinaba el resultado y las condiciones del acuerdo, vinculante para el resto de los acreedores.

²⁷⁵ El art. 90 FLW GLVSRQH TXH ORV MXHFHV FLYLOHV WUDPLWDOHV ORV SORFESHUMRQWRQ QWKE DOHV’

es menester la conformidad de acreedor o acreedores “que representen por lo menos del 75% del valor de los créditos reconocidos y admitidos” de parte de la masa de acreedores; para la segunda audiencia basta un quórum del 60% (art. 127); en audiencia o fuera de ella, y el acuerdo ha de ser aprobado por la Superintendencia (arts. 129 [4] y 142).

De no llegarse a acuerdo o de no ser aprobado el presentado a la Superintendencia, o de ser incumplido el acuerdo aprobado, se abrirá el trámite de liquidación (arts. 140 y 150).

Y en lo que respecta a las entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, el Estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993), como se señaló atrás, previene para el evento de crisis de ellas, a más de la toma de posesión para administrar (art. 291), la toma de posesión para liquidar (art. 292), y regula el “proceso de liquidación forzosa administrativa” (cap. III), “que se regirá en primer término por sus disposiciones especiales, y en las cuestiones procesales no previstas en tales normas [...] se aplicarán las disposiciones, según el caso, las normas del código contencioso administrativo y los principios de los procedimientos administrativos”, o “las normas del derecho privado aplicables por la naturaleza del asunto” (art. 293 [2]). El liquidador decidirá sobre las reclamaciones que ocurran respecto de los créditos que se hayan presentado al concurso y, a la postre, “determinará la prelación de pagos siguiendo las reglas generales del código civil” (art. 300 [6.2]).

El mismo estatuto prevé la eventualidad de acuerdos entre los acreedores, “para cuyo perfeccionamiento [!] se requerirá el consentimiento de la mayoría absoluta de los acreedores reconocidos, que a la vez represente no menos del setenta y cinco por ciento de los créditos reconocidos” (art. 301 [1]).

No parece impertinente anotar que pese a todas las reformas, unificaciones, subsunciones que se han operado veloz y ligeramente en materia de procedimientos concursales, la figura de la cesión de bienes mantiene su vigencia, la normativa, y más la conceptual, no obstante que no faltan quienes sostienen que la Ley 222 la habría derogado por regulación total de la materia. Frente a tal afirmación, a más del argumento formal de ausencia de derogación expresa, que habría dejado “vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley” (art. 72 c. c.), obra el peso intrínseco de la institución, no por relegada menos sabia y atinada y, por supuesto, articulada en normas castizas e inteligibles, cuya sencillez, sabiduría y sentido de equidad invitan a su empleo vasto y a fondo²⁷⁶.

XIV. pago con beneficio de competencia

562. pago con beneficio de competencia

De nuevo: el pago ha de ser exacto, o sea que el deudor debe ejecutar íntegra la prestación. Empero, si no está en condiciones económicas de obrar así, difícilmente podrá el acreedor

²⁷⁶ Dejando de lado nostalgias y lamentaciones sobre la elegancia, la claridad, la precisión y perspicuidad de la ley, frente al fenómeno universal y avasallador de la improvisación, la frondosidad y el descuido en la redacción de los textos normativos (cfr. M. AINIS. *La legge oscura, come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997 □ □ □ HVSHFLDOPHQWH □ SRU □ HO □ ³OHJLVODGRU □ GHOHJ (art. 150 [10] C. P.), que siempre ejerce las facultades extraordinarias a última hora, y concretando la reflexión a la tradición jurídica varias veces milenaria, cabe inquirir por qué no se pasa revista al arsenal de normas de que dispone el ordenamiento, con miras a aprovecharlas, inclusive como orientación en las soluciones, antes de improvisar preceptos, o de copiarlos precipitadamente de otros sistemas, sin reparar en su compatibilidad con el sistema nacional e incluso desentendiéndose de la experiencia ajena.

pensar en su satisfacción cabal. Y la insatisfacción del acreedor corre pareja con las consecuencias adversas que su incumplimiento le acarrea al deudor. Con todo, cuando este ha caído en situación de iliquidez o de insolvencia que le impide cumplir como bien quisiera, pero sobre todo, como le es debido, no obstante su providencia y cuidado, en una palabra, a pesar de su buena fe, y máxime cuando se trata de relación crediticia con personas ligadas a él por vínculos cercanos de parentesco u otros nexos especiales que compelen al acreedor a tener cierto miramiento para con el deudor, el derecho de muy antiguo acogió esos sentimientos y les fue dando consistencia normativa²⁷⁷.

Así, deudor que se encuentra en mala situación de negocios o que tiene dificultades para atender al pago de sus compromisos puede oponer a ciertos acreedores suyos el beneficio de competencia. Este consiste en no ser obligado a pagar más de lo que buenamente pueda, conservando lo necesario “para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo” de completar el pago “cuando mejore de fortuna” (art. 1684 c. c.).

Aquí el deudor, amén de mantener los bienes inembargables, puede conservar, hasta cuando cambien sus condiciones, lo que requiera para su subsistencia decorosa o congrua.

El ordenamiento (art. 1685 c. c. [14 Ley 95 de 1890]) enumera en forma taxativa a quiénes y en qué circunstancias se debe otorgar el beneficio: a los ascendientes y descendientes que no hayan incurrido en causal de las prescritas para el desheredamiento (arts. 414 y 1266 c. c.); al cónyuge no divorciado (¿separado?) por su culpa (arts. 1231 y 411 [4] c. c.); a los hermanos que no hayan ofendido en forma tal que sería suficiente para una desheredación respecto de descendientes o ascendientes; a los consocios, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad; al donante cuando se trate de cumplimiento de su promesa (art. 411 [10] c. c.); al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes, por parte del acreedor que persigue el saldo de deuda anterior a la cesión.

Dado que el beneficio de competencia se refiere a relación existente entre las partes, adicional a la crediticia, y teniendo en cuenta su naturaleza especial, el deudor no puede a un tiempo oponer el beneficio y cobrar alimentos. Llegado el caso escogerá entre uno y otros (art. 1686 c. c.).

En lo que toca con el ejercicio de este derecho, el ordenamiento procesal previene que el deudor puede oponer el beneficio de competencia dentro del proceso de ejecución que el respectivo acreedor adelante en su contra, “durante el término de ejecutoria del auto que dé traslado del avalúo o del que rechace la objeción a este, si fuere del caso”; que la cuestión se tramitará como incidente, en el que el demandado habrá de probar que los bienes avaluados son su único patrimonio²⁷⁸; y que si se acoge la oposición del beneficio, el juez

²⁷⁷ En la evolución de las relaciones crediticias se llegó a reconocer a algunos deudores frente a las demandas de algunos acreedores, en razón de mediar determinadas circunstancias entre ellos, el beneficio de solicitar y obtener la limitación de la condena a aquello que en realidad podían pagar: *in id quo facere possunt* o *in id quod fieri potest* o *non ultra facultates*, con lo cual, no obstante el ser parcial el pago, se sustraían a la ejecución personal y a la *infamia* consiguiente. Tales deudores fueron: el socio demandado por su consocio por deudas de la sociedad (D. 17, 2, 63 pr.: *quod facere possunt*); los hijos emancipados, desheredados o que no aceptaron la herencia, frente a los acreedores que obraban por la recuperación de créditos habidos mientras estuvieron sujetos a la *patria potestas* (D. 42, 1, 16); el deudor que hizo cesión de bienes frente a acreedor que volvía antes de un año por el remanente (C. 7, 75, 6; D. 42, 3, 4); el donante frente al donatario que demandaba lo prometido en donación (D. 39, 5, 12); el marido demandado por la mujer, y luego a la inversa, y el suegro demandado por el marido por lo prometido en dote (D. 42, 1, 22; 23, 3, 84; 24, 3, 17 SU□□□□□3HUR□VL□DOJXQR□GHPDQGDUR□FRQWUD□VX□DVFHQ□ su patrono, y también si un socio procediera contra su consocio por la acción de sociedad, tampoco consigue el actor más que OR□TXH□SXHGH□VDWLVIDFHU□VX□DGYHUVLDUR□□<□OR□PLVPR□VXFHGH□VL□DOJXQR□3XHH□GHPDQGDGR□SRU□ beneficio llegó a extenderse en el derecho postclásico a los militares (*miles*) frente a cualquier acreedor suyo (D. 42, 1, 18). Epoca en la cual el juez pronunciaba su condena con deducción de una parte de los bienes del demandado, aquella indispensable para que no muriera de hambre (*deductio ne debitor egeat*). Cfr. F. DE MARTINO. *Individualismo y derecho romano*, trad. esp. de F. HINESTROSA, Bogotá, 1978, p. 85 y s.

²⁷⁸ No se entiende esta exigencia, pues bien puede darse el caso de que, aun cuando el deudor tenga otros bienes, la sustracción

entonces mismo determinará los bienes que han de dejarse al deudor “para su modesta subsistencia” (art. 518 c. de p. c.). El num. 276, art. 1.º, Decreto 2282 de 1989 modificó el precepto en el sentido de suprimir la expresión inicial de que la providencia en cuestión podía ser apelada en el efecto diferido.

Por sentado se da que el efecto del beneficio de competencia es transitorio: en razón suya el pago resulta parcial, y el saldo que queda pendiente habrá de ser cubierto cuando el deudor “mejore de fortuna”, o utilizando la presentación histórica y de ley: lo sustraído de la prenda general del acreedor por ser “lo indispensable para una modesta subsistencia del deudor”, habrá de ser devuelto por este cuando sus condiciones mejoren.

XV. pago en condiciones de apremio del deudor. prelación de créditos*

563. ejecuciones singulares, con o sin acción real, y ejecuciones universales

En circunstancias normales el acreedor espera confiado el cumplimiento del deudor y este encauzará su conducta adecuadamente, de modo que al fallar queda expuesto a los poderes extraordinarios que el acreedor puede ejercer *in continenti* en contra de él y de sus garantes, cuanto lo primero, por medio de la ejecución forzada o coactiva singular (tít. XXXVII, lib. 2.º, c. de p. c.), con una sola o varias demandas de un mismo acreedor o de varios, o con acumulación de procesos ejecutivos (arts. 540 y ss. c. de p. c.), a cuyo término se habrán de cubrir el crédito o los créditos con el producto del remate de los bienes embargados (arts. 521, 522 y 530 [7] c. de p. c.), delantadamente “las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores” y a continuación los complementos y el crédito mismo: en primer término, “los intereses e indemnizaciones que se deban” y por último el principal (arts. 1649 [2], 1653 [1] y 2511 c. c.). El saldo del crédito insoluto quedará pendiente en espera de que el deudor mejore de fortuna, y el sobrante del producto de los bienes rematados (*hyperocha*) irá al antiguo titular de ellos²⁷⁹. La ejecución personal puede dar lugar a citación de acreedores con garantía real sobre los bienes perseguidos en el proceso (art. 539 c. de p. c.), como también tener su origen en el ejercicio de la acción real por uno cualquiera de los acreedores hipotecarios o prendarios, sola o junto con la acción personal (art. 554 c. de p. c.), lo que implicará la citación de los restantes acreedores caucionados (art. 555 c. de p. c.).

Pero también puede ocurrir que la ejecución sea universal, bien porque desde un comienzo la situación del deudor se vea crítica y sus antecedentes y circunstancias no permitan la celebración de un concordato que facilite la salida con la rehabilitación de la empresa o con su liquidación por fuera de proceso y se llegue preventiva o posteriormente a la fase

de los embargados lo deje sin cómo subsistir modestamente. La norma del código de procedimiento ha de entenderse, pues, en los términos señalados por el código civil.

* Cfr. I. LUZZATI. *Dei privilegi*, 2.ª ed., Torino, 1895; A. DI FILIPPO e M. VIGNALE. *La responsabilità patrimoniale, privilegi, pegno*, Roma s. d. (1966); F. REYES-VILLAMIZAR. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, Bogotá, 1996; J. M. GARRIDO. *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998; R. CARLEO. *Prelazione legale e interesse dei creditori*, Milano, 2000; F. PARENTI. *Il sistema dei privilegi del credito*, Milano, 2001.

²⁷⁹ Valga la precisión, pues el bien rematado pudo ser de un tercero, responsable como actual poseedor del bien hipotecado o pignorado, o de un garante personal.

concursal, o bien porque la concurrencia de varias demandas o de varios procesos ejecutivos desemboque en concurso de acreedores (tít. XXVIII, secc. 2.^a, lib. 3.^o, c. de p. c.; y tít. II Ley 222 de 1995), en fin que, en razón de la trascendencia de la crisis y sus eventuales repercusiones sociales y políticas, se prevenga la intervención estatal de la empresa, su toma de posesión y su liquidación administrativa.

564. reducción de las obligaciones específicas a pecuniarias

Las deudas que no sean de dinero, habrán de convertirse a este en aras de facilitar la liquidación y el pago de las obligaciones manteniendo el principio de la *par condicio creditoris*. Para ello, la norma (art. 159 Ley 222 de 1995) previene que el acreedor “deberá solicitar los perjuicios compensatorios [!], estimándolos y especificándolos bajo juramento, si no figuran en el título, en una cantidad como principal y en otra como tasa de interés mensual” (arts. 495 y 504 c. de p. c.).

565. proporcionalidad y privilegio

En todas esas hipótesis, de no haber dinero suficiente para cubrir completos todos los créditos, vendrán la presión de los distintos acreedores y el conflicto entre ellos. Cada cual aspira a ser satisfecho totalmente y antes que los demás. Elemental es la regla de la proporcionalidad; sin embargo, de muy atrás fueron surgiendo razones y argumentos en favor de gradaciones, y como era de esperar, el empeño de tantos de colocarse en un escalón de ventaja: los *privilegia exigendi*²⁸⁰. Se habla, entonces, de acreedores y créditos privilegiados (*nomina privilegiaria*)²⁸¹, de prelaciones, de acreedores privilegiados que comparten a prorrata su posición y de otros que en el mismo grado van en orden sucesivo, y en fin, de acreedores rasos (*nomina chirografaria*) a quienes va el remanente que se distribuyen entre sí a escote²⁸². O sea que al rompe se presenta la contraposición entre la igualdad (proporcionalidad) o *pars condicio*, y la prelación, el privilegio y el apremio de justificar la ruptura de aquel principio, ora invocando la calidad personal del acreedor, ora, y esto es lo más frecuente, la naturaleza del crédito o, más bien, su origen (“causa”)²⁸³, que en los tiempos que corren encuentra respaldo en la exigencia de “igualdad sustancial”, por encima de la formal (art. 2.^o [1] C. P.)²⁸⁴, que se traduce en puja por ingresar el respectivo crédito en la lista preferencial, manifiesta en las sucesivas leyes al respecto.

²⁸⁰ ³HUHF³KRV□HVSHFLDOHV□GH□SUHFHGHQFLD□VREUH□HO□SDWENARQD□VREUHQHUEH□QDS DFUHHGRUHV□HQ□VLWXDFLy□GH□FRQFXUVR□□VXUJLGRV□GH□FRQFHVLRQHV□USKNDPELVGD, GRV□R□LPSHULDQ

²⁸¹ ³(O□VLJQLILFDGR□RULJQDPR□PRIVILEGIUM fue el de norma dictada en perjuicio de personas determinadas [...] Por el contrario, en el lenguaje de los juristas clásicos el vocablo ya había adquirido el significado correspondiente al moderno, de norma dictada en ventaja de determinadas clases o grupos de personas [...] Algo diferente es la acepción de la palabra cuando se la usa para indicar los llamados *privilegia exigendi*, en razón de los cuales ciertos acreedores están autorizados para satisfacerse delantamente sobre el patrimonio o sobre determinados bienes del deudor, de modo de sustraerse al concurso GH□ORV□FRDFUHQ□GHOVRIIZ. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 32.

²⁸² GAIO. *Inst.* 3, 134; C. 8, 18, 11.

²⁸³ GAIO. *Inst.* 3, 134; C. 8, 18, 11.

²⁸⁴ ³RV□DFUHHGRV□podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que VJXH□□SUHYLHQ□□DUW□□

566. orden del pago

La ley es la que determina en qué orden se han de satisfacer las acreencias, o sea que los particulares no pueden modificar la *pars condicio* o el orden de prelación por pacto entre ellos²⁸⁵. El art. 2493 prevé como causas exclusivas de preferencia el privilegio y la hipoteca, “inherentes a los créditos”, por lo cual se transfieren con ellos, cualquiera que sea el modo de su circulación, y las hipótesis respectivas son taxativas (art. 2508 c. c.). Se impone, pues, pasar revista a las causas de privilegio en su correspondiente orden y precisar las similitudes y diferencias entre el privilegio y la garantía real a propósito de la preferencia.

567. clases de créditos

De acuerdo con la regulación legal, hay cinco clases u órdenes de créditos; gozan de privilegio, en esa secuencia, los créditos de las primera, segunda y cuarta clase (art. 1494 c. c.); “la tercera clase comprende [los créditos] hipotecarios” (art. 2499 [1] c. c.) y “la quinta y última clase comprende los bienes [!] que no gozan de preferencia. Los créditos se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha” (art. 2509 c. c.).

568. primera clase

La primera clase comprende seis órdenes: 1. Las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores; 2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto (art. 36 Ley 50 de 1990); 3. Los gastos de la última enfermedad del deudor (art. 36 cit.); 4. Los salarios, sueldos y demás prestaciones sociales provenientes del contrato de trabajo; 5. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y a su familia, durante los últimos tres meses; 6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos devengados (art. 2495 c. c.)²⁸⁶. Lista a la que se suman: los créditos garantizados con prenda agraria (art. 55 Ley 57 de 1931) y los de alimentos judicialmente señalados en favor de menores, estos dentro del quinto orden (arts. 33 Ley 75 de 1968 y 134 Dcto. 2737 de 1989). La ordenación implica que en caso de insuficiencia de bienes para cancelar los distintos créditos se atenderá escalón por escalón, y que los varios créditos dentro de cada

ellas no se oponen en manera alguna a los contratos en que los acreedores y el deudor determinen el orden que deben VDWLVDFHUVH□ORV□FUPGLWRV□OOHJDGR□HO□FDVR□GH□TXH□KD□D□TXH□KDFHU□HO□HUYFWLWY□HO□GHHFKR□KLS XI, 396. Todo ello, sobra agregar, con el debido respeto de los derechos de los acreedores en cuyo detrimento iría aquel acuerdo. Cfr. art. 135 Ley 222 de 1995. Cfr. la Ley 550 de 1999, según la cual, el acuerdo, aprobado mayoritariamente puede HWDEOHFHU□OD□SUHODFLYQ□SODJR□FRQGLFLRQH□HQ□TXH□VH□SDJUI□WDQR□ODV□DFUHHQFLDV□D DFXHUGR□FRPR□ODV□TXH□VXUMD□FR□EDVH□HQ□GR□SDFWDGRGH□HDMPREPJDILRW□VH□DWHQGHIQ sujeción a lo dispuesto en el acuerdo y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor, salvo las previstas en relación con las obligaciones con los trabajadores, pensionados, impuestos nacionales, otras acreencias fiscales y entidades de VHJULGDG□VRFI□@□DUW□OD□DSOLFDFLYQ□GH□OD□SUHODFLYQ□SDFWDGD□HQ□HO□DFXHUGR□SDUD□HO□SDJR se hará efectiva tanto durante la vigencia del acuerdo como con ocasión de la liquidación de la empresa [...] evento en el cual QR□VH□DSOLFUI□ODV□UHJODV□VREUH□SUHODFLYQ□GH□FUPGLWRV□SUHYLVWDV□HQ□HO□FIYGLJR□FLYLO□\□HQ de créditos podrá pactarse con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos el sesenta por ciento de los créditos externos e internos de la empresa, conforme a la lista de votantes y de votos admisibles, en las proporciones previstas en el art. 29' □□DEAWI□).

²⁸⁶ Cfr. SNG de 10 de febrero de 1933, XLI, 280.

El art. 1132 c. co. prevé que “[e]n caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado, el crédito del damnificado [en seguro de responsabilidad] gozará del orden de prelación asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco”. Y dentro del mismo orden de ideas, el art. 1154 c. co. advierte que “[s]in perjuicio de las compensaciones a que haya lugar, los créditos del beneficiario contra el asegurador, en los seguros de vida, tendrán el orden de preferencia asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco...”.

A la segunda clase de créditos pertenecen: 1. El del posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por este en la posada y mientras permanezcan en ella, hasta concurrencia de lo que se le deba por alojamiento, expensas y daños; 2. El del empresario de transporte sobre los objetos acarreados de propiedad del deudor que tenga en su poder, hasta concurrencia de lo que se le deba por acarreo, expensas y daños; 3. El del acreedor prendario sobre la prenda (art. 2497 c. c.). La Ley 66 de 1968 adicionó la lista con el crédito del promitente comprador de inmueble; inclusión que refrendó y reforzó el art. 125 de la Ley 388 de 1997.

En fin, ha de tenerse presente que, cual lo prevé el art. 2498 c. c., “Afectando a una misma especie créditos de la primera y créditos de la segunda, excluirán estos a aquellos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie, en el orden y forma que se expresan en el inciso 1.º del art. 2495”. Con el agregado aclaratorio de que el remanente insoluto de los créditos de la segunda clase no pasa a la tercera, porque “los créditos de segunda clase no están en una categoría superior a los de tercera clase (hipotecarios), por tratarse de garantías específicas, de privilegios especiales que sólo afectan a determinado bien; por tanto, el bien que garantiza un crédito especial cualquiera no concurre al pago de los otros créditos garantizados también específicamente”²⁸⁸.

La tercera clase de créditos está conformada por los hipotecarios, con estas particularidades: el acreedor o los acreedores hipotecarios con gravamen sobre un mismo o unos mismos bienes tienen derecho de preferencia sobre estos con relación a los demás acreedores y créditos, excepto los de la primera clase. Estos, en consecuencia, han de ser satisfechos delantadamente, en su respectivo orden, con el producto de todos los bienes del deudor, incluidos los hipotecados²⁸⁹, sólo que no se echará mano de los bienes hipotecados

289 ³⁴DELHQR□FUPGLWRV□KLSRWHFHDULRV□□Fup siempre ha sido dispensado de la existencia de prelación que con el producto de los bienes hipotecados se paguen los créditos que tienen preferencia sobre los hipotecarios, a no ser que haya otros bienes suficientes que se puedan destinar al pago de dichos créditos privilegiados. Así ha de entenderse el art. 2500 del

Entre los varios gravámenes que lleguen a constituirse sobre un mismo bien hay una prelación fundada en la oportunidad de la caución, de acuerdo con el principio *prior tempore potior iure*, para lo cual se abre un concurso especial²⁹⁰; haciendo de lado el riesgo de contribución a la satisfacción de los créditos privilegiados de la primera clase, el producto de la cosa hipotecada irá, en primer término al pago de las costas judiciales (art. 2499 [4] c. c.) y luego a cubrir los créditos, por orden de grados, precedencia correspondiente a la fecha de inscripción del gravamen en el registro público, y no a la denominación que haya querido darles el constituyente. De ahí que si varias hipotecas llevan una misma fecha, irá adelante aquella que fue inscrita primero (art. 2499 c. c.).

Las disposiciones relativas a la concurrencia entre los varios acreedores hipotecarios fueron reproducidas por el ordenamiento mercantil en lo que hace a la prenda sin tenencia del acreedor (cap. II, tít. IX, lib. 4.º, c. co., espec. art. 1211).

Un ejemplo de preferencia específica entre dos acreedores concurrentes se tiene en la hipótesis de subrogación parcial, ya estudiada: “si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito” (art. 1670 [2] c. c.).

La cuarta clase de créditos comprende: 1. Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales; 2. Los de los establecimientos de caridad o de educación contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas²⁹¹; 3. [4] Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra[n] el [los] padre[s] sobre los bienes de este [estos]; 4. [5] Los de las personas que están bajo tutela y curaduría contra sus respectivos tutores o curadores (art. 2503 c. c.). El art. 2503 establece preferencia indistintamente entre estos créditos, “según las fechas de sus causas: la del nombramiento de administradores o recaudadores, o la del remate de los créditos; la del nacimiento del hijo; la del discernimiento de la tutela o curatela”.

FyGLJR□FLYLO' □SFDVmerodGII888, II, 60.

290 Cfr. auto de 7 de mayo de 1892, VII, 205.

²⁹¹ Cfr. sentencias SNG de 10 de noviembre de 1938, XLVII, 571, y 22 de agosto de 1939, XLVIII, 571; y en ambos casos la anotación de que estos créditos del Estado no privan sobre el hipotecario.

a que haya lugar, sobre los bienes que posteriormente adquiera o que figuren a su nombre (art. 222 Ley 222 de 1995).

XVI. efectos del pago

572. efectos del pago

Resulta oportuno, a manera de recapitulación, volver sobre el significado del cumplimiento, momento dinámico característico de la relación crediticia. Envolviendo esta, por definición y función, un deber de colaboración intersubjetiva, a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, la conformidad cabal de la conducta de aquel con la pauta producto de la agregación de los dictados legales, consuetudinarios y de equidad a las disposiciones del título implica, de suyo, la realización de la relación jurídica y, por lo mismo, la satisfacción del acreedor junto con la liberación del deudor y, en fin de cuentas, la extinción de aquella. Todo en la medida en que pueda hablarse de cumplimiento, entendido como la ejecución plena, exacta y oportuna de la conducta debida. Así, con la extinción de la obligación, se extinguirán igualmente sus accesorios, esto es, las garantías reales y personales que la respaldan.

En pie de reiteraciones y repaso, ha de recordarse que la satisfacción del acreedor puede darse por mano de persona distinta del deudor, de alguien que obra encargado por él o autorizado por él o sin su asentimiento o sin su conocimiento, o inclusive contra su prohibición, y que según los antecedentes del pago y la manera como este se produzca, el desempeño del tercero significará cancelación, total o parcial, del derecho del acreedor, pero no de la obligación, de modo que el deudor continúe debiéndola, pero a otro sujeto activo; o extinción de la deuda originaria y nacimiento de otra, derivada del provecho (liberación) que la satisfacción del acreedor le ocasionó al deudor, también a cargo de este y para con el tercero como acreedor.

Igualmente se ha de recordar que la satisfacción del acreedor, de ordinario directa, puede darse indirectamente, no sólo por conducto de representante o apoderado suyo, genuino o aparente, sino también con la “intermediación” de un extraño cuya actuación ratifica el acreedor, o de la que este deriva beneficio.

En determinadas circunstancias la *solutio* a un titular aparente del crédito, esto es, a un acreedor aparente, acarrea la extinción de la obligación y la consecuencial liberación del deudor. Proveimiento excepcional, que fuerza al acreedor verdadero, que nada recibió, a buscar su satisfacción del *falsus creditor* y no del deudor o los garantes de este.

El pago constitutivo de negocio jurídico está sujeto a los requisitos de validez de tal figura y a los propios del tipo en cuestión y, por ende, es susceptible de impugnación por las irregularidades o vicios en que se haya podido incurrir en su celebración.

Por último, el que paga una deuda inexistente o que no es suya, creyéndola erradamente real o propia, paga lo que no debe o lo indebido, y tiene derecho a repetir del *accipiens* lo dado (art. 2313 c. c.) o su equivalente pecuniario actual (arts. 2318 a 2319 c. c.).

capítulo segundo

Prestación en lugar de cumplimiento.

Dación en pago y dación para el pago

573. prestación en lugar de cumplimiento *

Volviendo a la expresión de las reglas básicas del pago, es de traer a la memoria aquella de que, surgida una obligación y establecida la prestación que constituye su objeto, ni el acreedor puede esperar y exigir del deudor nada distinto de la prestación debida, ni, de su lado, el deudor puede pretender que el acreedor le acepte algo diferente¹²⁵². Pero, eso sí, los dos de consuno pueden disponer de lo suyo como a bien tengan. En tal sentido, y evocando temas ya estudiados, se advierte que las partes pueden cambiar el objeto de su relación jurídica, esto es, variar la prestación. Entonces se tendrá una nueva obligación porque la originaria ha sido sustituida: novación objetiva (art. 1690 [1.º] c. c.). Pero téngase en cuenta que en tal evento su vinculación se mantiene, solo que en razón de otra deuda, porque la nueva tiene un objeto distinto.

574. el “aliud pro alio solvere”

Con todo, las circunstancias y sus deseos las pueden llevar a ser más expeditas: de una vez extinguir todo nexo, aunque sin recorrer exactamente la figura del pago. El acreedor se declara satisfecho, y efectivamente lo ha sido, en todo o en parte, según el caso, y por el propio deudor o por un tercero, pero no con la prestación genuina, sino con otra por igual valor o por uno mayor o uno menor, casos estos en los cuales las partes verán cómo saldan la diferencia¹²⁵³. La figura recibe el nombre apropiado de “prestación en lugar de cumplimiento”: *aliud pro alio solvere*¹²⁵⁴, atiende al interés del acreedor con una prestación diferente, a contento de ambas partes, cuya especie más antigua, conocida y socorrida es la de “dación en pago” (*datio in solutum*), entendida como un negocio jurídico, traslativo de un derecho a la vez que extintivo de una obligación: negocio liberatorio (*pactum de in solutum dando*)¹²⁵⁵. Para llegar a ese resultado es menester el acuerdo de acreedor y deudor, sin que importe cuál de los dos tomó la iniciativa. Ese es un acuerdo modificatorio de la obligación o, más propiamente, de su contenido, que altera la ejecución de la prestación y la eficacia de esta. Es interesante analizar la naturaleza de la figura, pero más su tratamiento, en el que ha de realizarse el empeño en proteger al acreedor¹²⁵⁶.

575. acuerdo y tradición

En lo que respecta a la dación en pago, ha de hacerse el descuento propio de la distinción romanista que establece nuestro derecho entre título y modo, en razón de la cual es menester la tradición para transferir el dominio sobre las cosas (sobre la cesión y el endoso,

* Cfr. G. ASTUTI. *Dazione in pagamento, storia*, en EdD., XI, Milano, 1962; S. RODOTÀ. *Dazione in pagamento*, en EdD., XI, Milano, 1962; ZACCARIA. *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987.

¹²⁵² “El señalamiento de bienes que hace el partidor a favor de los acreedores, para pagar las deudas de la sucesión, es una dación en pago hecha a nombre de los herederos: la adjudicación convenida por ellos de un inmueble determinado de la sucesión a un acreedor hereditario en pago de su crédito una vez aprobada y registrada”: cas. de 20 de abril de 1894, IX, 284.

¹²⁵³ Cfr. cas. de 30 de agosto de 1921, XXIX, 40.

¹²⁵⁴ “Se extingue la obligación, ante todo por medio del pago (*solutio*) de lo que es debido. De ahí que se pregunte si en caso de que, consintiéndolo el acreedor, se pague una prestación distinta de la debida, el deudor quedará liberado *ipso iure* [...] o continúa obligado *ipso iure*”: GAIO. III, 168. “Mas toda obligación se disuelve por el pago de lo que se debe, o si alguno hubiere pagado, consintiéndolo el acreedor, una cosa por otra”: *Inst. Just.*, 3, 29, pr.

¹²⁵⁵ ³/D□GDFLYQ□HQ□SDJR□WUDQVILHUH□DO□DFUHHGRU□OD□SURSLHG□GMA□ZDUBRV□H□GAS□Z□HQ□SDJR□□HV□XQD□ Obligations, *Théorie générale*, I, cit., n.º 896, p. 993.

¹²⁵⁶ Así, SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, 1, cit., Rn. 471, p. 248.

cfr. supra n.ºs 319 y 363). La dación exige un acuerdo entre acreedor y deudor y consiste en entregar un objeto en reemplazo de lo debido, con la mayor frecuencia, una cosa por una suma de dinero (*rem pro pecunia solvere*), pero también una cosa por otra cosa (*rem pro re solvere*), e incluso una cantidad de dinero por una cosa (*pecunia pro re*).

576. requisitos de validez de la dación

La dación es un acto dispositivo al que son aplicables tanto las reglas generales propias de todo negocio como aquellas que particularmente se refieren a la naturaleza de los bienes que son objeto de transmisión. En consecuencia, su validez presupone la capacidad del *tradens*¹²⁵⁷ y, por supuesto, su legitimación o poder dispositivo. Es, además, un negocio que comporta una atribución patrimonial. La transferencia del dominio del bien tiene su base no sólo en la dación en pago, sino igualmente en la obligación que por ese medio se cancela (art. 745 c. c.), que puede ser del tradente, como también ser una deuda ajena, que el *tradens*, allí tercero, paga por ese medio. En consecuencia, su validez también presupone tanto la del acuerdo como la del título obligatorio. La cuestión que aflora entonces es la de si la prestación sustituta, que se ejecuta entonces, tiene o no poder liberatorio.

577. antecedentes de la figura

De esta figura, que cobró importancia grande y cuyo mantenimiento en primer plano oscila al compás de la falta de liquidez o de la reducción de los medios de pago, se suelen recordar sus orígenes romanos y, sobre todo, la discusión escolástica entre Sabinianos y Proculianos a propósito de si la liberación del deudor se producía *ipso iure* con la dación, o era menester que él opusiera una *exceptio doli*, y la contraposición de pareceres acerca de los efectos de la dación en pago, punto que se torna conflictivo en cuanto se presente la evicción de la cosa pagada: ¿qué disponer entonces?, ¿una resurrección del crédito extinguido con la prestación sustituta o, por el contrario, el ejercicio de las acciones correspondientes al incumplimiento de la operación adelantada (saneamiento)? Desde un principio se planteó la controversia: ¿la obligación prístina permanece en caso de evicción de la cosa pagada¹²⁵⁸, o dicho en otras palabras, hay una liberación condicional o, a la inversa, la obligación se considera definitivamente extinguida y, en consecuencia, el acreedor frustrado cuenta con las acciones propias del comprador, puesto que la *datio in solutum* se asimilaría a la compraventa¹²⁵⁹. En esta última forma de ver las cosas, al

¹²⁵⁷ “Cuando se trata de la dación en pago de un inmueble preteniente a un menor de edad, deben observarse las formalidades especiales que la ley requiere para la validez de esta clase de enajenaciones”: cas. de 20 de abril de 1894, IX, 284.

¹²⁵⁸ “Si al que la quiere le hubiere alguien entregado una cosa por otra, y se hubiere hecho evicción de la cosa, subsiste la primitiva obligación; y si se hubiere hecho evicción de una parte, subsiste, sin embargo, la obligación por la totalidad, porque el acreedor no la habría recibido, estando íntegro el negocio, a no ser que íntegramente se hiciese de él”: MARCIANO. D. 46, 3, 46 pr. “Uno que obligó sus propios bienes obligó después alguna posesión de ellos prometiendo dote por su hija, y pagó, si de esta cosa se hizo evicción por el acreedor, se ha de decir que el marido puede ejercitar acción por la promesa de la dote, lo mismo que si el padre hubiese entregado por la hija a título de dote un esclavo instituido libre bajo condición o una cosa legada bajo condición; porque la entrega de esas cosas no puede liberar sino en virtud del resultado, esto es, en el caso de que fuere cierto que ellas permanecían”: PAULO. D. 46, 3, 98 pr.

¹²⁵⁹ “Si el precio que se te dio en pago había estado obligado a otros acreedores, no se alteró la causa de la prenda. Así, pues, si con arreglo a derecho se hubiere hecho evicción de la misma, te compete la acción útil contra el deudor. Porque un contrato de tal naturaleza hace las veces de venta”: C. 8, 44, 4. “Ingeniosamente se me preguntó, que si un acreedor hubiese impetrado del César poseer la prenda, y esta hubiese sido reivindicada, ¿tendría acaso la acción contraria de prenda? Y se considera que se extinguió la obligación de la prenda, y que hubo separación del contrato; y que más bien se concedió la acción útil de

acreedor se le mira como comprador de la cosa dada en pago (con una *actio ex empti utilis*), por un precio que sería el monto de la deuda: *dare in solutum est vendere* (C. 8, 44, 4 cit.; ULPiano. D. 41, 4, 15; D. 44, 4, 4, 31). Por este rumbo se inclinó JUSTINIANO, en cuya compilación abundan las interpolaciones de las fuentes encaminadas a favorecer dicha solución¹²⁶⁰.

578. garantías del tradente

En tal sentido el § 365 BGB prevé: “Si una cosa, o un crédito contra un tercero u otro derecho es dado en vez del cumplimiento, el deudor ha de salir en garantía, del mismo modo que un vendedor a causa del vicio de derecho o del vicio de la cosa”.

El *codice civile* dispone: art. 1197: “*Prestación en lugar del cumplimiento*. El deudor no puede liberarse ejecutando una prestación distinta de la debida, así sea de valor igual o superior, salvo que el acreedor lo consienta. En este caso la obligación se extingue cuando la otra prestación es ejecutada. Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está obligado a la garantía de la evicción y por los vicios de la cosa, según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño. En ningún caso reviven las garantías prestadas por terceros”; art. 1198: “*Cesión de un crédito en lugar de cumplimiento*. Cuando en vez del cumplimiento se cede un crédito, la obligación se extingue con la efectividad del crédito, si no es otra la voluntad de las partes...”. En fin, el art. 66.1 de la ley cambiaria previene que “si de la relación que dio origen a la emisión o transmisión de una letra o de un cheque se deriva una acción, esta permanece, no obstante la emisión o transmisión de la letra o del cheque, salvo que se pruebe que hubo novación”.

579. efectos extintivos

Siguiendo la reflexión de que “la dación en pago es un pago excepcional, muy particular”¹²⁶¹, al que le son aplicables algunas de las reglas del pago, habría que convenir en que acá el pago no es válido y, por lo mismo, no produce los efectos satisfactorios y, consiguientemente, liberatorios que está llamado a producir, cuando, en tratándose de obligaciones de dar, de la misma manera que en las obligaciones de dar, si el *dans* no es propietario o no tiene facultad del dueño para enajenar (art. 1633 c. c.), o sea que el efecto extintivo indirecto de la obligación que en principio trae consigo la dación pende de una *condicio iuris* consistente en la eficacia de la tradición¹²⁶².

compra, a la manera que si se le hubiere dado la cosa en pago, para que se satisficiera por la cuantía de la deuda, o por cuanto le importase; y puede tener el acreedor la compensación, si acaso se le demandare por la acción pignoratícia, o por otra causa”: ULPiano. D. 13, 7, 24 pr.

¹²⁶⁰ “Es de evidente derecho que habiendo pagado otro por el deudor, como habiéndose dado cosas en lugar de dinero contante con el consentimiento del acreedor, se extingue la obligación contraída”: DIOCLECIANO. C. 8, 42, 17; ULPiano. D. 13, 7, 24 pr.; PAULO. 41, 3, 47, 17; ULPiano. 42, 4, 15; ULPiano. 44, 4, 31.

¹²⁶¹ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 894 y s., p. 993. “Es el pago mismo”: cas. de 24 de junio de 1953, LXXV, 368.

¹²⁶² “La validez del pago está condicionada a la efectiva transferencia de la propiedad y no de la sola posesión útil que puede perder el acreedor en virtud de la evicción [...] La solución deber ser la misma para la dación en pago. Si esta se hace a *non domino* y sin el consentimiento del dueño, el acreedor que la recibe puede actuar en saneamiento al producirse la evicción, o puede alegar un pago inválido para recuperar su crédito con todos los accesorios y garantías inherentes”: OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 640, p. 404.

580. dación en pago y novación

De esa forma se puede apreciar con nitidez la diferencia entre esta figura y la novación: con la dación en pago se pretende extinguir la obligación y no reemplazarla; si la dación en pago no es eficaz, ello quiere decir que no ha habido extinción de la obligación, que, en rigor, no es que “reviva”, sino que no llegó a extinguirse: perdura con todos sus caracteres y accesorios, salva la disposición de ley en cuanto a las cauciones o garantías¹²⁶³. En la dación en pago el deudor no asume la obligación de dar, no hay obligación de dar, que si la hubiera se tendría una novación¹²⁶⁴. No hay reemplazo de una obligación por otra, sino simplemente extinción de una por la dación¹²⁶⁵.

Como atrás se enunció, la dación, que de todos modos exige el consentimiento del acreedor, puede hacerla tanto el deudor como otra persona, caso este al que habrían de aplicarse, además, las reglas del pago por un tercero. Igual, en lo que respecta a la extensión de los efectos extintivos de la obligación, téngase presente que la cosa que se da en pago puede haber sido estimada por el mismo valor de la deuda, con el resultado de que allí la una va por la otra; como también puede ocurrir que sea de menor valor, evento en el que la extinción será apenas parcial; y, por último, está la hipótesis de que su valor sea superior al monto de la deuda, con la consecuencia de que el *dans* tendría derecho a cobrar la diferencia del acreedor *accipiens* (¿con la acción propia del vendedor [art. 1928 c. c.]?).

581. resolución o saneamiento

En el supuesto de que el acreedor sufra evicción de la cosa recibida por él en pago, o de que ella resulte con vicios ocultos, es natural preguntarse, de una parte, si podría intentar la acción de saneamiento o la redhibitoria, según el caso, y, de otra, cuál la relación de ellas con la acción de nulidad de ese pago especial. A lo cual es obvio responder que, aplicando las reglas del pago, el acreedor podría recuperar su crédito y hacerlo valer, sin más; en tanto que aplicando las reglas de la compraventa, podría obtener el saneamiento (arts. 1904 y ss. c. c.), o la rescisión, o la rebaja del precio (arts. 1914 y ss. c. c.), pero que él tiene que escoger una de las varias alternativas. En el evento de que opte por la nulidad, como es natural, decretada esta las cosas habrían de volver al *status quo ante* (art. 1746 c. c.): el acreedor recuperaría crédito y pretensión, frente a un deudor incumplido, que habría de responderle como tal; pero las garantías constituidas por terceros para asegurar el cumplimiento de la obligación resucitada, no reviven.

582. riesgos de la cosa

¹²⁶³ El art. 2038 *code civil fr.* prevé una excepción al pleno efecto retroactivo de la nulidad en cuanto a la dación en pago: “La aceptación voluntaria que el acreedor haya hecho de un inmueble o de un efecto [título valor] cualquiera en pago de la deuda principal, descarga la caución, aun en el caso de que el acreedor llegare a ser evicto”. Análogamente, el art. 2407 c. c.; cfr. *infra* en el texto.

¹²⁶⁴ Cfr. a propósito cas. de 2 de septiembre de 1964, CVIII, 263.

¹²⁶⁵ Cfr. MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 892, p. 992. “[S]i bien esa peculiar figura [se] traduce [en] que el acreedor ha aceptado recibir de su deudor, en orden a extinguir la obligación primigenia, una cosa distinta de la debida (inc. 2.º art. 1627 c. c.), o ejecutar a cambio un hecho o abstenerse de hacerlo para así finiquitar el vínculo obligacional (*aliud pro alio*), no puede afirmarse categóricamente y sin hesitación de especie alguna, que por tal razón se sustituyó –de raíz– la obligación originaria por otra creada *ex novo* (autónoma y sustantiva), como quiera que los actos ulteriores que se realicen *solvendi causa*, no tienen la virtualidad de hacer mutar –de por sí– las obligaciones cuya existencia, justamente les sirven de presupuesto (genético y funcional) y justificación (*ratio*)”: cas. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670, sin publicar.

Relativamente a los riesgos de la cosa, todo lleva a pensar en la *analogia legis* con la compraventa (arts. 1729 c. c. y 929 c. co.).

583. revocación de la dación fraudulenta

En fin, cual lo previene expresamente la normatividad, las daciones en pago que haga el deudor a cualquiera de sus acreedores están expuestas a ser revocadas, en cuanto fraudulentas, a solicitud de cualquiera de los restantes acreedores o del representante de la masa (arts. 2491 c. c., 166 [15] y 186 Ley 222 de 1995).

584. la dación en pago en el ordenamiento

En lo que hace al derecho nacional, la dación en pago no es una figura legalmente típica¹²⁶⁶; la expresión “dación en pago” aparece marginalmente en el art. 1971 [2.º] c. c., para exceptuar del beneficio de reducción al cesionario que recibió en pago el derecho litigioso; en el art. 2407 ibíd., para indicar que “si el acreedor acepta del deudor, en descargo de la deuda un objeto distinto del que este se encontraba obligado a darle, queda irrevocablemente extinguida la fianza”, pero sin reglamentación directa o mediante reenvío, y en el art. 36 [d] del Decreto 750 de 1940, “sobre quiebras”, la dación en pago se halla dentro de la enunciación de los actos anulables del quebrado, previsión que se mantuvo para el supuesto de liquidación de sociedades en el art. 183 [1] de Ley 222 de 1995¹²⁶⁷.

585. naturaleza jurídica de la dación en pago

¿Cuál, en fin de cuentas, la naturaleza jurídica de la dación en pago?

Como es natural cuando quiera que se presenta una *figura iuris* diferente, la tendencia es a asimilarla a aquella a la que resulte más parecida, dentro de la resistencia por inercia a tenerla como algo autónomo, legalmente atípico, con caracteres propios y disciplina, primero paralegal por *analogia legis*. Eso ocurrió con la dación en pago, aproximada, cuando no asimilada de tiempo atrás, ya a la compraventa¹²⁶⁸, ya a la novación¹²⁶⁹. Ahora se propone su calificación como “contrato ‘solutorio’ (¿solutivo?), o sea como un contrato que tiene por objeto la extinción satisfactoria del crédito”¹²⁷⁰, esto es, con satisfacción del acreedor (*Erfüllungsvertrag*). Contrato, tanto en el sentido del art. 364 c. co. como en el del art. 1495 c. c., como quiera que quien da en pago, de ordinario el deudor, pero eventualmente un tercero, asume de suyo obligaciones: sin más, la de saneamiento por evicción o de los vicios redhibitorios.

586. lesión en la dación en pago

¹²⁶⁶ Cfr. 4 de diciembre de 1925, XXXII, 130; FUEYO LANERI. *Derecho civil*, IV, *De las obligaciones*, II, n.ºs 542 y 545, 130 y 132 y s.

¹²⁶⁷ El Decreto 663 de 1993, art. 110 [6 y 7], reiteró la prohibición a los establecimientos de crédito y sociedades de servicios financieros de mantener en su poder por más de dos años, prorrogables hasta por otros dos, los inmuebles “traspasados [a ellos] en pago de deudas previamente contraídas [!] en el curso de sus negocios” y de “bienes muebles recibidos en dación en pago”.

¹²⁶⁸ El art. 357 c. c. de Brasil preceptúa: “Determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regulan por las normas del contrato de compraventa”.

¹²⁶⁹ Cfr. el recuento hecho en cas. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670, sin publicar.

¹²⁷⁰ Así BIANCA. *L'obbligazione*, cit., n.º 227, p. 438, con cita de HEINRICHS y HARDER.

Como se anotó, en cuanto a la disciplina de la figura, la jurisprudencia, igual que la doctrina, se ha inclinado alternativamente por darle el tratamiento de compraventa, con práctica asimilación a ella¹²⁷¹, de la novación¹²⁷² o uno autónomo, habida cuenta de la “fisonomía propia de la dación en pago”¹²⁷³. La Corte Suprema de Justicia llegó a una práctica asimilación de las figuras de la dación en pago y la compraventa, en términos de indicar que la obligación pecuniaria hacía las veces de precio¹²⁷⁴, en cas. de 31 de mayo de 1961¹²⁷⁵ y, a propósito de debate acerca de la admisibilidad o no de la lesión enorme en la dación de inmuebles en pago, desarrolló pretorianamente la figura, cuya naturaleza analizó con detenimiento, para concluir que “es una convención entre un acreedor y un deudor de dinero u otra cosa o hecho, en virtud de la cual se satisface con la entrega de una cosa mueble o inmueble”, por lo cual no es calificable de novación, como tampoco de “simple modalidad del pago efectivo”, y que, sin llegar a tenerla por compraventa, es preciso reconocer su proximidad a ella (*rem pro pecunia*): “analogía y no identidad”¹²⁷⁶, en mérito de la cual, aplicando los principios generales del derecho, zanjó positivamente la duda y aceptó la rescindibilidad de la dación en pago¹²⁷⁷.

587. la entrega de títulos-valores para el pago de obligaciones*

El código de comercio regula el mecanismo del giro u otorgamiento de títulos-valores con relación a una obligación en curso, empleado con máxima frecuencia, con función de seguridad para el acreedor, y en donde la contraposición entre la *datio in solutum* y la *datio ad solutum* o *pro soluto* y la dificultad de individualizarlas en la práctica había ocasionado controversias doctrinarias y jurisprudenciales durante la vigencia del código de 1870¹²⁷⁸, y

¹²⁷¹ “Las diferencias accidentales que separan la compraventa de la dación en pago no son suficientes a destruir la similitud perfecta que guarda la naturaleza íntima y jurídica de estos dos fenómenos”: cas. de 16 de septiembre de 1919, XIX, 198. Cas. de 24 de marzo de 1943, LV, 247.

¹²⁷² Cas. de 21 de julio de 1922, XXIX, 227; 12 de mayo de 1943, LVII, 368; 19 de noviembre de 1957, LXXXVI, 554 y ss.

¹²⁷³ Cas. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670, sin publicar. “La extinción de una obligación (deuda) por dación en pago (*datio in solutum*) es fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, por novación, consignación, etc. La dación en pago tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, este recibe en pago, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra cosa equivalente”: cas. de 28 de mayo de 1913, XXIII, 21; 27 de mayo de 1926, XXXII, 331.

¹²⁷⁴ Cas. de 31 de mayo de 1961, XCV, 930; 27 de mayo de 1926, XXXII, 331; 31 de mayo de 1961, XCV, 930; 24 de marzo de 1943, LV, 247; 12 de mayo de 1943, LVII, 368.

¹²⁷⁵ 31 de mayo de 1961, XCV, 930 y ss. Cfr. cas. de 9 de julio de 1971, CXXXIX, 56 y s.; 31 de marzo de 1982, CLXV, 64.

¹²⁷⁶ “¿Es que la obligación se extingue según las reglas del pago?, ¿es que la transferencia de la propiedad se realiza conforme a las reglas de la venta? Cuando se buscan las respuestas que nuestro derecho positivo da a estas preguntas, se comprueba que ciertas reglas de la dación en pago son las del pago, otras las de la compraventa y que también se podría pretender la aproximación de algunas a las reglas de la novación”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 896, p. 993.

¹²⁷⁷ Así, también la cas. francesa de 4 de julio de 1968, citada por MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 899-903, nota 1, p. 994. *Versus* PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª parte, cit., n.º 530, p. 830 y s.

* B. TRUJILLO-CALLE. *De los títulos valores*, t. I, parte general, cit., lib. 2.º, cap. 9. Cas. de 29 de mayo de 1981, CLXVI, 436 y s.

¹²⁷⁸ El art. 215 c. c. t., disponía: “La dación en pago de efectos de comercio, verificada en cumplimiento de un pacto accesorio, no produce novación, aun cuando la obligación que supongan los efectos entregados no pueda coexistir con la obligación de que procede la deuda”; el art. 216 agregaba: “Ejecutada la dación en virtud de un contrato principal, la novación quedará perfeccionada por ese solo hecho, si la deuda procediere de un contrato incompatible con el que hubiere dado origen a los valores de crédito entregados en pago. No habiendo incompatibilidad entre los contratos indicados, la dación causará novación, toda vez que los efectos de comercio fueren al portador, y que al recibirlos el acreedor no hiciere formal reserva de sus derechos”; y el art. 217 concluía: “Si los efectos de comercio entregados por consecuencia de un nuevo convenio fueren transmisibles por endoso, se presumirá que la recepción de ellos lleva la condición de ser pagados. La novación en este caso, no se perfeccionará sino por la realización del pago efectivo”. En cuanto a jurisprudencia, cfr., p. ej., cas. de 30 de agosto de

que a las dificultades que de suyo traen consigo las alternativas de tratamiento agrega el problema de la eventual introducción de personas diferentes de las partes originarias.

Prevé el art. 882 c. co., dentro de la disciplina del pago: “La entrega de letras, cheques y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de esta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado y no sea descargado de cualquier manera. Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo. Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”¹²⁷⁹. En tanto que el art. 643 *ibid.*, dentro de las “Generalidades” de los títulos-valores, previene: “La emisión o transferencia de un título-valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a tal emisión o transferencia”.

Ciertamente no es sencillo articular esos dos preceptos entre sí¹²⁸⁰. Por lo demás, téngase en cuenta que con la mayor frecuencia, en las ventas a plazos de bienes muebles perdurables, al documento con los consabidos pactos de reserva de dominio y comisorio se le suele agregar pagaré con vencimientos sucesivos o tantas letras cuantas sean las cuotas, títulos todos con vocación de ser objeto de *factoring*¹²⁸¹, que el vendedor acreedor descuenta o endosa en garantía¹²⁸². Y que la inmensa mayoría de pagos de letras, pagarés, facturas, se hace por medio de otro título-valor: el cheque. Lo cual da pie para preguntar qué es lo que el común de las gentes pretende hacer y cree que hace cuando gira una letra u otorga un pagaré y, más todavía, cuando gira un cheque en función de una deuda: ¿cancelarla?, o, ¿dejarla viva hasta cuando se descargue el título-valor?¹²⁸³.

Según las voces del art. 643, el título-valor se entiende entregado como provisión para el pago (*pro solutum*), en tanto que, siguiendo el dictado del art. 882, se estima dado en pago (*pro solvendi causa*), pero sujeta la dación a la condición resolutoria negativa de no ser

1915, XXV, 130.

¹²⁷⁹ “Ese contrato cambiario sí configura una novación que extingue la obligación originaria, por cuanto dicho contrato reemplaza la causa o fuente de esa obligación originaria, como sería la compraventa, por ejemplo”: OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 660, p. 416. Cfr. cas. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, 912; 6 de diciembre de 1993, CCXXV, 2.ª, 769 y ss.; 14 de marzo de 2001, exp. 6550, sin publicar..

¹²⁸⁰ TRUJILLO-CALLE. *De los títulos valores*, I, cit., n.º 438 y s., p. 390 y s., resalta la “desarmonía” y el “enfrentamiento” entre los dos preceptos.

¹²⁸¹ Asociación Bancaria de Colombia. *Factoring, un nuevo servicio financiero*, Bogotá, 1981; E. CALZOLAI. *Il factoring in Europa*, Milano, 1997; A. FRIGNANI. *Factoring, Leasing, Franchising, Concorrenza*, 2.ª ed., Torino, 1983; J. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Madrid, 1995; F. HINESTROSA. *El contrato de factoring*, Medellín, 1982, ahora en *Escritos varios*, Bogotá, 1983; I. NAITOVE. *Modern Factoring*, New York, s. d.; S. ROLIN. *El factoring*, trad. esp. de DE GÁLVEZ, Madrid, 1972; O. PACE e D. CHERUBINI. *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, Roma, 2001.

¹²⁸² El término *factoring* se remite al bajo medioevo, y es un “contrato que comporta la transferencia al *factor*, *pro soluto* o *pro solvendo*, de créditos de una empresa, provenientes de provisión de mercancías o de prestación de servicios”: BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 217. Complementariamente al punto del descuento del título de crédito está el del apoyo en el otorgamiento de crédito, la administración de la cartera y su recado por parte del empresario de *factoring*, que el art. 118 de la Ley 510 de 1999 previene como función de los establecimientos de crédito, por acuerdo contractual entre enajenante y adquirente de aquella.

¹²⁸³ “Contrariamente a lo que muchos creen, la entrega de un *cheque* no vale como pago, que no se realiza sino hasta cuando se hace efectivo. A menudo se habla de “*pago con cheque*”, lo cual es incorrecto; debe decirse, como lo hace la ley: “*entrega de un cheque en pago*”: MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 984, p. 579 y s.

descargado el “instrumento”¹²⁸⁴. Mas lo cierto en conclusión es que, a menos que “se estipule otra cosa”, o “aparezca de modo inequívoco intención en contrario”, y a despecho de cualquiera convicción distinta en el mundo de los negocios comerciales y civiles, la entrega de letras, pagarés y, sobre todo, de cheques “por una obligación”, universalmente considerados como un medio de pago y empleados a dicho propósito, no implica pago, sino una mera provisión para él¹²⁸⁵.

Definitivo resulta, entonces, determinar la intención cierta y genuina de las partes al entregar la deudora y recibir la acreedora un título valor “por cuenta de la obligación”, si entendieron cancelar de ese modo la deuda en curso o, simplemente, proveer a su pago y, de paso, agilizar y respaldar su cobro¹²⁸⁶.

En cuanto a los efectos de la dación al pago, ha de ponerse de presente que “la dación a cuenta del pago, aceptada por el acreedor, comporta: 1. Que la deuda originaria no es exigible provisionalmente; 2. Que el acreedor tiene la carga de valerse de la atribución recibida para realizar el resultado útil; 3. Que el crédito originario vuelve a ser exigible por la parte no satisfecha”¹²⁸⁷.

588. dación en pago forzada o necesaria *

Bien interesante y de renovada actualidad es la figura de la *datio in solutum necessaria*, conocida ya en tiempos de JULIO CÉSAR, prevenida para el evento de que el deudor, falto de

¹²⁸⁴ Cfr. según TRUJILLO-CALLE. *De los títulos valores*, I, cit., n.º 439, p. 391, en argumentación poco convincente, “[e]l art. 643 debe entenderse en el sentido de que él se refiere a una ‘extinción’ de la relación que dio lugar a la emisión, pura y simple, es decir, no sometida a condición resolutoria. Se entrega un cheque para cumplir un contrato de compraventa y es la intención inequívoca de pagar con ese cheque, entonces la relación fundamental queda extinguida. Se produce un fenómeno novatorio. En el mismo caso, pero ya sobre el art. 882, ese cheque deberá ser cubierto por el banco. Si el banco lo rechaza, no hay pago ni novación de la relación causal. Si la interpretación anterior no satisface, se habrá de recurrir a las normas del código civil [...] Regiría, pues, el art. 882 por ser posterior, por tener la misma especialidad, estar dentro del mismo código y por ofrecer aspecto de incompatibilidad con el art. 643”.

¹²⁸⁵ Ya había dicho la Corte, en cas. de 28 de mayo de 1913, XXIII, 21: “Un pagaré es la promesa escrita que el deudor hace a su acreedor de cubrir la deuda en cierta forma y términos. Es un documento en que el deudor hace constar su obligación, y él no equivale al pago”; en cas. de 30 de agosto de 1915, XXV, 130: “La dación en pago de letras de cambio no constituye pago efectivo si ellas no son cubiertas” y análogamente en cas. de 27 de mayo de 1926, XXXII, 331. Y, en cuanto al aporte de créditos a sociedad: “... el socio que aportare créditos nominativos o a la orden deberá transferir los primeros y endosar los segundos a favor de la sociedad, pero su importe no será abonado en cuenta hasta que haya ingresado efectivamente a la caja social”: cas. de 2 de marzo de 1931, XXXVIII, 512. “Precisamente, de la entrega y endoso de los cheques, se hace derivar la excepción de pago, pero debe advertirse que en principio la simple entrega de tales instrumentos no implicaba la extinción de la obligación primigenia, porque si ésta era en dinero, su cumplimiento también debió serlo en dinero, luego la obligación sólo se entendería solucionada en el evento del pago de los títulos”: cas. de 25 de agosto del 2000, exp. 5377 sin publicar. Cfr. cas. de 18 de noviembre de 1991, sin publicar, en donde se llega al extremo de afirmar que “sólo hay pago con la entrega de la cantidad de signos monetarios, que con referencia a determinada unidad de cuenta, constituyen el objeto de la obligación”. En cas. de 14 de marzo de 2001, exp. 6550, sin publicar, dijo la Corte: “cuando el acreedor recibe un título valor de contenido crediticio de manos de su deudor, acepta implícitamente que la prestación originaria, esto es, el abono directo del dinero, se le sustituya por el abono indirecto mediante el cobro o la negociación posterior del título en cuestión, con lo que se configura una *cessio pro solvendo* que deja en pie la relación subyacente que puede operar en un futuro si se cumplen los requisitos exigidos en la ley, por cuanto esta le otorgó el derecho de elegir cuál de las dos acciones ejercita, la cambiaria o la causal [...] pero la causal únicamente podrá impetrarla si el título ha sido rechazado o no sea descargado de cualquier manera. Por lo tanto, cuando se ha entregado con fines solutorios un título valor de contenido crediticio, se efectúa el pago de la obligación, pero no un pago puro y simple sino sometido a condición resolutoria en caso de que el instrumento no sea descargado de cualquier manera, por lo que, mientras esté pendiente dicha condición, la obligación que se reputa saldada no tiene la calidad de exigible y por ende contra el acreedor ninguna prescripción corre respecto de acciones a su favor derivadas de la relación causal”.

¹²⁸⁶ Cfr. cas. de 27 de mayo de 1926, XXXII, 331.

¹²⁸⁷ BIANCA. *L'obbligazione*, cit., n.º 225, p. 433 y s.

* A. SACCOCCIO. La c. d. *datio in solutum necessaria* nel sistema giuridico romanistico, en Roma e America, Rivista di diritto della integrazione e unificazione del diritto in Europa e America, n.º 14, 2002, Roma, Muchi ed.; Bogota, Universidad Externado de Colombia.

liquidez, pero con inmueble de su propiedad que había tentado infructuosamente vender y ofrecía luego a sus acreedores en pago por una “justa y escrupulosa estimación”¹²⁸⁸, que sin demeritar los derechos del sujeto activo agilizaba y facilitaba la posibilidad de cancelación de las obligaciones en circunstancias difíciles de la economía. Dicha institución, ampliamente desarrollada en el derecho común¹²⁸⁹, como un *beneficium general favore debitoris*, en competencia con la cesión de bienes, subsistió hasta las codificaciones modernas¹²⁹⁰.

Valga anotar como experiencia normativa, que la Ley 546 de 1999 estableció, con vigencia de un año a partir de su entrada en vigor, un derecho de recompra a favor del deudor de créditos en la antigua UPAC que hubiera entregado en dación en pago el inmueble objeto de la garantía¹²⁹¹.

Por último venga la observación de que, cual ocurre con los distintos ejemplos de contrato forzado: v. gr. los de espectáculos, hospedaje, alimentación, prestación de servicios públicos, la exigibilidad de la celebración del contrato aun a contrariedad del empresario, o mejor la irrelevancia de la “voluntad” de este es una cuestión atendida y explicada ampliamente por la doctrina, y que el derecho no concibe impugnación entonces por ausencia de consentimiento o por vicio de la voluntad.

589. dación en pago y figuras próximas a ella

En el ánimo de dejar planteadas inquietudes que despierta el tema de la dación en pago, es útil advertir sobre la diferencia entre las obligaciones alternativas, donde la opción entre varias prestaciones está prevenida desde el propio título, en contraste con la dación en pago, donde es indispensable un acuerdo posterior; también hay que distinguir la dación en pago, en la que el *accipiens* recibe la propiedad de la cosa dada en lugar de la prestación original, y la cesión de bienes, “que no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos o de sus frutos hasta pagarse de sus créditos” (art. 1678 [3] c. c.); y la dación en pago de la delegación activa y de la cesión de crédito *pro solvendo*, en la misma medida en que en estas no hay extinción de la obligación originaria, sino el surgimiento de una pretensión adicional (art. 1695 c. c.).

¹²⁸⁸ Nov., 4, 3 pr. Nov. 120, c. 96, 6, 2.

¹²⁸⁹ “Los intérpretes del derecho común elaboraron, con notable amplitud, la doctrina de la *datio in solutum necessaria*, sustancialmente extraña a las fuentes clásicas, habiendo configurado un verdadero *beneficium dationis in solutum*, otorgado en general *favore debitorum*, para subvenir a las dificultades de aquellos que no estuvieran en condiciones de pagar sus deudas pecuniarias, y no encontraran adquirentes para sus bienes inmuebles o muebles”: ASTUTI. *Dazione in pagamento storia*, cit., p. 733. “Dogmáticamente el derecho común distingue una *datio in solutum* voluntaria de una *datio in solutum necessaria*: la primera sería aquella ejecutada por acuerdo entre las partes, y la segunda, en cambio, se produciría autoritariamente *iussu iudicis* [...] tiene un carácter más bien general y se extiende quizá, también a la atribución al acreedor – previa estimación– de la cosa dada en prenda”: E. BUSSI. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune, diritti reali e diritti di obbligazione*, Padova, 1937, p. 329 y s.

¹²⁹⁰ “La *datio in solutum necessaria*, prevista y regulada por las RR. CC. de 1770, que incluso permitían la facultad de rescatar dentro del año siguiente las cosas dadas en pago, fue abolida por el código albertino, que sobre la base del *code Napoléon* estableció el principio de que el acreedor no puede ser constreñido a recibir cosa distinta de la debida, que fue repetido en el c. c. de 1885”: ASTUTI. *Dazione in pagamento, storia*, cit., p. 733.

¹²⁹¹ Art. 46: “Opción de readquisición de la vivienda [...] [Q]uienes entreguen o hayan entregado en dación en pago su vivienda, tendrán opción para readquirirla siempre que no haya sido enajenada por el respectivo establecimiento de crédito. En caso de que haya sido enajenada, el establecimiento de crédito podrá ofrecer, en las mismas condiciones, otro inmueble de propiedad de la entidad sobre la cual no se haya ejercido por parte de su anterior propietario, la opción de readquisición de vivienda. La opción se pactará en un contrato que suscribirán el deudor que entrega el inmueble en dación en pago y la respectiva entidad financiera, en el que se harán constar los derechos y las obligaciones del titular de la opción y de la entidad financiera de conformidad con las siguientes reglas...”.

590. prestación en lugar de cumplimiento y novación

Y, volviendo a la figura general de la “prestación en lugar de cumplimiento”, es oportuno anotar que, dentro de la previsión contenida en el art. 1627 [2] c. c. y en desarrollo del reconocimiento de la autonomía privada, acreedor y deudor, por iniciativa de cualquiera de ellos, pueden llegar a acordar que el acreedor se considere satisfecho con una prestación que el deudor ejecuta inmediatamente, distinta de la dación o entrega de un bien, y formular una reflexión a propósito¹²⁹². Esa prestación, cuya ejecución extingue la deuda originaria, puede ser de cualquiera naturaleza. Sólo que en el caso de que no se haya de ejecutar entonces mismo, sino que sea de ejecución diferida o escalonada o sucesiva, o simplemente posterior, se habría de pensar más en una novación objetiva (art. 1690 [1.º] c. c.) que en una prestación en lugar de cumplimiento, toda vez que esta figura es concebida como un modo extintivo que implica la satisfacción inmediata del acreedor. Valga este par de ejemplos para apreciar una diferencia al parecer sutil: se pacta la satisfacción de una obligación pecuniaria: o con la abstención de un acto específico, o con una abstención extendida por un período más o menos prolongado; se pacta la satisfacción de una obligación pecuniaria con la ejecución de una obra o con la de un trabajo unitarios, o con la ejecución de un trabajo esparcido en un tiempo prolongado.

otros modos extintivos de la obligación*

capítulo primero

La novación**

591. antecedentes

Este modo extintivo de las obligaciones tuvo antaño señalada importancia, especialmente cuando la estrechez de las fórmulas y el carácter estrictamente personal de la obligación no permitían el cambio de sujetos o de prestación¹²⁹³. La novación emerge, pues, como un instrumento indirecto y rígido para la transmisión del derecho de crédito y para el cambio de deudor; así surgió en Roma, ante todo, para atender a la necesidad de relevo del deudor en virtud de varias *sponsiones* sucesivas incompatibles entre sí. No se aceptaba la novación

¹²⁹² El § 363 BGB SUHYLHQH□□³6L□HO□DFUHHGRU□KD□DFHSDWGR□FRPR□FXPSOLPLHQWR□XQD□SUHVWDFLyQ□TXH□VH□OF la carga de la prueba de que dicha prestación no vale como cumplimiento, porque es diferente de la debida o de que es LQFRPSOHWD□□VL□QR□TXLHUH□TXH□VH□WHQJD□FRPR□FXPSOLPLHQWR□□□□□HO□□□□□□>□@□DJUHJD□□³/D□□ cuando el acreedor acepta en vez del FXPSOLPLHQWR□GH□OD□SUHVWDFLyQ□GHELGD□□XQD□SUHVWDFLyQ□GLVWLQWD□□□& de 2001, exp. 5670, sin publicar.

* Cfr. P. PERLINGIERI. Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni, Camerino, s. d. (1972); ID. Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, en Commentario del cod. civ. a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1975.

** Cfr. J. RODRÍGUEZ FONSECA. La teoría de la novación, Bogotá, 1920; C. GIARDINA. Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio, Milano, 1937; A. MASI. Novazione, diritto romano, en EdD., XXVIII, Milano, 1978.

A. GHOZI. La modification de l'obligation par la volonté des parties, Paris, 1980; A. MAGAZZÙ. Novazione, diritto civile, en EdD., XXVIII, Milano, 1978; AA. vv. Estudios jurídicos sobre la novación, Caracas, s. d.; LOZANO BERRUEZO. La novación, Barcelona, s. d.; BONIFACIO. La novazione nel diritto romano, 2.ª ed., Napoli, 1959.

¹²⁹³ GAYO. Inst., II, 38; MAZEAUD y CHABAS. Leçons, Obligations, Théorie générale, cit., n.º 1209, p. 1243.

por cambio de objeto *inter easdem personas*, porque era necesaria la identidad de aquel en ambas obligaciones. Posteriormente se amplió el campo de su aplicación para comprender también el cambio de acreedor y, por último, la mutación del objeto, en cuanto “el lazo material de dependencia fue sustituido por un lazo intelectual, psicológico: el *animus novandi*”¹²⁹⁴. Pero siempre la novación hubo de ser total y no parcial.

Estos sus caracteres en su desarrollo histórico: la novación es un negocio jurídico por medio del cual las partes de una relación crediticia, acreedor y deudor, acuerdan crear una obligación (nueva) que reemplaza a otra (la antigua, novada), que consecuentemente se extingue¹²⁹⁵; se puede novar cualquiera obligación¹²⁹⁶; la eficacia de la nueva obligación es indispensable para la extinción de la precedente, razón por la cual, si el negocio de novación es condicional, la extinción o la permanencia de la obligación primitiva penden de la ocurrencia de la condición¹²⁹⁷; la novación por cambio de sujeto pasivo no necesita del concurso del deudor originario¹²⁹⁸; el acuerdo novatorio ha de celebrarse entre los sujetos de la relación vigente y ha de referirse a esta; sin embargo, la novación por cambio de acreedor implica una delegación¹²⁹⁹; en la novación *inter easdem personas*, el *aliquid novi* puede consistir en la supresión de una modalidad: condición o término, o en la cancelación o la constitución de una garantía personal¹³⁰⁰; efecto de la novación es la extinción de la obligación precedente y, por lo mismo, de sus *privilegia*¹³⁰¹, sus garantías, tanto personales como reales¹³⁰² y, naturalmente, sus intereses¹³⁰³.

En el derecho clásico la expresión de una “voluntad” de novar o *animus novandi* en el convenio entre las partes, no tenía relevancia; mientras que para el derecho justiniano la novación misma y su efecto extintivo giran en derredor del elemento subjetivo¹³⁰⁴. Y

¹²⁹⁴ “La novación es una transfusión y traslación de una deuda anterior a otra obligación, o civil o natural, esto es, cuando por virtud de otra causa precedente se constituye una nueva, de modo que se extinga la primera; porque la novación recibió su nombre de la palabra ‘nueva’, y de obligación ‘nueva’”: ULPIANO. D. 46, 2, 1 pr. “Una obligación se extingue también por la *novatio*, como por ejemplo: si yo estipulo que lo que tú me debes me será dado por TICIO. En efecto, la intervención de un nuevo sujeto da nacimiento a una nueva obligación y la primera desaparece trasformada en la posterior, de tal suerte que a veces, aun cuando sea nula la *stipulatio* posterior, la primera se extingue de derecho por la novación...”: GAYO. *Inst.* III, 176.

¹²⁹⁵ D. 46, 2, 1, pr. y 1.

¹²⁹⁶ Cfr. GAYO. *Inst.* III, 179; D. 46. 2. 24.

¹²⁹⁷ “... Porque si otro prometiera lo que yo debo, puede librarme de la obligación, si esto se hiciera por causa de novación; pero si esto no mediara con ánimo de hacer novación, ciertamente que ambos están obligados, pero pagando uno, queda el otro libre; mas si alguno estipula lo que se me debe, no me quita la acción, sino si estipulara con mi voluntad, pero me libra de la obligación, aunque yo no quiera, el que promete lo que yo debo”: ULPIANO. D. 46, 2, 8, 5.

¹²⁹⁸ GAYO. *Inst.*, III, 38.

¹²⁹⁹ GAYO. *Inst.*, III, 177-178. *Inst. Just.* 3, 29, 3.

¹³⁰⁰ D. 46, 2, 29.

¹³⁰¹ D. 46, 2, 18.

¹³⁰² D. 46, 2, 18; 46, 2, 27.

¹³⁰³ “Corrigiendo las perjudiciales disposiciones sobre las novaciones y extirpando las ambigüedades del antiguo derecho, mandamos, que si alguno hubiere agregado otra persona, o cambiado la obligada, o recibido prenda, o creído que se debía aumentar o disminuir la cantidad, o añadido o quitado una condición o plazo, o recibido una caución más reciente, o hecho alguna cosa, por virtud de la cual los autores del derecho antiguo introducían las novaciones, no se innove nada absolutamente de la primera caución, sino que subsistan las anteriores obligaciones, y a ella se agreguen por vía de incremento las posteriores, a no ser que ellos mismos hubieren remitido, a la verdad, especialmente la primera obligación, y hubieren expresado que han preferido la segunda en lugar de las anteriores. Y en general mandamos, que solamente se ha de hacer la novación por la voluntad, no por la ley, y que si no se expresara con palabras, proceda la causa sin novación...”: *Codex Just.*, 8, 42 (41) 8. “... Mas como en realidad era cosa constante entre los antiguos, que entonces se hacía novación cuando se había ido a una segunda obligación con ánimo de novar, y por esto se dudaba cuándo parecería que se hacía con intención de novar, y algunos introducían en otros casos ciertas presunciones sobre el particular; por este motivo apareció una constitución nuestra, que definió con toda claridad que se hacía novación solamente cuando se hubiera expresado entre los contratantes esto mismo, que convinieron por vía de novación de la primera obligación, y que de otra manera subsistía la primitiva obligación, y se le agregaba la segunda, de suerte que haya obligación por una y otra causa según lo establecido por nuestra constitución”: *Inst. Just.* 3, 29, 3.

¹³⁰⁴ En el *code civil français* son once los artículos consagrados a la novación: del 1271 al 1281; en el BGB no aparece la

privilegiando así la “voluntad” de novar, de modo de convertir a su expresión en requisito indispensable para la extinción de la obligación precedente, y dotándola de poder modificatorio pleno, se llegó a la novación por alteraciones del objeto y a la novación de una *naturalis obligatio*.

592. disciplina legal de la novación

Nuestro código civil se resiente de tradicionalismo y practica una reglamentación nimia de la figura, a la que dedica veintitrés artículos (1687 a 1710)¹³⁰⁵.

En la actualidad, con las facilidades que reconoce la ley para la sucesión en el crédito, especialmente con las figuras de la cesión y el endoso y con la aceptación de la figura de la asunción de deuda, a propósito de la sustitución de deudor, el ámbito de la novación se ha visto reducido, sobre todo en la práctica, a la variación del objeto y del título o la razón de ser de la obligación, y no faltan quienes, señalando su obsolescencia, la condenen a desaparecer¹³⁰⁶. En realidad, hoy no se imagina a nadie acudiendo a la novación para alcanzar el cambio de acreedor; sería un contrasentido. Sin embargo, en cuanto al cambio de deudor, como pudo apreciarse en el tratamiento de dicho tema, especialmente en lo que respecta a las variedades de asunción de deuda y de delegación, con tantas repercusiones en el derecho cambiario, la figura de la novación conserva su interés y mantiene su importancia para el tratamiento de muchos problemas teóricos y prácticos, dijérase hoy colaterales a ella. De ahí el empeño puesto en precisar sus rasgos y su evolución en el derecho antiguo, en el que se encuentra la explicación, no sólo de las normas con nombre propio del código civil, sino de muchas otras del código de comercio que han de manejarse integradas al sistema. Debate la doctrina sobre si la asunción de deuda por delegación (perfecta) y la novación son la misma figura o son equivalentes, o por el contrario, se trata de entidades aparte; “disquisición superflua” (RESCIGNO), que ha desembocado en la exigencia de un mayor esmero en la regulación de las situaciones que se pueden presentar con el ingreso de un tercero a la posición pasiva de una relación crediticia, según la manera como se presente, su relación con el deudor y la actitud del acreedor.

593. el régimen del código civil

¿Cuál el estado de la cuestión en el ordenamiento nacional? Retomando el hilo conceptual, se repite que la novación es la sustitución de una obligación primitiva que queda extinguida, por una posterior surgida por acuerdo entre las partes; estas, creando una nueva relación obligatoria, extinguen la precedente (art. 1687 c. c.); su función es, pues, mixta,

novación, en su lugar se encuentran las figuras de la “Transmisión del crédito” (§§ 398 a 413) y de la “Asunción de deuda” (§§ 414 a 419); análogamente ocurre en el código suizo de obligaciones (OR §§ 116, 164 y ss. y 175 y ss.); el *codice civile* se ocupa de la novación (objetiva) en cinco artículos: del 1230 al 1234, y en el art. 1235 (novación subjetiva) remite a las normas sobre “delegación, expromisión y asunción”. El *code civil de Québec*, dentro del capítulo relativo a “la transmisión y los cambios de la obligación”, regula la novación en siete artículos: del 1660 al 1666, y la delegación en cuatro: del 1667 al 1670.

¹³⁰⁵ Así, desde 1927, LUIS CLARO SOLAR, en sus *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago de Chile, vol. VI, n.º 1682, ed. facsimilar, 1979: “la novación ha perdido la importancia que tenía en el derecho antiguo y como figura jurídica subsistente por sí e independientemente de las demás instituciones jurídicas, no tiene razón de ser; y la tendencia de la legislación es a hacerla desaparecer”.

¹³⁰⁶ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 483, p. 253. Cfr. cas. de 3 de marzo de 1938, XLVI, 121 y s.; cas. de 31 de mayo de 1940, XLIX, 498 y ss.

extingue a la vez que crea o constituye: *transfusio atque traslatio*.

Acreedor y deudor, de común acuerdo, en ejercicio de su autonomía particular pueden modificar la relación obligatoria, de modo que se extinga por su desplazamiento por una nueva, creada allí mismo, con ese fin, y, en todo caso, con ese efecto. Es, pues, menester, la extinción de la deuda en curso, a causa de la creación de la nueva, es decir, el reemplazo de aquella por esta, lo cual implica una conexión (interdependencia) entre ambas¹³⁰⁷.

La novación puede ser subjetiva u objetiva (art. 1690 c. c.). Aquella es la que implica cambio de uno de los sujetos o de ambos; esta, la que sustituye o altera el objeto, con ampliación estructural al cambio del título o la causa por la que se debe. Con todo, se plantea la diferencia grande entre las dos categorías, que, aparte de la subsunción de la subjetiva en otras figuras y de su falta de autonomía, impediría una concepción unitaria de la novación y un tratamiento acompasado de ellas.

Hay novación por relevo del acreedor, cuando el deudor asume la obligación en favor de un tercero, en cuanto el acreedor lo declara libre (art. 1690, ord. 2.º). El deudor, pues, sigue debiendo lo mismo y por el mismo concepto, pero a otro acreedor. Bien se ve, entonces, cómo y por qué la figura de la cesión de crédito, que traspasando tal cual el crédito al tercero cesionario deja intactos los privilegios y garantías, a la vez que le permite al deudor reservar las excepciones personales que tenía frente al cedente, desplazó a la novación subjetiva por cambio de acreedor (cfr. arts. 1691 [2] y 1695 c. c.), por lo cual “no se puede negar la esterilidad de esta desde el punto de vista dogmático y práctico”¹³⁰⁸. La otra especie de novación subjetiva es la pasiva, que se realiza “sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre” (art. 1690, ord. 3.º), forma que a su vez se ha visto desplazada y sustituida por la figura de la “asunción de deuda”, a partir del BGB, § 414 y ss., que, por lo demás, permite una regulación más precisa y completa de las modalidades de alteración del sujeto pasivo: liberatoria y cumulativa, esta última en manera alguna novatoria, si que también de la delegación.

En lo que respecta a la novación objetiva, superadas las disquisiciones y, sobre todo, tergiversaciones del derecho justiniano a propósito del concepto de novación objetiva, esta se encuentra descrita como la “sustitución de una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor” (art. 1690, ord. 1.º), marco suficientemente amplio como para abarcar no sólo el cambio de objeto, sino también el cambio de razón de ser o título de la obligación (así el art. 1230 *codice civile*), cuando, como en el ejemplo de la Ley 15 de Partidas, debiéndose el precio de una compraventa o de un servicio, acreedor y deudor convienen en sustituir la “causa” de la deuda: ya no se deberá esa cantidad de dinero a título de precio, sino de mutuo¹³⁰⁹. Por último, es de advertir que cuando la prestación de la obligación primera es *intuitus personae*, el cambio de deudor no solamente implica una mutación subjetiva, sino también, y quizá con mayor relieve, un cambio de objeto o, si se

¹³⁰⁷ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1208, p. 1243.

¹³⁰⁸ F. MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9.ª ed., III, Milano, 1959, p. 532, citado por MAGAZZÙ. *Novazione*, cit., nota 5.

¹³⁰⁹ “La novación es el cambio que hacen el acreedor y el deudor, que en lugar de una deuda sustituyen otra, de suerte que la primera no subsiste, y que el deudor no queda obligado sino por la segunda. Así, por ejemplo, si luego de un contrato cuyo precio no ha sido todavía pagado, el vendedor toma del comprador una obligación de préstamo en la misma forma en que este debía el precio de la venta, de suerte que el contrato de venta resulta cumplido, y sin que en la nueva obligación haya hecho alguna reserva, el vendedor habrá novado su deuda”: DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouv. éd., t. 1er., Paris, 1777, liv. IV, tit. III, sect. I, 1, p. 321 y s. Cfr. la cas. de 14 de septiembre de 1927, XXXIV, 336, cuando afirma: “No hay novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior, como ocurre cuando se cambia un documento por otro, por haber variado el objeto o causa de la obligación”.

quiere, de la prestación (PERLINGIERI), lo cual haría pensar en una novación subjetivo-objetiva.

Y como para superar las discusiones y alteraciones del derecho justiniano a propósito de esta especie de novación y resaltar que la novación exige “innovaciones radicales” y no se contenta con “simples modificaciones”, varias normas precisan el alcance de la variación de cantidades o de modalidades, con negación expresa de la novación¹³¹⁰, así: “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 en que ambas obligaciones convienen” (art. 1705 c. c.); “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. Mas, si en caso de infracción es exigible solamente la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva y no a la estipulación penal” (art. 1706 c. c.); “la simple mutación de lugar del pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen” (art. 1707 c. c.); “la mera reducción del plazo tampoco constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado” (art. 1709 c. c.).

594. ampliación del plazo

Una variación modal de la obligación que envuelve una encrucijada, que generalmente se pasa por alto y puede dar lugar a sorpresas ingratas, es “la mera ampliación del plazo de una deuda” (art. 1708 c. c.): “no constituye novación, o sea que la obligación del deudor se conserva¹³¹¹, pero sí 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”¹³¹². La jurisprudencia anota que “la disposición del art. 1709 del c. c. tiene por objeto proteger

¹³¹⁰ “No bastará, pues, la modificación de un punto puramente accesorio de la relación, como la introducción o la eliminación de un término o la fijación de determinadas modalidades de ejecución de la prestación, como p. ej. establecer que el pago se hará por cuotas o mediante el giro de letras, salvo que resulte el propósito de sustituir la obligación cambiaria a la originaria”: BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 172.

¹³¹¹ “El hecho de estipular intereses para el caso de demora en el pago del precio de la compraventa no indica de suyo que las partes tengan la intención manifiesta de modificar la causa de la obligación; y mientras esa causa se observe, no habiendo de otro lado cambio de deudor, ni de acreedor, ni del objeto mismo de la obligación, la novación es legalmente imposible”: cas. de 30 de marzo de 1906, XVIII, 29.

¹³¹² Supóngase que alguien, habiendo constituido hipoteca sobre un inmueble de su propiedad para garantizar una deuda suya, enajena dicho bien. Tiempo después tal deudor se entiende con el acreedor para una ampliación del plazo de la obligación. O, sin más, que alguien constituye hipoteca o prenda sobre bien suyo para garantizar deuda ajena, cuyo deudor obtiene del acreedor ampliación del plazo. ¿Cuántos son los acreedores que desprevenidamente van ampliando el plazo sin imaginar que con esa benevolencia pierden la garantía, al no caer en la cuenta de que para conservarla es menester que el propietario acceda *expresamente* a la ampliación? Cfr. SNG de 16 de octubre de 1930, XXXVIII, 410; 5 de noviembre de 1932, XL, 615; 27 de febrero de 1933, XLI, 282; cas. de 27 de noviembre de 1943, LVI, 308; 17 de junio de 1975, CLI, 141: “La ampliación del plazo de una obligación principal garantizada con hipoteca beneficia al deudor de aquella, pero *perjudica* al dueño de la cosa hipotecada, porque extiende el gravamen por mayor espacio de tiempo que el originalmente fijado. De consiguiente [...] la ampliación del plazo consentida solamente por el acreedor y el deudor de la obligación principal es para el comprador de la cosa hipotecada *res inter alios acta* que jamás podrá perjudicarlo”.

al dueño de la cosa hipotecada de las colisiones entre el acreedor y el deudor, o por lo menos ponerlo a cubierto de la situación indefinida en que quedaría, si a pesar de ser propietario de la finca gravada, estuviera sometido a las estipulaciones posteriores de aquellos, respecto al contrato principal”¹³¹³.

595. requisitos de la novación

La novación es un negocio jurídico: por medio suyo las partes disponen de sus intereses, concretamente de una relación crediticia en curso y de sus nexos venideros. Por lo mismo, han de ser plenamente capaces (arts. 1502 y 1504 c. c.) y tener poder de disposición sobre aquella (art. 1688 c. c.); de ahí también que la eficacia de la novación presuponga la validez, tanto de la relación en curso como del acto novatorio, y pueda resultar ineficaz, tanto por la nulidad, ora del negocio jurídico o de la sentencia fuente de la obligación novada, como por la nulidad del negocio de novación (art. 1689 c. c.). La novación puede ser condicional, tanto porque el negocio jurídico de donde surgió la obligación novada le introdujo a esta condición como porque el negocio novatorio sea condicional; en tales eventos sus efectos extintivos y constitutivos estarán en pendencia hasta cuando se defina la realización o no del hecho futuro e incierto (arts. 1692 y 1710 c. c.).

596. el “animus novandi”

De resultados de la tradición justiniana, aunque atemperada, para que exista novación, además de la inclusión de un elemento estructural nuevo (el *aliquid novi*), que ha de ser real, pues las partes no pueden celebrar una novación sin transformar la relación primera, se exige la presencia inequívoca del *animus novandi* o propósito de las partes de extinguir la primera relación¹³¹⁴, lo que implica una intención concreta, específica de introducir aquella novedad, pues de lo contrario se entenderá que los dos vínculos coexisten en todo aquello en lo que no sean incompatibles (art. 1693 c. c.). Es evidente que la novación consiste en un acuerdo de las partes, con la sola salvedad de la hipótesis de la expromisión, figura en la que la primera obligación se extingue por relevo del deudor con el solo acuerdo entre (tercero) expromitente y acreedor, sin el (*iussum*) concurso del deudor primitivo. La intención de novar, concretada en el *aliquid novi*, se dice que es esencial¹³¹⁵ y no se presume (art. 1273 *code civil fr.*), puede ir en una declaración de las partes, o “aparecer indudablemente, porque la nueva envuelve la extinción de la antigua”¹³¹⁶. En esta locución nada perspicua se pone de relieve el homenaje al voluntarismo y la dificultad de aceptar la sustitución, dadas la depuración de privilegios y las cauciones que la novación trae consigo,

¹³¹³ Cas. de 28 de julio de 1913, XXIII, 105.

¹³¹⁴ “La voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo inequívoco”, advierte el inc. 2.º del art. 1230 *codice civile*. “La novación no se presume; la intención de hacerla debe ser evidente”, prevé el art. 1661 del muy reciente *code civil de Québec*.

¹³¹⁵ “El lazo entre las dos obligaciones es hoy sólo intelectual, pero se convirtió en elemento esencial de la novación: no hay novación si las partes no han tenido la intención de novar”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1213, p. 1244 y s.

¹³¹⁶ “El consentimiento de las partes debe recaer sobre la extinción y la creación. Pero dicho consentimiento existe también cuando las operaciones se realizan separadamente [...] Por lo demás, la Corte de casación deja a los jueces de fondo en plena libertad; ellos pueden fundarse sobre los elementos de la causa para determinar esta intención que, sin embargo, no podría ser deducida de una actitud puramente pasiva”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1213, p. 1245.

pero que con criterio razonable puede incluir hasta la incompatibilidad entre las dos relaciones como santo y seña, diríase, más que de la intención de novar, de la novación misma¹³¹⁷. ¿Cómo interpretar la segunda alternativa de presencia o expresión del *animus novandi*? Para ello es útil complementar los elementos de juicio con el supuesto de hecho del art. 1694: “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”¹³¹⁸.

597. el “animus novandi” en el cambio de deudor

Superpuestos los dos preceptos (arts. 1693 y 1694 c. c.) y cotejados entre sí, la primera conclusión a que se llega es la de que el tratamiento del *animus novandi* se fracciona en dos grupos: uno el de la novación por cambio de deudor y otro el de las restantes clases de novación. Para que la asunción de la deuda por parte del tercero que promete pagar la deuda ajena (se obliga a pagarla) signifique en verdad sustitución, o sea para que haya relevo, *rectius*, liberación del deudor originario, es menester que el acreedor “exprese su voluntad” de soltarlo, pues, caso de faltar “esa expresión”, no se entenderá que queda libre, sino simplemente acompañado por el asumiente. En tanto que para la novación en general basta “que aparezca indudablemente la intención de novar”; que si no aparece así, “se mirarán las dos obligaciones como coexistentes en todo aquello en que la posterior no se opusiere a la primitiva”. Ello implica precisar qué ha de entenderse por “expresar su voluntad”, conforme al art. 1694 y para los menesteres indicados en él, y qué por “aparecer indudablemente la intención de novar”, según el art. 1693 y dentro de su ámbito.

La concepción del sistema de los arts. 1693 y 1694, correspondientes a los arts. 1634 y 1635 del código chileno, se remite a la de los arts. 1274 y 1275 *code civil fr.* que, dentro de la línea del derecho justiniano, textualmente prevén: “La novación no se presume; es necesario que la voluntad de hacerla resulte claramente del acto”¹³¹⁹; “... no [se] produce novación, si el acreedor no ha *declarado expresamente* que entiende liberar a su deudor...”, anotación cuya razón de ser ya había anticipado el art. 1693: “porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua”. De más está indicar que, si bien el texto del art. 1694 no se puede ni debe tomar en forma absoluta, de modo de exigir palabras sacramentales, tampoco es posible desentenderse de su redacción y del contraste con la posición adoptada

¹³¹⁷ “En los casos en que las partes no declaren en ninguna forma que hacen novación, pero aparece esa intención indudable en el nuevo contrato, porque la nueva obligación envuelve necesariamente la extinción de la antigua a tal punto que las dos obligaciones no pueden coexistir conjuntamente, hay novación. Así lo declara terminantemente el art. 1693, en homenaje a la voluntad de las partes que en nuestra legislación civil es la suprema ley de sus convenciones [...] Mas en tal caso esa intención debe haberse manifestado por signos inequívocos, como haciéndose incompatibles las dos obligaciones, de tal manera que se vea de modo indudable que la segunda obligación fue creada con el ánimo de cancelar la primera, y no simplemente de modificarla o adicionarla”: cas. de 3 de marzo de 1938, XLVI, 122.

¹³¹⁸ “Pero ‘resultar de modo no equivoco’ [que es la locución empleada por el art. 1230 [2] *codice civile* [art. 1693 c. c.] no significa que la dicha voluntad (el llamado *animus novandi*) debe ser siempre y necesariamente expresa. Se trata, de todos modos, de una *quaestio voluntatis*, que habrá de resolver el juez teniendo presente los criterios establecidos por la norma, salvo, obviamente, que las partes hayan declarado explícitamente querer extinguir la relación precedente, de lo cual no podrá prescindir el juez”: BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 173.

¹³¹⁹ “El *code civil* se muestra más exigente en cuanto a la prueba del ‘animus novandi’ en la delegación que en la novación: mientras que en la novación basta que la intención de novar resulte claramente de las circunstancias del acto, el art. 1275 impone una *declaración expresa* del acreedor delegatario”.

por el art. 1693¹³²⁰. Y, por lo mismo, el juzgador no podrá aceptar la presencia de novación sino delante de una expresión liberatoria de parte del acreedor¹³²¹. Allí no cabe inferir el *animus novandi* o *liberandi* de indicios, y menos de alguna afirmada incompatibilidad entre las dos obligaciones, por cuanto con la misma el tercero puede colocarse en lugar del deudor o como codeudor¹³²², pero sí la posibilidad de que el juez llegue a la convicción de la presencia de una conducta concluyente liberatoria de parte del acreedor¹³²³. Mientras que en los casos restantes el juzgador puede desenvolverse con mayor autonomía, y a más de estar habilitado para deducir aquella intención de comportamientos antecedentes, concomitantes y aun posteriores al negocio de novación (art. 1622 c. c.), tiene atribución para declarar que hubo novación, cuando encuentre incompatibilidad entre la relación original y la nueva, en todo aquello en que esta “se oponga” a aquella. Lo cual más que un rastreo y hallazgo de un supuesto *animus novandi*, implica una superposición de dos plantillas y la eliminación de todo aquello en que se excluyen¹³²⁴.

En cuanto a las relaciones entre delegante y delegado, delegante y delegatario y delegado y delegatario resultantes de la novación subjetiva pasiva, se hace la observación de que el tema fue ya tratado dentro del capítulo de asunción de deuda, al cual se reenvía.

598. extinción y reserva de las garantías

¹³²⁰ POTHIER. *Traité des obligations*, cit., n.º 594, refiriéndose a la constitución de JUSTINIANO, según la cual “esta voluntad de hacer la novación debe ser expresamente declarada”, dice que “la razón de esta ley se funda en que no debe fácilmente creerse de persona alguna el que abdique los derechos que le pertenezcan. Esto porque conteniendo la novación una abdicación que el acreedor hace del primer crédito, al que se sustituye el segundo, esta novación no debe fácilmente presumirse, así es necesario que las partes se expliquen acerca de la misma”. Y agrega: “Nosotros no hemos adherido en nuestra jurisprudencia, de una manera tan literal a esta ley, que sea necesario siempre que el acreedor declare en términos precisos y formales, que entiende hacer novación: basta que de cualquier manera que sea su voluntad de hacer la novación aparezca tan evidente que no pueda revocarse ni ponerse en duda”. Pero, como se anotó, el código francés, y tras de él el chileno y el colombiano, distinguen a propósito de la manifestación del *animus novandi* entre la novación subjetiva pasiva y las demás novaciones.

¹³²¹ Por lo demás, ordenamientos que acogen la figura de la asunción (liberatoria) de deuda, como el *codice civile*, son igualmente exigentes, si no más, en lo que respecta a la actitud del acreedor: “... El deudor originario no se libera de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente liberarlo”: art. 1268. FUEYO LANERI. *Derecho civil*, IV, *De las obligaciones*, II, cit., n.º 563, p. 143, sostiene que “[e]n la novación por cambio de deudor, se admite sólo la forma expresa de darse el consentimiento por el acreedor que libera al primitivo del deudor. Se excluye, en este caso, la intención callada o tácita. Por lo mismo que la intención de novar, tratándose de novación por cambio de deudor, no puede deducirse del acto, y resulta erróneo sostener que es susceptible de probarse por todos los medios establecidos por la ley”.

¹³²² “Aquí la exigencia se encuentra reforzada. El *animus novandi* debe ser expresamente declarado. ¿Se trata de una simple alternativa de redacción de una condición idéntica o de una diferencia real de intensidad? La cuestión sigue siendo controvertida. Según la opinión predominante, la exigencia de una declaración expresa va más allá de la de una manifestación clara de voluntad. Si bien la jurisprudencia se atiene al texto, es, sin embargo, difícil pretender y más aún demostrar que en verdad le da a las dos expresiones un alcance diferente. Ninguna sentencia parece haber rechazado una calificación de delegación perfecta so pretexto de que la voluntad de novar habiendo sido clara y cierta, no había sido expresa”: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. *Droit civil, Obligations*, 5.ª ed., Paris, 1993, n.º 1353. “Ciertamente es, en tesis general, que las obligaciones, y, especialmente las que se crean *intuitu personae*, no pueden cederse sin el consentimiento de la parte en cuyo favor se contrajeron. Es la falta de consentimiento de esta parte lo que hace ineficaz la cesión. Pero no se necesita que ese consentimiento sea expreso. Puede este ser tácito y nada se opone, en este caso, a que se convalide la cesión así efectuada, siempre que no exista prohibición expresa de la ley [...] Debe entenderse entonces que el acreedor ha aceptado la sustitución o cambio de la persona de su deudor por la de otro a quien aquel transpasó sus obligaciones”: SNG de 15 de junio de 1943, LV, 718.

¹³²³ Así cas. 16 de marzo de 2001, exp. 5715.

¹³²⁴ “Ninguna formulación expresa se exige y, menos aún, el empleo de palabras sacramentales [...] Por lo demás, basta que la intención de novar ‘resulte’ del acto, sin que sea necesario que haya sido formalmente expresada. Una intención tácita sería, pues, considerada suficiente, siempre que sea cierta. La prueba puede encontrarse no solamente en el análisis de un texto del acto, sino también en el contexto. Puede resultar ‘de hechos y actos ocurridos entre las partes’. La hipótesis extrema de una intención puramente tácita y, sin embargo, cierta de novación es la de la incompatibilidad entre las dos obligaciones sucesivas”: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. *Droit civil, Obligations*, cit., n.º 1334.

El efecto reflejo más significativo y matizado de la novación, en cuanto modo de extinción de las obligaciones, es la desaparición de los privilegios y la cancelación de las garantías, tanto personales (art. 1704 c. c.) como reales (arts. 1700 y 1701 [1] c. c.) que respaldaban a la obligación originaria; solo que, sobre la base de ciertos requisitos y con ciertas limitaciones, puede darse la figura de la *reserva de cauciones* (arts. 1701 y ss. c. c.).

En lo que hace a las garantías reales, para que las prendas e hipotecas que aseguraban a la primera obligación se mantengan y se trasladen a la segunda, es menester que en ello consientan los titulares del dominio de los respectivos bienes, sean estos de propiedad del deudor o de un tercero, inicial o sobrevenido¹³²⁵. La garantía real expone al “poseedor” actual del bien gravado a la acción persecutoria del acreedor ante el incumplimiento del deudor y, por lo mismo, ese titular del dominio de la cosa pignorada o hipotecada, conforme al derecho nacional, es el único legitimado para mantener el gravamen en respaldo de la nueva deuda, lo que puede hacer a su guisa, pero “conviniendo expresamente en la reserva” (art. 1701 [1 y 2] c. c.)¹³²⁶. Ahora bien, como se trata de una *reserva*, o sea de una conservación de lo que está, la decisión de continuar no se encuentra sujeta a las solemnidades y demás requisitos del acto constitutivo, pero sí tiene de suyo un límite cuantitativo: no puede ir más allá del valor de la primera deuda; en todo aquello en que la rebase ya no sería reserva sino adición, esto es, una nueva garantía, o sea que el asentimiento del dueño implicaría, en caso de que la segunda obligación valga más que la primera, reserva hasta concurrencia del valor de esta y nuevo gravamen, que ha de constituirse *ex novo* (art. 1703 c. c.), por el excedente, lo cual es fundamental para los efectos de los grados y prelaciones (art. 2499 c. c.).

La ley trae una prohibición de reservar las garantías reales constituidas sobre sus bienes por quien luego asume la deuda que había garantizado (art. 1702 [1] c. c.). ¿Cuál el significado del precepto y cuál su alcance? “Si la novación opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor ni aun con su consentimiento”, es una redacción que excluye, sin más, la reserva del garante convertido en deudor. No de otro modo podría entenderse. Por lo demás, corresponde al texto del art. 1279 *code civil fr.*: “Cuando la novación opera por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no pueden pasar sobre los bienes del nuevo deudor”. Precepto este que fue modificado por el art. 46 de la Ley 71-579 de 16 de julio de 1971, que es de este tenor: “Los privilegios e hipotecas primitivos del crédito pueden ser reservados, con el consentimiento de los propietarios de los bienes gravados, para la garantía de la ejecución del compromiso del nuevo deudor”. Sólo que lo primero que ha de advertirse en el parangón entre estas normas es que, mientras que en el art. 1279 *code civil fr.*, lo que no se puede hacer es “*pasar* los privilegios e hipotecas primitivos sobre los

¹³²⁵ El art. 1278 *code civil fr.* dispone: “Los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pasan al que lo ha sustituido, a menos que el acreedor los haya expresamente reservado”, con una redacción que da lugar a discusión acerca de si para hacer la reserva es menester o no el consentimiento del titular actual del dominio del bien gravado, pues con la misma, de ella se sigue la necesidad de él, o que el acreedor bien puede disponer la reserva, sin que el tercero detentador del bien sea oído a reclamar que “la reserva de la antigua hipoteca equivaldría a la constitución de una nueva”: “porque si el deudor no puede constituir una hipoteca nueva en perjuicio de un tercero detentador, tampoco puede constituir una hipoteca nueva en perjuicio de un acreedor hipotecario anterior. Ni para los unos ni para el otro, la reserva debe considerarse como constitución de una nueva hipoteca”: DEMOLOMBE. *Traité des contrats: ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1880, n.º 350, p. 247 y s.

¹³²⁶ De nuevo la norma emplea, en forma repetida, el adverbio “expresamente”, a cuya interpretación son aplicables las reflexiones hechas a propósito del *animus novandi*.

bienes del nuevo deudor”¹³²⁷, en el art. 1702 [1] c. c. lo que no puede tener efecto es “la reserva sobre los bienes del nuevo deudor”, en tanto que el 46 de la Ley 579 (francesa) autoriza la reserva de los bienes hipotecados con el consentimiento de sus respectivos propietarios. Aclaración indispensable para rehusar una explicación simplista del precepto nacional y entender qué fue lo ocurrido¹³²⁸. En efecto, no es aceptable tomarlo como impedimento de traslado de la hipoteca del bien del deudor primitivo a un bien del nuevo deudor, lo cual sería ciertamente necio y absurdo, pues la norma no habla de “pasar”, sino de “reservar”, lo cual hace concluir que el reproche de innecesario le cabría al artículo francés, en tanto que al latinoamericano se le puede endilgar el de incorporación infortunada del texto extranjero.

Y en lo tocante con las garantías personales, solidarias o subsidiarias (codeudores, fiadores simples o solidarios), tales garantes son libres de continuar dando su respaldo, ahora al nuevo deudor, en las mismas condiciones o en otras, a discreción de ellos (arts. 1704 y 1702 [2] c. c.). Con la precisión de que “si el acreedor ha consentido en la nueva obligación bajo condición de que accediesen a ella los codeudores solidarios o subsidiarios, y los codeudores no accedieren, la novación se tendrá por no hecha” (condición suspensiva, art. 1710 c. c.).

Lo que no es susceptible de reserva son los privilegios, dado que, como causas de preferencia, son inherentes al crédito (art. 2493 c. c.). Al extinguirse la relación correspondiente, desaparecen irremisiblemente, dado su origen legal y no convencional, como es el caso de las garantías¹³²⁹.

599. conclusiones

¹³²⁷ “El art. 1279, que regula la expromisión, no decide, en lo que a ella concierne, sino una sola cuestión, que no es otra sino que: ‘Cuando la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no pueden pasar sobre los bienes del nuevo deudor’. Y lo que resulta de dicho texto es únicamente, que yo no podría, ni aun con el consentimiento de *Secundus*, trasladar, sobre su inmueble, en 1873, con fecha de 1870, retroactivamente, la hipoteca que *Primus* constituyó sobre su inmueble en esa fecha en favor mío. Verdad de una evidencia tal, que parece ingenua. No, por cierto, yo no lo podría hacer, porque a ello se resiste íntegro el mecanismo de nuestro régimen hipotecario. ¿Si lo pudiera hacer, en qué quedarían la seguridad de los terceros y la buena fe de las convenciones, y el crédito? Yo no lo podría hacer, entiéndase bien, en perjuicio del tercero poseedor al que en el intervalo de 1870 a 1873, *Secundus* le hubiera vendido su inmueble libre de hipotecas. Y, por el mismo motivo, no lo podría hacer en perjuicio de los acreedores que, en dicho intervalo hubieran adquirido una hipoteca sobre el inmueble [...] irrevocablemente adquirida en su fecha y en su rango. Es que no se trata, entonces, de *reservar* una hipoteca antigua ya adquirida; sino que se trata de *constituir* sobre el nuevo deudor una hipoteca nueva, que no podría tener sobre su inmueble, ni existencia ni rango sino desde el día de su constitución y de su inscripción”: DEMOLOMBE. *Traité des contrats*, cit., n.º 352, p. 250 y s. Entonces, bien se advierte que el inc. 1.º del art. 1702 c. c. no es innecesario, sino carente de sentido, por lo mismo que no se concibe razón alguna para impedir que el tercero garante no pueda reservar la garantía para la segunda obligación, simplemente porque en esta es deudor. Lo que mueve a tomarlo en el sentido diáfano del art. 1701 c. c., que es el mismo de la ley francesa de 1971.

¹³²⁸ Para CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, VI, cit., n.º 1736, el precepto implicaría un contrasentido: “Esta disposición era innecesaria. La prenda, como la hipoteca, se relacionan con los bienes en que se constituyen [...] ¿cómo podrían reservarse prendas e hipotecas en bienes que no han estado gravados con ellas? Si el primitivo deudor tenía constituida hipoteca en su fundo para garantizar la deuda que se nova, esta hipoteca no puede reservarse en el fundo que puede tener el segundo deudor; sólo podría constituirse en este fundo una hipoteca nueva que tendría el rango y derecho prelativo que le correspondiera, y que tendría que ser constituida con los requisitos legales. Por eso dice la ley que no se puede hacer reserva de las hipotecas o prendas en los bienes del nuevo deudor ni aun con su consentimiento, no puede haber traslación a los bienes del nuevo deudor de las prendas o hipotecas que afectan bienes del deudor primitivo; lo único posible es la constitución de estas garantías”. Y por el mismo camino, OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, 6.ª ed., cit., n.º 666: p. 419. Lo que resulta difícil es imaginar que quien o quienes redactaron esta norma hubieran caído en el absurdo de imaginar la reserva de una caución no constituida, y el caso es que tal inciso primero no aparece en los sucesivos proyectos del señor BELLO del que llegó a ser art. 1643, circunscritos al tema de la novación entre el acreedor y uno de los varios deudores solidarios. Cfr. *Obras completas de Andrés Bello, Código civil de la República de Chile*, I, Caracas, 1955, p. 527 y s.

¹³²⁹ Así, ABELIUK. *Las obligaciones*, II, cit., n.º 1115, p. 910.

La visión histórico-comparatista de la novación y el examen del estado actual de la normatividad ponen de presente un rumbo inequívoco en la evolución de la figura. La novación subjetiva es una figura superada; la activa, por ausencia de razón de ser teórica y práctica; la pasiva, por su sustitución por otra institución de diámetro mayor y de disciplina más variada y precisa. Sin embargo, esta última, con arreglo a la normatividad vigente, es el punto de apoyo indispensable para la organización y el funcionamiento de la delegación (perfecta e imperfecta¹³³⁰), la expromisión y la adpromisión, mediante la intervención complementadora y aun creadora de la jurisprudencia. En cambio, la novación objetiva conserva su entidad propia y su valor, en términos que permiten captar mejor la naturaleza y la función de la verdadera novación, como un negocio de segundo grado, o sea un mecanismo que se apoya en una relación precedente, se inserta en ella y la transforma, para realizar un interés jurídico diferente del anterior. En tal sentido es un negocio con esa función típica, y el propósito de las partes correspondiente a ella no es el de extinguir, cuanto el de modificar, innovar; de ahí que la extinción se produzca mediante sustitución de la primera relación por la segunda, para la cual es menester la novedad. Las partes no pueden novar sin innovar, como tampoco pueden innovar sin que el resultado no sea novatorio. La novación implica, claro está, una economía al fundir en un solo negocio los resultados que de otra manera supondrían la celebración de dos, el extintivo y el constitutivo; pero ello presupone el recorrido cabal de su definición por parte de los sujetos de la relación jurídica. “La novación es un contrato solutivo a título oneroso, que no comporta satisfacción del interés originario del acreedor, ni de un interés sucedáneo, sino la transformación de la relación obligatoria primitiva en otra relación. Su causa es el interés en la sustitución”. Vistas así las cosas se comprende mejor el por qué de muchas de sus exigencias y de los giros de la disciplina, y cómo y por qué la novación puede estar presente para la realización de efectos de otras figuras, como algunas variedades de la prestación en lugar de cumplimiento (supra n.º 573 y ss.) o de la transacción (transacción novatoria típica y atípica) (infra n.º 610).

capítulo segundo La transacción

600. la transacción*

¹³³⁰ ³/D □ GHOSHDEB *perfecta* presupone, de una parte, que el delegante sea deudor del delegatario, y de otra parte, que el delegatario acepte extinguir su crédito contra el delegante, para sustituirlo por aquel a que la delegación da origen a favor suyo y en contra del delegado [...] Se dice que la delegación es *imperfecta*, cuando falta una de esas dos condiciones: o bien el delegante no era deudor del delegatario, o bien el delegatario no consiente en la novación: quiere conservar su crédito contra el delegante [...] *Para determinar si la delegación es perfecta o imperfecta, se busca únicamente establecer si la delegación ha implicado novación por cambio de deudor* □ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1238, p. 1259. Cfr. STARCK, ROLAND et BOYER. *Obligations*, 2, cit., n.º 1939 y ss., p. 689 y s.

* Cfr. AA. VV. *La transazione nella prassi interna e internazionale*, a cura di M. ANDREOLI, Padova, 2000; A. BUTTERA. *Delle transazioni*, Torino, 1933; E. VALSECCHI. *Gioco e scommessa. Transazione*, en *Tratato di dir. civ. e comm.* dir. da CICU e MESSINEO, Milano, 1954; F. CAPRESI. *La transazione*, en *Trattato di dir. civ. it.*, dir. da F. VASSALLI, 2.ª ed., Torino, 1956; E. DEL PRATO. *La transazione*, reimpr., Milano, 1992; ID. *Transazione, diritto privato*, en EdD., XLIV, Milano, 1992; P. D'ONOFRIO. *Della transazione*, 2.ª ed., en *Commentario del codice civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974; G. GITTI. *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; F. HINESTROSA. *La transacción*, en *Rev. Colegio Mayor N. S. del Rosario*, n.º 467, Bogotá, 1964, ahora en *Escritos varios*, Bogotá, 1983; G. MELILLO. *Transazione diritto romano*, en EdD., XLIV, Milano, 1992; F. NAVIA ARROYO. “La cláusula penal en la transacción”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 485 a 516. A. M. PALMIERI. *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000; F. PANUCCIO-DATTOLA. *La transazione novativa*, Milano, 1996; E. ROTONDI. *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, 1993; F. SANTORO-PASSARELLI. *La transazione*,

Incluida la transacción dentro de los modos de extinguirse la obligación en el art. 1625, el código civil la disciplina como un contrato más (tít. 39, lib. 4.º), a partir de su definición como aquél “en el que las partes terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (art. 2469). La transacción es un arreglo amigable de conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella¹³³¹. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda¹³³².

Luego de esta presentación sumaria, es de rigor analizar la naturaleza genuina del acto de transigir, tomado en sí y observando sus proyecciones tanto de derecho sustancial como procesales (cap. I, tít. XVII, secc. 5.ª, lib. 2.º, c. de p. c.)¹³³³, teniendo presente que acá se examina la figura en cuanto eventualmente puede acarrear la extinción de obligaciones, sin perder de vista, o más propiamente, teniendo bien presente, que la función propia de dicha figura, la que la individualiza, es la eliminación de un litigio por las propias partes contendientes, por medio de concesiones recíprocas, o sea que, en lo que acá interesa, simplemente se tiene en cuenta el hecho de que al resolver las partes por ese medio su disputa, puede resultar extinguida una relación crediticio-obligatoria pendiente o vigente entre ellas. Lo cual implica señalar que, a diferencia de los más de los modos de extinción de las obligaciones, que son negocios, actos o hechos cuya característica y función exclusiva es precisamente esa, la función propia de la transacción es la de eliminar un litigio¹³³⁴, sólo que, eventualmente, por esa vía puede resultar extinguida una obligación. En otras palabras, la función propia, característica (¿causa?) de la transacción es componer una *litis*, no extinguir obligaciones; este cometido es puramente eventual y, si se quiere, marginal.

601. formas de solución del litigio

Apenas hay para qué anotar, en este terreno, que la disputa que enfrenta a las partes puede ser zanjada por un tercero, que proceda *super partes*, sea como soberano con esas atribuciones (autoridad jurisdiccional, sentencia) o como particular (uno o plural) investido por los litigantes de poder al efecto (cláusula compromisoria, compromiso), para decidir como árbitro propiamente dicho (laudo) o como componedor (transacción); que también

Napoli, 1958; 2.ª ed., reimpr. Napoli, 1986; F. TREGGIARI. *Transazione, diritto intermedio*, en Edd., XLIV, Milano, 1992; VALDÉS-SÁNCHEZ. *La transacción*, Bogotá, 1997; E. VALSECCHI. *Ancora sulla natura della transazione*, en *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, vol. III, Bologna, 1953.

¹³³¹ “La transacción es una convención entre dos o más personas, que, para prevenir o terminar un proceso, zanan su diferendo por las buenas, de la manera que convienen; y que cada una de ellas prefiere a la esperanza de ganar, unida al riesgo de perder”: DOMAT. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., liv. I, tit. XIII, sect. I, I, p. 146.

¹³³² Cfr. cas. de 3 de marzo de 1938, XLVI, 120; 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y s.

¹³³³ El sustantivo “transacción” es de los más empleados en los distintos lenguajes, lo mismo que la acción de “transigir”, correctamente así expresada, y más en el barbarismo *transar*, tan extendido entre nosotros, que ya el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia, en su 22.ª ed., Madrid, 1992 (p. 1424) lo incorporó a su acervo como “americanismo”: transigir, ceder, llegar a una transacción o acuerdo”. Sin descontar que entre comerciantes y, en especial, en operaciones de bolsa de valores, “transar” quiere decir negociar o, mejor, comprar-vender, y a la vez, poniendo de relieve que el “redescubrimiento” de las “soluciones alternativas de los litigios” (conciliación ante todo), ha resaltado la importancia del acuerdo entre los contendores como modo sempiterno y óptimo de alcanzar la concordia entre ellos.

¹³³⁴ La *transactio* como *remedium finiendarum litium*.

puede eliminarse mediante desistimiento del demandante (art. 342 c. de p. c.) o allanamiento del demandado (art. 93 c. de p. c.); y en fin, que su solución puede ser obra de las mismas partes por sus propias manos: conciliación, transacción¹³³⁵. Instrumentos todos ellos con eficacia dirimente definitiva del litigio y fuerza de cosa juzgada (art. 332 c. de p. c.), que impide el sometimiento ulterior de la misma contención al juicio de autoridad jurisdiccional o arbitral. Con la anotación de que, mientras que la sentencia y el laudo definen la controversia en derecho, con valoración de los hechos y de las pruebas e interpretación y aplicación de las normas pertinentes (art. 304 c. de p. c.), salvo que hayan de proferirse en conciencia, en el desistimiento, el allanamiento, y sobre todo, en la conciliación y la transacción, las consideraciones son económicas y políticas, antes que jurídicas, que simplemente influirán en cuanto al cálculo de probabilidades de una determinada decisión.

602. caracteres de la transacción

Así, dentro del concepto general de transacción sobresale el mecanismo mediante el cual se llega al acuerdo, que, a la vez, es un incentivo para alcanzarlo: la reciprocidad de concesiones (la composición sobre la base de atemperar la ambición, si que también la ilusión). De ahí la exclusión del “acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”, formulada por el inciso segundo del art. 2469 c. c.¹³³⁶. El concepto de transacción se configura, pues, con la presencia de una *litis*¹³³⁷: esto es, un conflicto de intereses, y más propiamente aún, un conflicto de pretensiones, en curso o en ciernes¹³³⁸, y su eliminación por medio de concesiones recíprocas, consistentes en la abdicación de pretensión y su rechazo¹³³⁹. Y pueden circunscribirse al objeto de la *litis*, al igual que por medio suyo “se pueden crear, modificar o extinguir también relaciones jurídicas distintas de aquella que constituye el objeto de la pretensión y de la negación de ella” (art. 1965 [2] *codice civile*). Todo queda confiado a la iniciativa de las partes, que puede desembocar en una transacción simple, en una transacción novatoria típica o en una transacción novatoria atípica. Figuras estas últimas complejas, en las que en razón del acuerdo extintivo de la *litis*, o mejor, para poder llegar a él, las partes se proyectan hacia el futuro mediante la creación de relaciones nuevas, ajenas a la disputa superada.

La transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente

¹³³⁵ Cfr. cas. de 14 de diciembre de 1954, LXXIX, 267. “No se la debe confundir con figuras afines”: cas. de 6 de mayo de 1966, CXVI, 95 y s.

¹³³⁶ (V □ HO □ FRQFHSWR □ TXH □ UH □ XPD □ GH □ OD □ H □ SUHVLyQ □ □ 1R □ KD □ G □ UD □ YD □ R □ F □ Y □ Q □ H □ Q □ VD □ Q □ R □ XH □ □ Q □ RD □ HW □ E □ □ GH □ C □
Constitutio de 294 d. C. (*Codex Just.* 2, 4, 38).

¹³³⁷ Litis o litigio, en su sentido jurídico, técnico procesal, de conflicto de intereses, contención cuya naturaleza ha permitido o permitirá someterla a decisión de juez o de árbitro, consistente, en últimas, en que una parte afirma un derecho propio, que la otra niega, o al que contrapone uno suyo excluyente y, obviamente, que no ha sido resuelta aún en definitiva: *res dubia, litis incerta*, y no *res iudicata*: “El que transige, transige como sobre cosa dudosa y pleito incierto y no acabado”: ULPiano. D. 2, 15, 1.

¹³³⁸ “Contemplatione litis vel praesentis vel imminentis”.

¹³³⁹ POTHIER. *Le Pandette di Giustiniano*, versione italiana, vol. I, lib. II, tit. XV, art. I (II y III), Venezia, 1824, p. 241, afirma: “La transacción es una convención en la que se da o se promete o se retiene una cosa a fin de extinguir una litis ya promovida o por promover. Es, pues, diferente del pacto a título de donación; puesto que quien transige lo hace sobre una cosa dudosa, sobre una litis incierta y no concluida, y quien pacta a título de donación, cede por liberalidad una cosa determinada y cierta. Dos son, entonces, los requisitos de la transacción: I. Que alguna cosa sea dada, retenida o prometida. II. Que lo que se da, retiene o promete lo sea a fin de extinguir una litis”.

incertidumbre¹³⁴⁰. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva, en rigor, exclusivamente preclusiva.

Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente, y su eficacia definitiva. La transacción es una convención o acuerdo, pero no un contrato¹³⁴¹. Dentro de la tradición francesa (art. 1101 *code civil*), el contrato es convención generadora de obligaciones: esta es su función exclusiva (arts. 1494 y 1495 c. c.)¹³⁴². Por lo mismo, las convenciones o acuerdos cuya función o cuyos efectos son otros: modificar, extinguir o refrendar cualesquiera relaciones jurídicas, entre ellas las obligacionales, no son “contratos”¹³⁴³, y de ahí la impropiedad que se le anota al código civil al calificar de “contrato”¹³⁴⁴ a una convención eliminadora de litigios y eventualmente de obligaciones¹³⁴⁵.

En la jurisprudencia nacional se ha dicho y se repite como estribillo que la transacción es un contrato bilateral, oneroso¹³⁴⁶ y consensual, salvo en cuanto se refiera a inmuebles¹³⁴⁷. ¿Contrato bilateral? ¿Es que acaso de la transacción pura nacen de por sí obligaciones correlativas? Ciertamente, no. ¿Oneroso? ¿Dónde están las cargas? “Si la base de la

¹³⁴⁰ La incertidumbre (*Ungewissheit*) es el presupuesto básico de la transacción para la pandectística, vertido en el § 779 BGB que define la transacción (*Vergleich*) como “un contrato por el cual las partes eliminan una contención o una incertidumbre acerca de una relación jurídica, mediante concesiones recíprocas...”, y agrega que “[a] la incertidumbre sobre una relación jurídica equivale la inseguridad sobre la efectividad de una pretensión”, dentro de una óptica más amplia enderezada a ver la transacción como un negocio de “acertamiento” (*Sicherungsvertrag*).

¹³⁴¹ Llama la atención la sacramentalidad que ha adquirido en el lenguaje de los operadores jurídicos la expresión “contrato de transacción”: no se habla de “transacción” a secas, sino de *contrato de transacción*; a más de que se le presenta como una categoría contrapuesta a la conciliación. Por ello, valga anotar que la conciliación es la eliminación del conflicto –como quiera que sea– por las propias partes mediante su acuerdo; sea mediante concesiones mutuas –que es lo más frecuente, sea por medio de renuncia o abdicación unilateral de una de ellas, y al margen de si alcanzaron ese acuerdo solas o con la intermediación de un tercero, antes del proceso o durante él, en la oportunidad señalada en el ordenamiento procesal para provocarlo o en otro momento. Y que la transacción es la terminación del conflicto mediante concesiones mutuas, lo cual lleva a colocarla como una de las especies del género conciliación. “Esta definición [la del art. 2469 c. c.] ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque, de una parte, le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado no alude a las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo distingue de otras figuras afines [...] Teniendo en cuenta sus elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven uno eventual”: cas. de 6 de mayo de 1966, CXVI, 97.

¹³⁴² “Duorum vel plurium in idem placitum consensu animo contrahendae obligationis”.

¹³⁴³ El código de comercio, en su adhesión al código italiano de 1942, copió literalmente en su art. 864 la “noción” de contrato del art. 1321 *codice civile*: “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Sin embargo, valga anotar que el contrato comercial por antonomasia es el “obligatorio” y que los restantes son entidades del todo marginales.

¹³⁴⁴ Igual el art. 2044 *code civil fr.* y el § 779 BGB.

¹³⁴⁵ En cuanto a la evolución del calificativo, valga observar que en el derecho romano la *transactio* surgió como una *conventio*, negocio jurídico, no contrato, subsumida luego en el *pactum* y la *stipulatio Aquiliana*, con efectos novatorios (D. 2, 15, 4), por cuya vía vino a ser clasificada como “contrato innominado”, o sea al margen del *contractus*, como una *conventio* irrevocable, cuya causa consistía en cancelar una situación de incertidumbre. Con problemas en su proyección procesal, en cuanto a la no accionabilidad del acuerdo y la exigencia de *aliquid dare/aliquid retinere*, su atención desembocó en la aproximación a la figura a los llamados *contractus sine nomine*, como convención sinalagmática, a fin de obviar aquella limitación. Atenuada posteriormente la contraposición entre pactos y contratos, a la transacción se la ubica dentro de los contratos innominados a fin de otorgarle tutela procesal (*solummodo defensionem et non actionem; simplex et nuda transactio actionem non praestat* [...]) *exceptionem tamen parit*), cuya causa sería la renuncia a la litis, sin dejar de lado la “correlatividad”, vista en la reciprocidad de concesiones. Cfr. MELILLO. *Transazione, dir. romano*, cit., n.º 7 a 10; TREGGIARI. *Transazione, dir. intermedio*, cit., n.º 4 y ss.

¹³⁴⁶ En cas. de 17 de febrero de 1958, LXXXVII, 54, la Corte dijo que “el ser oneroso es característica esencial de la transacción”.

¹³⁴⁷ Así, cas. de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y s.; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268 y s.; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 31 de julio de 1953, LXXV, 661 y ss.; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135; 25 de junio de 1992 CCXVI, 629.

transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, este sí requisito fundamental, y si la situación es realmente incierta, que ese es el supuesto (art. 2487 c. c.), ¿cuál de las partes o qué extraño estará en condiciones de determinar qué se tenía y cuánto se cedió? [...] Se cede en una pretensión, no en un derecho, se fijan los linderos económicos, pero no se realiza una atribución patrimonial; así, la consecuencia práctica es la reglamentación de la relación debatida”¹³⁴⁸.

603. la reciprocidad de concesiones

La transacción es un negocio dispositivo: ante todo se dispone de la *litis*, cancelándola, es decir, que en ella las partes disponen de sus posiciones contrapuestas, con abdicación de pretensiones, mediante concesiones mutuas y regulación de intereses: los que están en juego en el litigio presente o por venir (transacción simple o pura), y eventualmente de otros (transacción mixta) (SANTORO-PASSARELLI). Desde un principio la exigencia del *aliquid dare/aliquid retinere* –hasta dónde uno de los fundamentos de la eficacia procesal de la figura– ha generado perplejidades y controversias relativas al carácter oneroso de la transacción y a su “correlatividad”. En aras de clarificar el punto, es útil repetir que por medio de ella las partes dirimen un litigio, para lo cual, por así decirlo, el punto de partida es el abandono de su intransigencia, esto es, el dejar de lado la afirmación enfática de derechos incompatibles entre sí o de un derecho y de su rechazo; en otros términos, las partes hacen dejación de sus pretensiones. Se dice que, a diferencia de lo que ocurre en el desistimiento y el allanamiento, en donde el sujeto procede así sin recibir ni retener nada a cambio (ninguna “contraprestación”), en la transacción, onerosa de por sí, hay retribución, consistente en la reciprocidad de las concesiones.

Esta presentación, por lo demás aceptada sin reservas por la doctrina mayoritaria¹³⁴⁹, y que desemboca en el aserto de que la transacción es un “contrato oneroso y bilateral” (sinalagmático-bilateral) me parece equívoca y errada. Una cosa es que la operación sea bilateral en el sentido de la dualidad de partes (convención), y otra que lo sea en el sentido de que en ella haya o, más todavía, que sea menester correlatividad de prestaciones (“contrato bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”: art. 1496 c. c.). Para comenzar, la transacción (pura o simple) no es ni puede ser fuente de obligaciones; termina litigios, eventualmente extingue obligaciones, pero no las crea. Si dentro de un acto complejo, a propósito de una transacción, dentro de la iniciativa privada y el juego de la imaginación de las partes, estas se obligan unilateral o correlativamente (transacción mixta), se tendría allí una novación adosada a la transacción (transacción novatoria, típica o atípica). A ello ha de agregarse que el intento de ver en la renuncia a la pretensión una prestación de hacer, a cambio de cuya ejecución la otra parte daba o se obligaba a dar algo, dentro del esquema del *facio ut des* de los contratos innominados, aquí *a lite discendo ut des X*, en el apremio de otorgarle eficacia procesal al pacto¹³⁵⁰, no pasó de ser un expediente sutil y útil con esa finalidad de hacer “obligatoria” la convención, en el sentido de otorgarle firmeza a la eliminación del litigio y acción al desistente para obtener lo prometido a él por su contraparte.

¹³⁴⁸ HINESTROSA. *La transacción*, cit., p. 375.

¹³⁴⁹ Cfr. CARRESI. *La transazione*, cit., n.º 37 y ss.; SANTORO-PASSARELLI. *La transazione*, 2.ª ed., reimpr., cit., n.º 24 y s.

¹³⁵⁰ Así, las doctrinas de los Glosadores (ROGERIO, PIACENTINO y, sobre todo, BULGARO); cfr. TREGGIARI. *Transazione, diritto intermedio*, cit., n.º 5.

“Al disponer de la pretensión y de su rechazo, las partes disponen de la relación sustancial sobre la cual recae la controversia”, y lo hacen componiéndose: distribuyéndose entre ellas el objeto, en la proporción correspondiente a sus cálculos de probabilidades de éxito y de fuerzas, como por ejemplo reduciendo la pretensión crediticia o real, de modo que cada cual quede con una parte del objeto disputado; o prescindiendo una de su pretensión, a tiempo que recibe de la otra, que retiene dicho objeto o se libera de la eventualidad de una condena, un bien o un servicio, o la promesa de uno u otro; o en fin, celebrando un negocio dispositivo de un bien ajeno a la controversia, en condiciones “que tienen en cuenta la controversia”. “Por medio de la transacción, la situación jurídica, de controvertida que era, deviene cierta, y además, una parte puede obtener ventajas sin haber tenido derecho y la otra incurrir en sacrificios sin tener obligación, todo en razón del elemento de la litigiosidad”¹³⁵¹.

La transacción no exige conceptualmente concesiones recíprocas, sino simplemente la incertidumbre o, si se va más al fondo, la *litis*¹³⁵². Quien prescinde de su pretensión no hace con ello ninguna atribución patrimonial a favor de la otra parte; ambas abdican de su litigiosidad y animosidad y purifican su relación. No hay lugar a pensar en ella en una reciprocidad de prestaciones patrimoniales concausales, sino en una coincidencia de abdicaciones. Así, pues, no se da bilateralidad, y mucho menos conmutatividad: es inconcebible un “justo precio”, un equilibrio económico prestacional¹³⁵³. Ningún *quid pro quo* o *synallagma*.

Esa naturaleza *sui generis* de la transacción es una razón de más, unida a la firmeza de los efectos de cosa juzgada que se asignan naturalmente a la transacción (art. 2483 c. c.), para, a tiempo que reconocer el derecho del promisorio a la ejecución coactiva de la dación o del servicio a su favor, negar la admisibilidad de la resolución del acuerdo por incumplimiento¹³⁵⁴, toda vez que el reglamento surgido de la composición del conflicto es definitivo, irreversible¹³⁵⁵.

Corroborando este planteamiento se tiene la norma del art. 2486 c. c. En efecto, siendo el giro ordinario de la cláusula penal su carácter compensatorio, esto es, que en caso de incumplimiento del deudor el acreedor ha de optar entre perseverar en la satisfacción de la obligación o exigir la cláusula penal, conforme lo previene el art. 1594 c. c., “si se ha

¹³⁵¹ VALSECCHI. Ancora sulla natura della transazione, cit.

¹³⁵² “De ahí que para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee la fórmula *res litigiosa et dubia*”: cas. de 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135.

¹³⁵³ En cas de 31 de julio de 1953, LXXV, 664, la Corte llegó a decir que “[l]a transacción, lo mismo que la compraventa, tiene los caracteres de bilateral, onerosa y conmutativa, y también porque en el contrato de que aquí se trata, existe como objeto de la convención una transferencia de dominio de un bien raíz, y por tales motivos la entidad demandada debía prestar una obligación igual a la que tiene el vendedor en el contrato de compraventa, la de entregar inmediatamente la cosa materia de la transferencia de propiedad”. Esto para concluir que era aplicable el art. 1882 c. c., en la especie ejecución de la prestación y pago de perjuicios, dentro de una confusión pasmosa de la transacción con el negocio complementario, instrumental, y yendo más al fondo, de la naturaleza misma de aquella.

¹³⁵⁴ Implícitamente, sent. de 6 de julio de 2000, exp. 5020, sin publicar.

¹³⁵⁵ El art. 1976 *codice civile* a tiempo que plantea la “[r]esolución de la transacción por incumplimiento”, la excluye de plano “si la relación preexistente se extinguió por novación, salvo que el derecho a la resolución hubiera sido expresamente estipulado”. De donde se sigue que, no siendo concebible “incumplimiento” en la transacción simple, consistente en el reparto del interés debatido, prácticamente esa posibilidad de vuelta de las cosas al *status quo ante*, o sea a la *litis*, sólo se daría cuando la transacción se deja en pendencia al introducirle una condición resolutive. Hipótesis que generaría de suyo la inquietud de si la ‘transacción condicional’ corresponde a la figura típica, o sería un negocio atípico, dada la pendencia de los efectos extintivos de la incertidumbre inherentes a aquella. Cfr. SANTORO-PASSARELLI. *La transazione*, cit., n.º 24; CARRESI. *La transazione*, cit., n.º 50; BUTTERA. *Delle transazioni*, cit., n.º 200; VALSECCHI. *Transazione*, cit., n.º 107 a 109; DEL PRATO. *La transazione*, cit., n.º 31; L. MOSCO *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad. esp. de N. SALAMERO, Barcelona, 1962, cap. VI.

estipulado una pena contra el que deja de ejecutar una transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes”, de donde se sigue que, entonces, no hay alternativa distinta de la ejecución de la transacción y que la pena es sancionatoria y ampara la indemnidad del acreedor frente a la mora en caso de cumplimiento por parte del deudor, todo ello excluyente de la resolución¹³⁵⁶.

604. requisitos generales

Como negocio jurídico que es, la transacción está sometida a los requisitos propios de todo negocio en general (art. 1502 c. c.) y además, según las circunstancias y los casos, a las exigencias propias de la naturaleza de los derechos sobre los cuales versa el entendimiento. En tal virtud, puede ser invalidada por ausencia de los presupuestos de validez (capacidad, idoneidad del objeto y legitimación), por contrariar las normas imperativas (cogentes) o las buenas costumbres, o por vicios de la voluntad (arts. 1740 y ss. c. c.)¹³⁵⁷.

A propósito de la impugnabilidad de la transacción cabe pensar en el evento de contrariedad de sus términos con los dictados de la buena fe y la equidad, como sería la hipótesis, de trascendencia y actualidad grandes, de una “regulación inadecuadamente desmesurada (por ejemplo, una insignificante suma compensatoria por una lesión corporal que deja como secuela una parálisis imprevista)”¹³⁵⁸.

605. capacidad

La transacción presupone que quienes la celebran gocen de plena capacidad para obrar (arts. 2470, 1502, 503 y 489 c. c.), y si lo hacen por medio de representante, que él esté investido de suficiente poder o legitimación para actuar, que exige indicación a propósito en la procura (art. 2471 c. c.), que no se entiende dada por el mero hecho del apoderamiento para actuar en proceso (art. 70 c. de p. c.)¹³⁵⁹, pero que sí se considera suficiente cuando “en el título de procuración aparezca expresamente la facultad de transigir, para que se cubra así, tanto la necesidad de poder especial para ello, como la exigencia de que estén especificados los bienes, derechos y acciones que se quiera transigir”¹³⁶⁰. En cuanto a la transacción sobre intereses de incapaz, cuando recaiga sobre bien raíz o su valor exceda de un mil pesos, para su validez es menester que el representante legal solicite licencia judicial para celebrarla (arts. 489 y 649 [1] c. de p. c.), que el juez concederá, con audiencia del ministerio público, en cuanto se demuestre que el trato sugerido es necesario o conveniente para el incapaz. El acto de ejercicio de dicha autorización habrá de someterse luego a la aprobación del mismo juez, quien verificará la conformidad de lo actuado con lo autorizado

¹³⁵⁶ “Dado que la autocomposición tiene valor definitivo, irreversible, si se admitiera que de resultar burlada por una de las partes, la otra puede pedir alternativamente su cumplimiento o el pago de la pena, la definición de la controversia no sería definitiva, ni quedaría sellada con el sello de la cosa juzgada”: NAVIA-ARROYO. *La cláusula penal en la transacción*, cit.

¹³⁵⁷ Cfr. cas. de 3 de julio de 1958, LXXXVIII, 518 y 519.

¹³⁵⁸ Cfr. MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., p. 138. Indirectamente esa fue la situación que resolvió, por vía de tutela, la Corte Constitucional en sentencia de 29 de abril de 1993: habiendo transigido los padres de un impúber con la institución de salud y su aseguradora acerca de la indemnización de los daños que aquel sufrió durante unos exámenes clínicos, daños que en su día se creyeron fatales, la víctima resultó sobreviviendo en estado apenas vegetativo. Los padres demandaron en tutela a la clínica, y la jurisdicción ordenó a esta “prestar [gratuita e indefinidamente] los servicios médicos, hospitalarios y asistenciales que aquel requiera”, por así decirlo, anteponiendo el derecho a la vida a la fuerza de la transacción celebrada. Cfr. J.-P. CHAUCHARD. *La transaction dans l'indemnisation du préjudice*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1, Paris, 1988.

¹³⁵⁹ Cas. de 17 de febrero de 1958, LXXXVII, 47 a 55; 13 de septiembre de 1968, CXXIV, 298.

¹³⁶⁰ Cas. de 17 de febrero de 1958, LXXXVII, 54.

(arts. 489 c. c. y 654 y 340 *in fine* c. de p. c.).

Y en lo que hace a la transacción por parte de entidades públicas, el art. 341 c. de p. c. prevé que los respectivos representantes de las entidades territoriales “no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional”, y que “cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso [...] la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza”. En fin, el título I de la parte III de la Ley 446 de 1998 (“De la descongestión de la justicia”) regula lo relativo a “la conciliación” en materia contencioso-administrativa, y por lo mismo señala su procedencia y los requisitos y trámites, previos y posteriores, necesarios para la validez de la composición.

606. transigibilidad del interés litigioso

La transacción tiene un evidente contenido patrimonial, por lo cual no opera frente a los intereses de distinta naturaleza, como tampoco en torno de aquellos que siendo valorables pecuniariamente no son susceptibles de enajenación. De ahí por qué se recalque que el estado civil no es materia transigible¹³⁶¹, como tampoco lo son la acción penal y el derecho a alimentos futuros (arts. 2472 a 2474 c. c.), con la advertencia en el último evento de que valdrá con aprobación judicial, cuyo otorgamiento exige que se tenga en cuenta la no disponibilidad del derecho de pedir alimentos y la no compensabilidad del crédito respectivo (arts. 424 y 425 c. c.).

La transacción, en fin, ha de versar sobre derechos susceptibles de renuncia y sobre derechos existentes; de ahí que no se pueda transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles emanados de relación laboral (art. 15 c. s. t.), ni sobre derechos que no existen (art. 2475 c. c.). En cuanto a la transacción relativa a la nulidad de un negocio jurídico, está abierta la discusión sobre si el punto es transigible, especialmente cuando se trata de la nulidad absoluta por ilicitud, que, como se sabe (art. 2.º, Ley 50 de 1936), no admite saneamiento, con matices acerca de si cabría aquella que declara la nulidad del acto, pero no aquella que lo consolida¹³⁶². Tema que entre nosotros apenas aflora indirectamente, a propósito de la competencia arbitral al respecto, como quiera que el arbitramento solo puede versar sobre intereses disponibles por las partes.

La transacción, como se ha repetido, presupone la presencia de una *litis*; su función es desatarla. Por lo mismo, en caso de que no exista ella, por la razón que sea, entre otras la ejecutoria de la sentencia que puso fin al litigio, mejor que en la nulidad de lo actuado, cabe pensar en la inexistencia de la figura, toda vez que en la práctica no se ha recorrido su definición (art. 898 [2] c. co.)¹³⁶³.

607. forma

A propósito de los medios para celebrar la transacción, vale anotar que, en principio, esta es un negocio de forma libre (de los llamados consensuales, art. 1500 c. c.), por lo cual las

¹³⁶¹ Cfr. cas. de 13 de septiembre de 1968, CXXIV, 298; 4 de septiembre de 1970, CXXXV, 126; 3 de octubre de 1974, CXLVIII, 274 y s.

¹³⁶² Cfr. O. GLOUT. *Le juge et l'annulation du contrat*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n.º 175 y ss., p. 125 y ss.; G. GITTI. *L'oggetto della transazione*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 163 y s.

¹³⁶³ “Si la decisión ya estaba en firme no puede haber transacción por sustracción de materia”: auto Sala cas. de 4 de marzo de 1998, CCLII, 413. A *contrario sensu*, si dicho pronunciamiento no está ejecutoriado, hay sujeta materia para la transacción: cas. de 3 de octubre de 1944, LVIII, 36.

partes pueden valerse de cualquier medio de expresión a propósito¹³⁶⁴. A lo que se agrega la acotación de que cuando ella comporta o de ella se sigue la atribución de derecho cuya disposición exige determinada solemnidad constitutiva o de publicidad, o que cumpla una y otra misión, el complejo negocial está sometido a las correspondientes exigencias: escritura pública, documento privado, inscripción en el registro competente, etc., pero en razón del negocio jurídico complementario o adicional, y no en fuerza de la transacción¹³⁶⁵. Solemnidad sustancial propia de esta sólo se encuentra en aquella que se celebra respecto de un proceso en curso, que, como lo dispone el art. 430 c. de p. c., atrás comentado, exige “solicitud escrita” dirigida a la autoridad que esté conociendo de aquel, y su “aceptación”. Excepcionalmente la ley impone solemnidades de protección, como se indicó atrás, para el caso de transacción relativa a intereses de incapaces o de entidades o personas de derecho público, o que verse sobre alimentos futuros.

608. vicios de la voluntad

En particular es nula la transacción obtenida a base de engaños o de violencia¹³⁶⁶, la lograda en razón de título falsificado (art. 2476 c. c.), la que se funda en título inválido, salvo que esa misma invalidez sea la materia arreglada (art. 2477 c. c.), la que se realiza luego de emitido fallo que haya hecho tránsito a cosa juzgada sin saberlo las partes o alguna de ellas (arts. 2478 c. c. y 332 c. de p. c.).

La transacción, por expresa disposición de ley, es un acto *intuitus personae*: se considera haberse celebrado en atención a la persona de la contraparte, y por lo mismo, en caso de error al respecto, hay lugar a impetrar la nulidad relativa (arts. 2479, 1512 y 1743 c. c.), carácter que, viéndolo bien, es del todo artificial, como quiera que las gentes transigen, no en razón o en obsequio de la persona del contendor, sino *ratione materiae* y en aras de su tranquilidad y seguridad.

El error de cálculo ya sea del objeto, ya sea de su valor, no anula la transacción, simplemente da derecho a rectificar el yerro, a solicitud de cualquiera de las partes (art. 2481 c. c.).

Si la transacción se asienta en una base falsa ignorada o desconocida al tiempo en que se celebró y que posteriormente aparece, será susceptible de anulación siempre que verse sobre el objeto particular en el cual carecía totalmente de derecho una de las partes, o que haya habido dolo en el extravío u ocultamiento de los títulos. Salvo que la controversia versara sobre varios objetos y la composición hubiera recaído sobre toda ella, o que el dolo hubiera sido relativo apenas a uno de los varios objetos, caso este en el que, sin embargo, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre él (art. 2482 c. c.).

¹³⁶⁴ Cas. de 22 de marzo de 1949, LXV, 629 a 635; 12 de julio de 1955, LXXX, 692 a 699; 6 de mayo de 1966, CXVI, 95 y s.

¹³⁶⁵ “Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan, una disputa de linderos relativa a predios que posean con un linderero común. Ello, porque, por su naturaleza la transacción no es transmitiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancia sobre la cual ha recaído. Es por lo mismo por lo que, quien renuncia, aun mediante precio, a sus pretensiones en el objeto litigioso que entraña la materia de la transacción, no cede en verdad el objeto mismo y deja simplemente a su contraparte con los derechos que pretende tener sobre la cosa. Se los reconoce”: cas. de 22 de marzo de 1949, LXV, 634. Cuando hay transferencia de una propiedad inmobiliaria requiere escritura pública: cas. de 25 junio de 1992, CCXVI, 629.

¹³⁶⁶ A propósito del riesgo de liquidación de contenciones mediante arreglos flagrantemente desequilibrados, producto del apremio económico, la dependencia, la inferioridad de una de las partes, especialmente, pero no únicamente en materia de relaciones laborales, la casación francesa, tanto de la sala social, como de la cámara 1.^a Civil, se ha mostrado muy sensible y ha abierto la posibilidad de anulación, aproximando la “debilidad” a la fuerza, dadas las dificultades de echar mano de la figura de la lesión. Ver infra notas 49 y 50.

El art. 1971 *codice civile* previene que “si una de las partes era consciente de la temeridad de su pretensión, la otra parte puede demandar la anulación de la transacción”, norma que erige la figura como un vicio especial conformado por dos circunstancias concurrentes: la temeridad de la pretensión (o excepción) y el conocimiento de esa calidad por parte del litigante que transige sobre ella. Sin más puede verse allí una aplicación singular de la exigencia de la buena fe en el ejercicio de la autonomía privada y su sanción con la anulación del negocio a instancia de la otra parte¹³⁶⁷. En el ámbito nacional, que se sepa, no se ha planteado esta cuestión, que, a mi entender, daría lugar a invalidez por causa de ilicitud de la conducta de una de las partes, que no la podría invocar sino la otra, por lo mismo que nadie puede *venire contra factum proprium*, independientemente de si ella al transigir estaba o no al tanto de aquellos supuestos de la nulidad, cual ocurre, como se anotó en su oportunidad, con la ilicitud por enajenación de cosa embargada (supra n.º 457).

609. efecto extintivo de la obligación

La transacción en virtud de la cual o a cuyo propósito se dispone extinguir una obligación o esta resulta eliminada del contexto del acuerdo, produce la total desaparición de ella, con efecto equivalente al de una resolución judicial firme, inmodificable (art. 2483 c. c.)¹³⁶⁸. De ahí en adelante la relación entre las partes estará remitida a los términos de la transacción y regida por esta¹³⁶⁹.

Como cualquier acto de autonomía privada, la transacción está llamada a tener efecto entre las solas partes que lo celebran y sus causahabientes (arts. 2484 y 1602 c. c.)¹³⁷⁰. Son ellas las que quedan vinculadas por su celebración y obligadas a las prestaciones que eventualmente puedan haber surgido de allí. Como medio extintivo de obligaciones pendientes no produce consecuencias para los acreedores o deudores que no hayan participado en ella (art. 1583 pr. c. c.), con la salvedad de que en lo que hace a estos últimos, cuando son solidarios o deben prestación indivisible, resulta evidente su liberación respecto del sujeto activo, pero pueden resultar afectados por la acción de reembolso o de regreso propia de tales obligaciones (arts. 2484, 1570 y 1584 c. c.), y con relación a los garantes, la transacción extintiva de la obligación acarrea como corolario la extinción de la garantía aneja (arts. 2406 [3.º] y 2457 [1] c. c.).

A propósito de la eficacia objetiva de la transacción, ha de indicarse que no abarca más que aquellas relaciones que forman parte de su contenido, al mismo tiempo que toda ellas quedan comprendidas en la composición (art. 2483 c. c.).

Pese a no deber extenderse el tratamiento de la figura más allá de lo relativo a su eventual efecto extintivo de obligaciones, en obsequio de asegurar su natural propio, es oportuno denunciar una práctica malsana, que se ha convertido en “cláusula de estilo”, con abuso del término “transacción” y aun del propio concepto: las partes que están liquidando un contrato, temerosas de reclamos futuros o, mejor, en su afán de que esa liquidación sea no sólo definitiva, sino inexpugnable, le agregan a su acuerdo el calificativo de transacción,

¹³⁶⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI. Mala fede nella transazione di lite temeraria (1963), en *Libertà e autorità nel diritto civile e altri saggi*, Padova, 1977, p. 107 y ss.

¹³⁶⁸ Cfr. cas. de 12 de julio de 1948, LXIV, 500; 14 de diciembre de 1954, LXXIX, 267.

¹³⁶⁹ Cfr. cas. de 25 de abril de 1942, LIII, 359; 26 de agosto de 1985, CLXXX, 332.

¹³⁷⁰ J. LÓPEZ SANTA MARÍA. *Los contratos, parte general*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986, n.º 53, p. 241, nota 412, ve en este precepto (correspondiente al art. 2461 c. c. chileno) el reconocimiento normativo específico del principio de la relatividad de los contratos que el *code civil français* vierte en el art. 1165, que no fue trasladado al código de Bello.

pese a no haber habido disputa alguna entre ellas, o cuando más, haber agregado al convenio inicial una interpretación auténtica de sus cláusulas y una verificación genuina de los hechos, simplemente con el fin de atraer los efectos de cosa juzgada asignados a aquella por la ley (art. 2483 c. c.)¹³⁷¹.

610. transacción y novación

Tornando a lo dicho, del mismo modo que de los términos del arreglo puede seguirse la cancelación plena de todo nexo entre las partes, también puede resultar su reemplazo por otro nuevo, todo dentro del radio de acción de la autonomía privada¹³⁷². Así, teniendo siempre virtualidad extintiva, en algunos casos posee el carácter de novación. A este propósito, recordando la norma del inciso 2.º del art. 1965 *codice civile*: “con las concesiones recíprocas se pueden crear, modificar o extinguir relaciones distintas de aquella que constituyó el objeto de la pretensión o de la contestación de las partes”, ha de tenerse en cuenta que con la transacción “la situación de incertidumbre precedente se supera con la creación de una situación no litigiosa, y que de la medida de la sustitución, con respecto a la situación jurídica de que se trate, considerada en su integridad, depende el que la transacción sea o no novativa”¹³⁷³. De esa suerte, por ejemplo, en las hipótesis de distribución del bien litigioso entre las partes o de reducción de la cuantía de la pretensión crediticia, acompañada de su aceptación, la diferencia entre lo anterior y lo posterior estaría circunscrita a la certeza alcanzada y la consiguiente cancelación de la contienda. Nada de novación¹³⁷⁴.

En tanto que si la disposición de las partes se proyecta más allá de lo controvertido y para superarlo se acude a daciones o a la generación de prestaciones complementarias o, inclusive, a la vez que se consolida la situación en curso, se acude a la disposición de intereses o situaciones diferentes a lo discutido¹³⁷⁵, se tendrá una llamada “transacción novatoria”, “típica” en el primer evento, y “atípica” en el segundo¹³⁷⁶. De esa manera, por ejemplo, cuando una de las partes toma para sí el bien disputado y la otra se compromete a darle una suma de dinero u otro objeto, hay una novedad de por medio, y la obligación asumida surge de la “transacción novatoria típica”; y cuando, en el ejemplo atrás resaltado, las partes proceden a la compraventa de un bien en determinadas condiciones teniendo en cuenta la *litis* y con el ánimo de superarla, dicho contrato resulta complementario de la transacción, a la vez que fuera de su órbita propia, por lo cual el conjunto se califica como “transacción novatoria atípica”, dentro de una operación expresamente prevista en la ley¹³⁷⁷. Sólo que, y apenas hay para qué advertirlo, no se trata de una novación propiamente

¹³⁷¹ No está demás advertir a propósito, que el calificativo que las partes den al negocio jurídico que celebran suele ser acertado, y en todo caso es indicativo de su intención, pero que así mismo puede ser variado por el intérprete y operador cuando quiera que, dada la identificación cierta de la función típica de aquel, compruebe que la calificación jurídica ha de ser otra.

¹³⁷² “[E]s muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá un carácter mixto, pero tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas copromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que corresponda”: cas. de 6 de junio de 1939, XLVIII, 269.

¹³⁷³ SANTORO-PASSARELLI. *La transazione*, cit., n.º 26.

¹³⁷⁴ Es pertinente traer aquí a colación el texto del inc. 2.º del § 812 BGB: “Vale como prestación el reconocimiento por contrato de la existencia o no existencia de una relación obligatoria”.

¹³⁷⁵ En tal sentido, cas. de 6 de mayo de 1966, CXVI, 86 y s.

¹³⁷⁶ “Lo que pasa es que la transacción es un acto complejo que puede llevar envueltos otros pactos jurídicos, entre ellos precisamente una novación”: ABELIUK. *Las obligaciones*, I, cit., n.º 411, p. 343.

¹³⁷⁷ Cfr. el art. 765 c. c., que a propósito de títulos de dominio, y refiriéndose a “las transacciones”, previene que, “en cuanto se

dicha: extinción de una obligación mediante la creación de una nueva, que la sustituye, por lo mismo que la relación en curso, reemplazada, puede no ser crediticia, e inclusive, su relevo tampoco. De donde la sugerencia de hablar más bien de “transacción innovadora” y de su “efecto innovador”¹³⁷⁸.

611. homologación judicial de la transacción de la “litis”

Impropia la norma del inciso tercero del art. 340 c. de p. c. dispone que “[e]l juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales...”, con redacción que da a entender, y así ha sido tomada, un empoderamiento al juez para decidir sobre la suerte de la transacción y una sujeción de los efectos de esta, comenzando por el de la eliminación del litigio, al *placet* del juez¹³⁷⁹. Con el establecimiento de dicho requisito de eficacia de la transacción judicial, se configura una intromisión inaceptable del Estado en la autonomía privada, cuya explicación, dado su carácter general, no podría remitirse a protección de intereses merecedores de tutela especial, como en las hipótesis excepcionales del derecho italiano (transacción sobre la falsedad de documentos: art. 1968 c. c., y sobre la indemnización por accidentes de trabajo: D. P. de junio de 1965)¹³⁸⁰, o con el de la de los incapaces (cfr. adelante)¹³⁸¹, y que, además, establece una dicotomía inaceptable, toda vez que la transacción de disputa que no se tramite en proceso judicial o arbitral no está sujeta a dicho beneplácito.

El caso es que los particulares pueden cancelar su disputa, hállese en el estado y en la sede que se quieran, por medio de acuerdo libremente celebrado, sin necesidad de mediadores, ni de autorización u homologación de nadie, y sin que autoridad alguna pueda entrar a descalificarla preventivamente. ¿Por qué, entonces, esa atribución al juez de un poder de veto? El juez es allí un mero receptor del acto del que se le da cuenta y frente al cual simplemente ha de proceder de conformidad, esto es, dando por terminado el litigio en todo o en parte, según el caso, y respecto de todos los intervinientes que transigieron. Cuando más, en este orden de ideas, podría pensarse en una posición del juez análoga a la del

limitan a reconocer o declarar derechos preexistente, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo”.

¹³⁷⁸ SANTORO-PASSARELLI. *La transazione*, cit., n.º 27; DEL PRATO. *La transazione*, cit., n.º 11.

¹³⁷⁹ H. F. LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. 1, pp. 962 y s. La Corte Suprema de Justicia, en numerosas oportunidades ha practicado con ese criterio el examen minucioso de la disposición de las partes en las transacciones de litigios celebradas durante el trámite del recurso de casación: auto de 5 de noviembre de 1996, CCXLIII, 611 y s.: “como la transacción es acuerdo que se da fuera del proceso, para que este produzca efectos procesales, es preciso solicitar su reconocimiento al interior de este...”, con la anotación de que se exige “no sólo su ajuste a las prescripciones sustanciales, sino que la petición cumpla con los requisitos formales para surtir efectos procesales, pues no sobra advertir que ellos penden de la aprobación por parte del juez o magistrado”. Cfr. auto de 14 de julio de 1981, sin publicar; cas. de 13 de junio de 1989, sin publicar; 2 de febrero de 1994, CCXXVIII, 111; 6 de septiembre de 1996, CCXLIII, 323; 1.º de noviembre de 1996, CCXLIII, 590; 4 de septiembre de 1997, CCXLIX, 465.

¹³⁸⁰ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI. *L'omologazione della transazione* (1964), en *Libertà e autorità nel diritto civile e altri saggi*, cit., p. 115. Análogamente en el derecho francés, por vía jurisprudencial, en lo relacionado con la ruptura unilateral del contrato de trabajo: “no hay verdaderas concesiones si el empleador paga una indemnización global transaccional de una cuantía irrisoria” (cas. Sala social, 28 de noviembre de 2000, 18 de abril de 2001), con inclinación a pensar que en el apremio económico se da más un caso de fuerza, que de lesión, que sí permitiría anular el acuerdo (cas. 1.ª civ., 30 de mayo de 2000). Cfr. O.-Y. VERKINDT. *Le contrat de travail, Mod le ou anti-mod le du droit civil des contrats?*, en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 210 y s. y notas 84 y 85. “La búsqueda del equilibrio en las obligaciones o ventajas mutuas y la ausencia de abuso de los poderes que el contrato da a un contratante es el principio que impone que la transacción sea equilibrada por la existencia de concesiones recíprocas (cas. 1.ª civ., 3 de mayo de 2000)”: F. COLLART DUTILLEUL. *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique?*, en *La nouvelle crise du contrat*, cit., p. 240 y nota 31.

¹³⁸¹ Sobre similitudes y diferencias entre autorización previa y homologación, cfr. SANTORO-PASSARELLI. *La transazione*, cit., p. 117 y s.

notario, en los términos del art. 21 del Decreto 960 de 1970 (en su versión del 23 del Dcto. 2163 de 1970): “El notario no autorizará el instrumento cuando quiera que por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes, o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el art. 1504 del código civil [es decir, por incapacidad de alguno de los disponentes]”. Cosa distinta es la anotación, pensando en términos de desequilibrio flagrante o de aprovechamiento de la inferioridad o la debilidad ajena, de que la transacción, como cualquier otro negocio jurídico, puede ser impugnada y eventualmente anulada con fundamento en dichas irregularidades¹³⁸².

Resta poner de relieve el contraste de la norma del art. 340 citado con la del art. 342 del mismo código, que al regular el desistimiento, también acto dispositivo de los intereses en litigio, no le otorga aquel poder al juez; y con el art. 93 ibíd., que simplemente le permite rechazar el allanamiento a la demanda, “cuando advierta fraude o colusión”. Por lo demás, ha de anotarse que la homologación judicial al erigir esa *condicio iuris* deja en pendencia los efectos finales de la transacción, lo cual, sin embargo, no les permite a las partes desentenderse del vínculo (efecto preliminar, negocial), y que, en lo que hace a sus efectos, serían los de la “inutilidad” de la operación¹³⁸³.

La providencia del juez que descalifica u homologa la transacción, se dice que no es sentencia sino un auto interlocutorio¹³⁸⁴.

capítulo tercero

La remisión*

612. de la remisión o condonación

El código civil no define la remisión, que asimila a condonación (art. 1711). Remisión o condonación tiene la acepción amplia de exoneración, liberación, y una más concreta, que acentúa el sabor unilateral o de gratuidad de la acción y del efecto¹³⁸⁵. El acreedor, como se ha dicho repetidamente, en cuanto tal, tiene un derecho y una pretensión consecucional frente y contra el deudor, de los que puede disponer a su guisa: enajenación, gravamen, pero de los que también puede prescindir, en forma total o parcial. Las dos primeras disposiciones implican, la una, transferencia del derecho, la otra, constitución de un derecho nuevo sobre él en favor de un tercero, en tanto que la última implica hacer dejación de él, perderlo, total o parcialmente. Cuando el acreedor perdona o condona la deuda o concede una rebaja (quita), sea del principal, sea de complementos: intereses, frutos, indemnizaciones, gastos, sea de una parte, o de una o varias cuotas, prescinde del interés

¹³⁸² Cfr. nota 50.

¹³⁸³ SANTORO-PASSARELLI, *La RPRORJD/LRQH GH condonación*, p. 117.

¹³⁸⁴ Así, auto Sala de casación civil de 29 de octubre de 1979, CLIX, 301 a 304.

* A. GUZMÁN BRITO. La remisión de deudas en el derecho civil, en Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIII, 1989-1990; G. GIACOBBE e M. L. GUIDA. Remissione del debito, diritto vigente, en EdD., XXXIX, Milano, 1988.

¹³⁸⁵ Para el *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, 21.ª ed., Madrid, 1992, *Remisión* es la acción o el efecto de *UHPLWLU* YHUER FXD VHJXQD DMSPSYQGRQDU R DOJDUD OD SHQD H[LPLU R OLEHUDU GH XQD condonación DFFLYQ HIFWR GH FRQGRQDU TXHD VX WXUQR LQGLFD SHUGRQDU R UHPLWLU XQD SH

consiguiente, de ordinario patrimonial. Que la remisión es un acto dispositivo y que es de la iniciativa autónoma del acreedor, es algo que no da lugar a duda. Otra cosa es, si para que produzca sus efectos es menester la bilateralidad o aceptación del deudor, qué ocurre cuando este se opone a ella o la rechaza, en razón de qué y para qué se puede condonar una deuda, cuál el tratamiento que se le da a la figura en las distintas circunstancias. El hecho es que la remisión es un modo de extinción de las obligaciones que, por principio, contradice su propio funcionamiento, por lo mismo que, por definición, excluye la satisfacción del acreedor. Así, se le equipara a un “reconocimiento negativo de la obligación”: el acreedor “reconoce” que la deuda ya no existe para él¹³⁸⁶.

613. identidad de la figura

La remisión constituye una renuncia al derecho; su función y su resultado muestran la extinción del crédito mismo por iniciativa del acreedor¹³⁸⁷; cualquier crédito, sin que importe cuál haya sido su fuente. De esa manera se la puede diferenciar claramente del convenio resolutorio o mutuo disenso. En efecto, en esta figura las partes de un contrato le ponen término, con efecto *ex tunc* o *ex nunc*, según el caso, y en gracia de esa supresión de la causa generadora de la obligación esta se extingue, de suerte que sólo hay lugar a ella en las obligaciones contractuales o, más ampliamente, negociales; mientras que en la remisión el acreedor prescinde de su derecho de crédito, como quiera que lo haya adquirido, que se extingue por su sola decisión y actuación. Y contraste análogo puede apreciarse respecto de la terminación unilateral de un contrato por autoridad de la ley o de estipulación del mismo, que también acarrea extinción de la obligación como consecuencia de aquella, pero no directamente cual sucede en la remisión¹³⁸⁸.

614. naturaleza jurídica y requisitos de la remisión

¿Cuál la naturaleza jurídica de esta figura? Es un acto de autonomía privada, *rectius*, negocio jurídico, con eficacia extintiva. De lo primero se sigue que demanda en quien lo ejecuta (el acreedor) capacidad y poder de disposición, y si lo hace por intermediario, la legitimación adecuada de este; y en cuanto al crédito mismo (objeto), que sea renunciable, que todos los son. Así mismo, que puede ser anulable por vicio de la voluntad del remitente. De más está anotar que toda remisión tiene una razón de ser cierta, concreta: el acreedor condona, en todo o en parte, la deuda, en razón de algo: con un propósito: liberalidad, magnanimidad, promoción de bienes o servicios, ostentación, interés de obtener algo prontamente, eliminar riesgos de insolvencia, etc., sin necesidad de expresarlo. Pero, el hecho de que de ordinario la remisión sea gratuita y, más propiamente, tradicionalmente haya obedecido a un ánimo de beneficencia, no significa que de suyo se haga a ese título¹³⁸⁹. Es más, su práctica muestra en numerosos casos que el acreedor o los acreedores (en los procesos concursales) no proceden altruista y menos liberalmente, sino curándose en salud en salvaguarda de sus intereses¹³⁹⁰. Con frecuencia la remisión acompaña a la

¹³⁸⁶ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 480, p. 251.

¹³⁸⁷ Así, BIANCA. *REELJDLR*, n.º 242, p. 466 y ss.

¹³⁸⁸ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1194-2, p. 1231.

¹³⁸⁹ Versus MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1195, p. 1232.

¹³⁹⁰ ³/D □ WHVLV □ GH de la remisión no es pacífica. Por el contrario, una orientación diferente tiende a ver en la remisión un negocio con causa neutra o variable, que según los casos podría incluso resultar oneroso. Pero, contra la idea de

1396 3(O□QHJFLR□GH□UHPLVLYQ□WLHQH□HVWUXFWXUD□XQLODWHUDO□HQ□FXDQWR□VHNSHUGHF
consentimiento del acreedor puesto que la remisión produce un efecto favorable a él. El eventual interés contrario del
obligado, esto es, en no recibir un beneficio del acreedor, tiene relevancia en cuanto el deudor puede rehusar la remisión y
con ello hacerla ineficaz. Relevancia secundaria, que no llega al punto de exigir acuerdo del deudor o un acto suyo de

salvo el derecho del deudor de negarse a aceptarla¹³⁹⁷, lo cual no obsta para que en la práctica la remisión adopte la estructura de un convenio entre remitente y remisario. Es decir, sería una disposición de intereses sin destinatario, al margen de si de suyo hay un beneficiario y de si en oportunidades se realiza para favorecerlo. Ventaja patrimonial que podría considerarse efecto secundario o reflejo de la pérdida del derecho. Pero al mismo tiempo hay que reparar en que, precisamente en esta última hipótesis, se trata, sin más, de una donación, figura disciplinada legalmente como un contrato (arts. 1443 y ss. c. c.)¹³⁹⁸, por lo cual genéticamente sería el resultado de un acuerdo¹³⁹⁹.

El hecho es que, al margen de la razón de ser del acto concreto de remisión, en la remisión como *figura iuris* van envueltas una renuncia de parte del acreedor, que le implica una pérdida del derecho de crédito (así sea, como en oportunidades se dice de la renuncia en materia de transacción, de pretensiones o de ilusiones) y la liberación del deudor, en fuerza de la extinción de la obligación que comporta el fenómeno. Y que, por lo mismo, la remisión extingue la deuda, independientemente de si se hizo con ánimo de beneficencia, por simple gratuidad o interesadamente.

Es evidente que el acreedor puede renunciar a la ventaja que le significa serlo. Como también lo es que el deudor tiene derecho, por así decirlo, a seguir siéndolo, no obstante que el acreedor haya prescindido de su crédito. Y en términos prácticos puede indicarse que, de la misma manera que delante de la ausencia, renuencia o repugnancia del acreedor a recibir o aceptar la prestación, el deudor puede (y tiene la carga de) proceder al pago por consignación, el deudor que repudia la remisión tiene pleno acceso al mismo trámite, sin que haya de dar explicación de por qué rechaza la “generosidad” de su acreedor. Entonces, bien puede concluirse que “la remisión es un acto unilateral destinado sólo a producir la extinción de la obligación, dejando, sin embargo, al deudor la facultad de apreciar su conveniencia *dal di fuori*”¹⁴⁰⁰, pues no sería acertado ver en la declaración del acreedor una oferta o propuesta, pendiente de la aceptación tempestiva del deudor; y yendo más a fondo, habrá de vérselo como “un negocio instrumental y abstracto en cuanto determinado por motivos extraños a él y, a veces, también por relaciones posteriores que no sólo son ajenas a él, sino que, además, permanecen ignoradas”¹⁴⁰¹. Con cierto paralelismo, en esa condición, con otros medios extintivos: la novación, el negocio disolutorio.

El acreedor puede remitir una deuda en su testamento (art. 1187 c. c.). Es evidente, entonces, por una parte, el espíritu de liberalidad y, por otra, que allí es menester la aceptación del legatario-deudor, pero sin que esto último signifique un acuerdo entre acreedor y deudor, que convierta a la remisión en un contrato a título gratuito, de la misma manera que no lo es la sucesión testamentaria, comprensiva de dos actos autónomos: la asignación y la aceptación de la herencia. O sea que la intervención del deudor en la operación obedece a la presencia de una asignación testamentaria y no a la remisión en sí¹⁴⁰². En otras palabras, el legatario acepta o repudia el legado.

YROXQWDG□TXH□WHQJD□YDORIANERQMAZEODXTWILRPM□n° 241, p. 463 y s.

¹³⁹⁷ Así, GIACOBBE e GUIDA. *Remissione del debito*, cit., p. 773 y ss. Y en favor de dicha tesis estaría el tenor del art. 1713 c. c., que reconoce remisión en la mera conducta concluyente del acreedor.

¹³⁹⁸ N. DISTASO. *La simulazione nei negozi giuridici*, Torino, 1960□□KDEOD□SDUD□HVDV□KLS□WHNEM□GHDePGRQ FUpGLWR'□

¹³⁹⁹ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.° 1194-2, p. 1231.

¹⁴⁰⁰ MICCIO. *I diritti di credito*, cit., p. 458.

¹⁴⁰¹ R. MICCIO. *Delle obbligazioni in generale*, 3.ª ed., en *Commentario del cod. civile*, Torino, 1982, p. 417.

¹⁴⁰² Para ABELIUK. *Las obligaciones*, II, cit., n.° 1180, p. 969□□DXQ□HQ□HVWH□FDVR□OD□UHPVLyQ□UHTXLHUH□HO□DFXHUGR□G es una asignación por causa de muerte que como tal debe ser aceptada por el asignatario, quien también puHGH□UHSXGLDUOD'□

616. rechazo de la remisión

Como se señaló, el deudor puede rehusar el beneficio de la remisión, para lo cual ha de tomar las providencias del caso. El es del todo dueño de aceptar o rechazar, en todo o en parte, el beneficio que, en últimas, le implica la abdicación que haga el acreedor de su derecho. Análogamente habría de decirse de la renuncia a una garantía, en lo que concierne al garante. Se trata de un acto potestativo de disposición de intereses, sujeto a los requisitos de cualquier negocio jurídico. No previene el ordenamiento nacional término alguno al efecto, como sí lo hace indirectamente el *codice civile* (art. 1236), al disponer que el deudor puede descartar la eficacia de la remisión declarando “en un término congruo que no se quiere aprovechar de ella”. Tal declaración producirá la ineficacia de la remisión y de sus consecuencias propias, en forma retroactiva¹⁴⁰³.

El rechazo de la remisión por parte del deudor es, también, un acto de disposición de intereses, unilateral, potestativo, cuyo efecto no es otro que “resolver” la condonación hecha por el acreedor. Es decir que esta se encontraría bajo una pendencia: *conditio iuris* resolutoria, y sus efectos quedarían eliminados por el acaecimiento de esta. Lo cual quiere decir que el deudor sigue siendo tal y podrá liberarse ejecutando la prestación (liberación coactiva, mediante pago por consignación), pero no que el acreedor pueda hacer caso omiso de su decisión. En otras palabras, a la par que la renuncia es de suyo irrevocable, su rechazo no le permite al acreedor retomar el crédito, y sobre todo hacerlo en detrimento de derechos de terceros (garantes, otros acreedores en concurso). El derecho del deudor va hasta concurrencia de su interés legítimo, que no es otro que el de que el acreedor no le imponga su liberación, pero sin posibilidad de afectar a terceros. No regulando el código esa prerrogativa, su disciplina resulta de los principios generales relativos a la autonomía privada y a la índole de la relación: requisitos, obligaciones solidarias, obligaciones indivisibles, obligaciones divisibles. En lo que hace a la oportunidad, no es fácil indicar una pauta, y a falta de ella el tiempo habría de considerarse abierto.

617. requisitos

Cual se anotaba atrás, la “causa” de la remisión interesa sobre todo desde el punto de vista de los requisitos de forma y de fondo de validez del acto. Si se perdona una deuda, se piensa, o mejor, se pensaba sin más en liberalidad¹⁴⁰⁴ o, a lo menos, en gratuidad de parte del acreedor. Sin embargo, en términos de las relaciones comerciales y financieras del presente, en donde la liquidez y la velocidad con que se le de la vuelta a los inventarios y a la cartera tiene un valor grande, la presencia de la remisión interesada, especialmente la parcial, es abundante. El acreedor, así como ofrece o acepta condiciones más elásticas de pago cuando ve en aprietos al deudor, le propone o le acepta quitas o rebajas, de intereses o del propio capital, a fin de agilizar el cumplimiento y asegurar lo que obtiene ahora mismo, sin que lo mueva en lo más mínimo algún sentimiento de generosidad. En otras oportunidades esas remisiones hacen parte de programas de promoción, o de una estrategia

¹⁴⁰³ Cfr. BIANCA. *REEOLJDLRQH* n.º 245, p. 475.

¹⁴⁰⁴ El art. 1454 c. c. así lo da a entender, en términos que darían pie para sostener que de suyo hay presunción de donación en la remisión y que el interesado tendría que descargarla: ³1R□KDFH□GRQDFLyQ□>□□□@□HO□TXH□H[RQHUD□GH□VXV□REOLJDLRQ□UHPLWH□XQD□SUHQGD□R□KLSRWHF□PLHQWUDV□HVW□VROYHQWH□HO□GHXGRU□□SHUR□KDFH□GRQDFLyQ□HO□

de sector económico, a fin de evitar colapsos¹⁴⁰⁵. Así las cosas, bien puede mirarse la reglamentación del código hasta cierto punto incompleta y anticuada, no obstante prever que la remisión puede obedecer a otro espíritu que el de liberalidad (art. 1712 c. c.).

Los términos de la remisión, sus antecedentes, las circunstancias en que se produce, permitirán extraer la intención del condonante (cfr. art. 1455 c. c.). Para lo cual no es superfluo poner de presente que la donación implica pauperización de un patrimonio y enriquecimiento correlativo de otro, cuya apreciación no puede ser simplista, sino que ha de tener en cuenta el resultado global de la operación. Y con miras a establecer la regularidad del acto, esta será la primera interrogación que formule quien examine un caso de esta índole, dado que “la que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos, y necesita de la insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita” (art. 1712 c. c.). Es que, como negocio abstracto que es, la remisión puede celebrarse *donandi causa*, hipótesis en la que, sin más, se trata de una donación, necesitada, por lo mismo, so pena de nulidad en el exceso del tope legal¹⁴⁰⁶, del trámite previo de la insinuación (art. 1458 c. c.). Consiste ella en el permiso que otrora competía otorgar al juez con conocimiento de causa, y que hoy concede “el notario mediante escritura pública” (!), conforme a la redacción del art. 1.º del Decreto 1712 de 1989, supuestamente para cuidar de los intereses del propio donante, y de los terceros: sus acreedores (art. 2491 [2] c. c.) y sus potenciales herederos forzosos (arts. 1240 y 1243 y ss. c. c.)¹⁴⁰⁷.

618. remisión de la deuda y de sus cauciones

Se puede remitir toda la deuda, y en tal caso termina la vigencia de las cauciones: prendas, hipotecas, solidaridad, fianzas, si que también de los privilegios. Se puede remitir únicamente la garantía, lo que deja intacta la relación principal (art. 1713 [2] c. c.) y no hace presumir liberalidad, a menos que el deudor fuera insolvente (art. 1454 c. c.), y deja en pie la obligación (art. 1713 [2] c. c.). La condonación de la cuota de uno de los varios deudores solidarios y la condonación del total frente a él son incidencias ya examinadas (*supra* n.º 226) y que regulan los arts. 1570 y 1575 c. c., respectivamente.

619. formas de remisión

La remisión puede ocurrir por una declaración categórica en tal sentido, como también puede inferirse de una conducta concluyente del acreedor. Si este, acudiendo a los ejemplos traídos por el código (art. 1713), entrega voluntariamente al deudor el documento en que consta la obligación, o lo destruye o lo cancela con intención de extinguir la deuda o, en fin, si se comporta de una manera que haga colegir propósito de perdón o de rebaja del crédito, se considera que ha habido remisión.

¹⁴⁰⁵ Cfr. Ley 546 de 1999.

¹⁴⁰⁶ En el código la cifra era de dos mil pesos, a cuyo reajuste o actualización se opuso, tan tozuda como neciamente, la Corte, por lo cual hubo de darse intervención de legislador delegado: el art. 1.º del Decreto 1712 de 1989 varió esa cifra e introdujo una referencia flotante: cincuenta salarios mínimos mensuales.

¹⁴⁰⁷ La insinuación, de hecho, se convirtió en un trámite puramente formal, inoficioso, más si se tiene presente que los criterios son de gran imprecisión y que ni antes estaba el juez, y menos está hoy el notario, en condiciones de juzgar la no perjudicialidad de la donación.

620. impugnación de la remisión

Con todo, el acreedor es admitido a probar que su conducta estuvo aquejada de cualquiera de los vicios del querer: error espontáneo o provocado, fuerza. Pero a falta de esta prueba se mantiene la imagen del perdón¹⁴⁰⁸. Redacción que hace recordar los preceptos relativos a la presunción de pago por la expedición de recibo o aprobación de una cuenta y su descargo (supra n.º 539). La condonación de una deuda puede hacerse por el acreedor en su testamento. Dicha disposición tomada como legado, es de suyo revocable y sigue la suerte del testamento. Tomada como remisión, es un acto de beneficencia *mortis causa*. La discusión sobre si la obligación se considera extinguida entonces por condonación o por confusión, vendría a tener interés simplemente en cuanto a que en el último supuesto sería menester la aceptación del legado, en tanto que en el primero, siguiendo la regla general atrás expuesta, basta la declaración del acreedor, ahora irrevocable por su muerte, y simplemente le quedaría abierta al deudor la facultad de rechazar su liberación.

621. remisión forzada

Es de advertir que la remisión puede ser el resultado de decisión de la masa de acreedores en los procesos concursales (tít. II Ley 222 de 1995). En ellos, los acreedores que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento de los créditos reconocidos pueden disponer rebajas o quitas de todos los créditos (arts. 129 y ss., 142, 201, 205 y 213). Se habla entonces de remisión forzada para resaltar que la mayoría de los acreedores, conformada sobre el valor de los créditos, puede imponer a la minoría y a los acreedores ausentes, en acto colectivo, entre otras determinaciones, la decisión de rebajar partes de las deudas, unilateralmente o como fruto de un acuerdo con el deudor. Remisión, sin duda interesada, que no transacción, como tienden a verla quienes asimilan la remisión a gratuidad¹⁴⁰⁹, siendo así que la remisión, como *figura iuris*, es neutra, acto de abdicación con efectos extintivos, susceptible de colorido de liberalidad, gratuidad o interesamiento, según el caso, y la remisión de hoy, tiende a ser interesada.

capítulo cuarto

La confusión

622. la confusión

Toda relación jurídica exige conceptualmente la presencia de dos sujetos, es decir, de dos personas diferentes (“dos centros de imputación subjetiva”): la intersubjetividad es rasgo elemental del fenómeno jurídico. Esta exigencia se aprecia, tanto en los derechos reales, p. ej., en la extinción del derecho de servidumbre por la reunión en una misma persona del derecho de propiedad sobre los predios dominante y sirviente, o del de propiedad con el de acreedor hipotecario o prendario; como en los de crédito. La relación obligatoria, como cualquiera otra relación jurídica, no puede concebirse sino entre dos esferas diferentes. Dejando de lado la confusión en materia de derechos reales, que muestra caracteres diferentes, y concretando el examen *ratione materiae* a los de crédito, puede decirse que, cuando quiera que en una misma cabeza concurren las calidades de acreedor y deudor, de

¹⁴⁰⁸ Cfr. cas. de 20 de noviembre de 1940, L, 448 y s.

¹⁴⁰⁹ OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 712 y 709.

cumplimiento. Confusión que opera restringidamente en obsequio del equilibrio debido entre el interés del heredero acreedor y los demás coherederos (art. 1414 c. c.)¹⁴¹⁸. Otro tanto ocurre, sin necesidad de precepto a propósito, con el beneficio de separación, dado que precisamente esta figura está concebida para que “no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero” (art. 1435 c. c.).

Pero, así mismo, puede darse por cualquier otro fenómeno de transmisión por acto entre vivos, que haga que el crédito y la deuda resulten en cabeza de un mismo sujeto: se mencionan entonces las figuras de cesión del derecho de herencia, subrogación, cesión de crédito¹⁴¹⁹, como también de fusión de sociedades (arts. 172 y 178 [1] c. co.).

623. efectos de la confusión

Cuando la confusión se produce entre acreedor y deudor, como es natural, en principio se extinguen las cauciones, y por lo mismo quedan libres los garantes solidarios y subsidiarios (art. 1725 c. c.), como también desaparecen los gravámenes constituidos en respaldo de la obligación. Pero podría darse simplemente una hibernación, en la misma medida en que la extinción sea aparente o provisional, caso en el que, resucitada la deuda, el acreedor podría hacerlas efectivas¹⁴²⁰. Si se confunden las posiciones de acreedor solidario y deudor, o de deudor solidario y acreedor, la obligación se extingue, y en lo que hace a las relaciones del acreedor con los demás sujetos activos y del deudor con sus compañeros, la cuestión se despeja acudiendo a las reglas dadas para liquidar las relaciones entre los componentes del grupo acreedor o entre los miembros del grupo deudor (arts. 1579 y 1727 c. c.), y el acreedor pagará a sus compañeros sus respectivas cuotas en el derecho, en tanto que el deudor cobrará de los restantes en proporción al interés que ellos tenían en la deuda. En fin, cuando la confusión se presenta entre el deudor y uno de los varios acreedores de obligación indivisible, habría de aplicarse, por analogía, la norma del art. 1589 c. c., según la cual, si uno de estos remite la deuda o recibe el subrogado pecuniario, los demás acreedores conservan su pretensión originaria contra el deudor, solo que habrán de abonarle “la parte o cuota del acreedor que haya remitido o recibido el precio”, aquí del “acreedor confundido”.

624. ineficacia de la confusión

Ahora bien, se pregunta, ¿qué ocurre con la relación misma y con sus garantías y privilegios en el evento de que el acto de transmisión devenga ineficaz?¹⁴²¹ ¿Si el testamento fuente de la herencia o del legado fue revocado, o es declarado nulo, o si es la asignación el objeto de la nulidad, o lo es la partición, o si por el éxito de una acción de reforma del testamento el heredero (putativo) es desplazado en todo o en parte; o si se

¹⁴¹⁸ Cfr. cas. de 20 de mayo de 1947, LXII, 373.

¹⁴¹⁹ Aunque respecto de esta se controvierte la posibilidad misma de confusión: si se hace a título oneroso, envolvería, así fuera indirectamente, un pago; y si a título gratuito, sería, ante todo, una remisión de la deuda.

¹⁴²⁰ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1140, p. 1181.

¹⁴²¹ ¿(VGLITFLO SUHFLVDU HO HIHFWR H DFWR GH OD FROIXMSQUL & LA REVWDQWH OD FROIXMSQUL MXH XQ deudor que se convirtió en su propio acreedor no podría demandarse a sí mismo! Pero, ¿es que produce un efecto absoluto? ¿Solamente *paraliza* la obligación, o llega a extinguirla? La cuestión puede parecer teórica. ¿En cuanto al resultado, no da lo mismo que el acreedor esté en imposibilidad de obtener la ejecución de una obligación que subsiste, a que su crédito se haya extinguido? En realidad no lo es. Concretamente, es preciso saber si la obligación continúa siendo oponible a terceros, no REVWDQWH OD FROIXMSQUL MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1139, p. 1181.

declara la invalidez de la cesión de la herencia o del crédito, o de la fusión? ¿O si la venta de la herencia o la fusión se deshacen, o se decreta o se produce su resolución, o se decreta la rescisión de aquella venta? Partiendo de esas eventualidades, ante cuya ocurrencia el derecho y la obligación han de revivir, varios doctrinantes (DEMOLOMBE) concluyeron que la confusión no extingue el derecho, sino que apenas paraliza la acción, o impide su ejercicio (LAURENT), o neutraliza el derecho (VON IHERING) mientras subsiste la coincidencia, y que sólo desembocaría en extinción definitiva una vez establecida la imposibilidad de la separación o del restablecimiento de la dualidad subjetiva: p. ej., por la prescripción de la acción de impugnación del título de donde derivó la confusión. En otras palabras, “la extinción por confusión será definitiva sólo cuando no hay ya interés alguno merecedor de protección”¹⁴²². Más todavía, distinguiendo entre razones de ineficacia anteriores al título y razones posteriores a él, y el arbitrio de los autores de la transferencia o extrañas a ellos, le concedían o no efecto retroactivo respecto de terceros¹⁴²³.

Individualizando las situaciones, es evidente que, en caso de nulidad (del testamento, de la asignación, de la partición, de la fusión), la cancelación con efecto retroactivo (*ex tunc*) de todos los efectos del acto objeto de la declaración de nulidad hace desaparecer consecuentemente los efectos de la confusión (art. 1746 c. c.). Pero no podría sostenerse lo mismo cuando lo que hay de por medio no es la nulidad, sino el deshacimiento o la resolución de la venta de la herencia o de la fusión, o la sustitución del heredero putativo por uno de mejor derecho o que sí tiene derecho a la herencia. Acudiendo a la analogía, ha de recordarse que el pago al acreedor aparente puede implicar la extinción de la deuda y dar lugar a una acción de reintegro del verdadero acreedor contra el *accipiens* (art. 1634 [2] c. c.), y de concluirse que en las hipótesis de disolución del acto o de sustitución del beneficiario se produce la confusión con efectos definitivos, ante todo, la liberación de los garantes¹⁴²⁴, y que el acreedor podrá salir indemne obrando contra el heredero putativo, pidiendo un “restablecimiento” de su derecho.

Resta agregar que la confusión no puede operar en perjuicio de quienes tengan derecho sobre el crédito: prenda o usufructo¹⁴²⁵, de modo que los derechos del usufructuario, y más precisamente del acreedor pignoraticio o del anticrético, no se ven afectados por aquella coincidencia personal.

capítulo quinto

La imposibilidad sobrevenida*

¹⁴²² KOLLHOSER, citado por SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., p. 252, nota 5, con el ejemplo de la compra de establecimiento por parte de alguien que debe algo *al mismo*.

¹⁴²³ 6REUH □ OD □³ UHVWUXFWXUDFLyQ □ GH □⁴ OEFIOREJONDELQ □ GH □⁵ QH □⁶ QH □⁷ QH □⁸ QH □⁹ QH □¹⁰ QH □¹¹ QH □¹² QH □¹³ QH □¹⁴ QH □¹⁵ QH □¹⁶ QH □¹⁷ QH □¹⁸ QH □¹⁹ QH □²⁰ QH □²¹ QH □²² QH □²³ QH □²⁴ QH □²⁵ QH □²⁶ QH □²⁷ QH □²⁸ QH □²⁹ QH □³⁰ QH □³¹ QH □³² QH □³³ QH □³⁴ QH □³⁵ QH □³⁶ QH □³⁷ QH □³⁸ QH □³⁹ QH □⁴⁰ QH □⁴¹ QH □⁴² QH □⁴³ QH □⁴⁴ QH □⁴⁵ QH □⁴⁶ QH □⁴⁷ QH □⁴⁸ QH □⁴⁹ QH □⁵⁰ QH □⁵¹ QH □⁵² QH □⁵³ QH □⁵⁴ QH □⁵⁵ QH □⁵⁶ QH □⁵⁷ QH □⁵⁸ QH □⁵⁹ QH □⁶⁰ QH □⁶¹ QH □⁶² QH □⁶³ QH □⁶⁴ QH □⁶⁵ QH □⁶⁶ QH □⁶⁷ QH □⁶⁸ QH □⁶⁹ QH □⁷⁰ QH □⁷¹ QH □⁷² QH □⁷³ QH □⁷⁴ QH □⁷⁵ QH □⁷⁶ QH □⁷⁷ QH □⁷⁸ QH □⁷⁹ QH □⁸⁰ QH □⁸¹ QH □⁸² QH □⁸³ QH □⁸⁴ QH □⁸⁵ QH □⁸⁶ QH □⁸⁷ QH □⁸⁸ QH □⁸⁹ QH □⁹⁰ QH □⁹¹ QH □⁹² QH □⁹³ QH □⁹⁴ QH □⁹⁵ QH □⁹⁶ QH □⁹⁷ QH □⁹⁸ QH □⁹⁹ QH □¹⁰⁰ QH □¹⁰¹ QH □¹⁰² QH □¹⁰³ QH □¹⁰⁴ QH □¹⁰⁵ QH □¹⁰⁶ QH □¹⁰⁷ QH □¹⁰⁸ QH □¹⁰⁹ QH □¹¹⁰ QH □¹¹¹ QH □¹¹² QH □¹¹³ QH □¹¹⁴ QH □¹¹⁵ QH □¹¹⁶ QH □¹¹⁷ QH □¹¹⁸ QH □¹¹⁹ QH □¹²⁰ QH □¹²¹ QH □¹²² QH □¹²³ QH □¹²⁴ QH □¹²⁵ QH □¹²⁶ QH □¹²⁷ QH □¹²⁸ QH □¹²⁹ QH □¹³⁰ QH □¹³¹ QH □¹³² QH □¹³³ QH □¹³⁴ QH □¹³⁵ QH □¹³⁶ QH □¹³⁷ QH □¹³⁸ QH □¹³⁹ QH □¹⁴⁰ QH □¹⁴¹ QH □¹⁴² QH □¹⁴³ QH □¹⁴⁴ QH □¹⁴⁵ QH □¹⁴⁶ QH □¹⁴⁷ QH □¹⁴⁸ QH □¹⁴⁹ QH □¹⁵⁰ QH □¹⁵¹ QH □¹⁵² QH □¹⁵³ QH □¹⁵⁴ QH □¹⁵⁵ QH □¹⁵⁶ QH □¹⁵⁷ QH □¹⁵⁸ QH □¹⁵⁹ QH □¹⁶⁰ QH □¹⁶¹ QH □¹⁶² QH □¹⁶³ QH □¹⁶⁴ QH □¹⁶⁵ QH □¹⁶⁶ QH □¹⁶⁷ QH □¹⁶⁸ QH □¹⁶⁹ QH □¹⁷⁰ QH □¹⁷¹ QH □¹⁷² QH □¹⁷³ QH □¹⁷⁴ QH □¹⁷⁵ QH □¹⁷⁶ QH □¹⁷⁷ QH □¹⁷⁸ QH □¹⁷⁹ QH □¹⁸⁰ QH □¹⁸¹ QH □¹⁸² QH □¹⁸³ QH □¹⁸⁴ QH □¹⁸⁵ QH □¹⁸⁶ QH □¹⁸⁷ QH □¹⁸⁸ QH □¹⁸⁹ QH □¹⁹⁰ QH □¹⁹¹ QH □¹⁹² QH □¹⁹³ QH □¹⁹⁴ QH □¹⁹⁵ QH □¹⁹⁶ QH □¹⁹⁷ QH □¹⁹⁸ QH □¹⁹⁹ QH □²⁰⁰ QH □²⁰¹ QH □²⁰² QH □²⁰³ QH □²⁰⁴ QH □²⁰⁵ QH □²⁰⁶ QH □²⁰⁷ QH □²⁰⁸ QH □²⁰⁹ QH □²¹⁰ QH □²¹¹ QH □²¹² QH □²¹³ QH □²¹⁴ QH □²¹⁵ QH □²¹⁶ QH □²¹⁷ QH □²¹⁸ QH □²¹⁹ QH □²²⁰ QH □²²¹ QH □²²² QH □²²³ QH □²²⁴ QH □²²⁵ QH □²²⁶ QH □²²⁷ QH □²²⁸ QH □²²⁹ QH □²³⁰ QH □²³¹ QH □²³² QH □²³³ QH □²³⁴ QH □²³⁵ QH □²³⁶ QH □²³⁷ QH □²³⁸ QH □²³⁹ QH □²⁴⁰ QH □²⁴¹ QH □²⁴² QH □²⁴³ QH □²⁴⁴ QH □²⁴⁵ QH □²⁴⁶ QH □²⁴⁷ QH □²⁴⁸ QH □²⁴⁹ QH □²⁵⁰ QH □²⁵¹ QH □²⁵² QH □²⁵³ QH □²⁵⁴ QH □²⁵⁵ QH □²⁵⁶ QH □²⁵⁷ QH □²⁵⁸ QH □²⁵⁹ QH □²⁶⁰ QH □²⁶¹ QH □²⁶² QH □²⁶³ QH □²⁶⁴ QH □²⁶⁵ QH □²⁶⁶ QH □²⁶⁷ QH □²⁶⁸ QH □²⁶⁹ QH □²⁷⁰ QH □²⁷¹ QH □²⁷² QH □²⁷³ QH □²⁷⁴ QH □²⁷⁵ QH □²⁷⁶ QH □²⁷⁷ QH □²⁷⁸ QH □²⁷⁹ QH □²⁸⁰ QH □²⁸¹ QH □²⁸² QH □²⁸³ QH □²⁸⁴ QH □²⁸⁵ QH □²⁸⁶ QH □²⁸⁷ QH □²⁸⁸ QH □²⁸⁹ QH □²⁹⁰ QH □²⁹¹ QH □²⁹² QH □²⁹³ QH □²⁹⁴ QH □²⁹⁵ QH □²⁹⁶ QH □²⁹⁷ QH □²⁹⁸ QH □²⁹⁹ QH □³⁰⁰ QH □³⁰¹ QH □³⁰² QH □³⁰³ QH □³⁰⁴ QH □³⁰⁵ QH □³⁰⁶ QH □³⁰⁷ QH □³⁰⁸ QH □³⁰⁹ QH □³¹⁰ QH □³¹¹ QH □³¹² QH □³¹³ QH □³¹⁴ QH □³¹⁵ QH □³¹⁶ QH □³¹⁷ QH □³¹⁸ QH □³¹⁹ QH □³²⁰ QH □³²¹ QH □³²² QH □³²³ QH □³²⁴ QH □³²⁵ QH □³²⁶ QH □³²⁷ QH □³²⁸ QH □³²⁹ QH □³³⁰ QH □³³¹ QH □³³² QH □³³³ QH □³³⁴ QH □³³⁵ QH □³³⁶ QH □³³⁷ QH □³³⁸ QH □³³⁹ QH □³⁴⁰ QH □³⁴¹ QH □³⁴² QH □³⁴³ QH □³⁴⁴ QH □³⁴⁵ QH □³⁴⁶ QH □³⁴⁷ QH □³⁴⁸ QH □³⁴⁹ QH □³⁵⁰ QH □³⁵¹ QH □³⁵² QH □³⁵³ QH □³⁵⁴ QH □³⁵⁵ QH □³⁵⁶ QH □³⁵⁷ QH □³⁵⁸ QH □³⁵⁹ QH □³⁶⁰ QH □³⁶¹ QH □³⁶² QH □³⁶³ QH □³⁶⁴ QH □³⁶⁵ QH □³⁶⁶ QH □³⁶⁷ QH □³⁶⁸ QH □³⁶⁹ QH □³⁷⁰ QH □³⁷¹ QH □³⁷² QH □³⁷³ QH □³⁷⁴ QH □³⁷⁵ QH □³⁷⁶ QH □³⁷⁷ QH □³⁷⁸ QH □³⁷⁹ QH □³⁸⁰ QH □³⁸¹ QH □³⁸² QH □³⁸³ QH □³⁸⁴ QH □³⁸⁵ QH □³⁸⁶ QH □³⁸⁷ QH □³⁸⁸ QH □³⁸⁹ QH □³⁹⁰ QH □³⁹¹ QH □³⁹² QH □³⁹³ QH □³⁹⁴ QH □³⁹⁵ QH □³⁹⁶ QH □³⁹⁷ QH □³⁹⁸ QH □³⁹⁹ QH □⁴⁰⁰ QH □⁴⁰¹ QH □⁴⁰² QH □⁴⁰³ QH □⁴⁰⁴ QH □⁴⁰⁵ QH □⁴⁰⁶ QH □⁴⁰⁷ QH □⁴⁰⁸ QH □⁴⁰⁹ QH □⁴¹⁰ QH □⁴¹¹ QH □⁴¹² QH □⁴¹³ QH □⁴¹⁴ QH □⁴¹⁵ QH □⁴¹⁶ QH □⁴¹⁷ QH □⁴¹⁸ QH □⁴¹⁹ QH □⁴²⁰ QH □⁴²¹ QH □⁴²² QH □⁴²³ QH □⁴²⁴ QH □⁴²⁵ QH □⁴²⁶ QH □⁴²⁷ QH □⁴²⁸ QH □⁴²⁹ QH □⁴³⁰ QH □⁴³¹ QH □⁴³² QH □⁴³³ QH □⁴³⁴ QH □⁴³⁵ QH □⁴³⁶ QH □⁴³⁷ QH □⁴³⁸ QH □⁴³⁹ QH □⁴⁴⁰ QH □⁴⁴¹ QH □⁴⁴² QH □⁴⁴³ QH □⁴⁴⁴ QH □⁴⁴⁵ QH □⁴⁴⁶ QH □⁴⁴⁷ QH □⁴⁴⁸ QH □⁴⁴⁹ QH □⁴⁵⁰ QH □⁴⁵¹ QH □⁴⁵² QH □⁴⁵³ QH □⁴⁵⁴ QH □⁴⁵⁵ QH □⁴⁵⁶ QH □⁴⁵⁷ QH □⁴⁵⁸ QH □⁴⁵⁹ QH □⁴⁶⁰ QH □⁴⁶¹ QH □⁴⁶² QH □⁴⁶³ QH □⁴⁶⁴ QH □⁴⁶⁵ QH □⁴⁶⁶ QH □⁴⁶⁷ QH □⁴⁶⁸ QH □⁴⁶⁹ QH □⁴⁷⁰ QH □⁴⁷¹ QH □⁴⁷² QH □⁴⁷³ QH □⁴⁷⁴ QH □⁴⁷⁵ QH □⁴⁷⁶ QH □⁴⁷⁷ QH □⁴⁷⁸ QH □⁴⁷⁹ QH □⁴⁸⁰ QH □⁴⁸¹ QH □⁴⁸² QH □⁴⁸³ QH □⁴⁸⁴ QH □⁴⁸⁵ QH □⁴⁸⁶ QH □⁴⁸⁷ QH □⁴⁸⁸ QH □⁴⁸⁹ QH □⁴⁹⁰ QH □⁴⁹¹ QH □⁴⁹² QH □⁴⁹³ QH □⁴⁹⁴ QH □⁴⁹⁵ QH □⁴⁹⁶ QH □⁴⁹⁷ QH □⁴⁹⁸ QH □⁴⁹⁹ QH □⁵⁰⁰ QH □⁵⁰¹ QH □⁵⁰² QH □⁵⁰³ QH □⁵⁰⁴ QH □⁵⁰⁵ QH □⁵⁰⁶ QH □⁵⁰⁷ QH □⁵⁰⁸ QH □⁵⁰⁹ QH □⁵¹⁰ QH □⁵¹¹ QH □⁵¹² QH □⁵¹³ QH □⁵¹⁴ QH □⁵¹⁵ QH □⁵¹⁶ QH □⁵¹⁷ QH □⁵¹⁸ QH □⁵¹⁹ QH □⁵²⁰ QH □⁵²¹ QH □⁵²² QH □⁵²³ QH □⁵²⁴ QH □⁵²⁵ QH □⁵²⁶ QH □⁵²⁷ QH □⁵²⁸ QH □⁵²⁹ QH □⁵³⁰ QH □⁵³¹ QH □⁵³² QH □⁵³³ QH □⁵³⁴ QH □⁵³⁵ QH □⁵³⁶ QH □⁵³⁷ QH □⁵³⁸ QH □⁵³⁹ QH □⁵⁴⁰ QH □⁵⁴¹ QH □⁵⁴² QH □⁵⁴³ QH □⁵⁴⁴ QH □⁵⁴⁵ QH □⁵⁴⁶ QH □⁵⁴⁷ QH □⁵⁴⁸ QH □⁵⁴⁹ QH □⁵⁵⁰ QH □⁵⁵¹ QH □⁵⁵² QH □⁵⁵³ QH □⁵⁵⁴ QH □⁵⁵⁵ QH □⁵⁵⁶ QH □⁵⁵⁷ QH □⁵⁵⁸ QH □⁵⁵⁹ QH □⁵⁶⁰ QH □⁵⁶¹ QH □⁵⁶² QH □⁵⁶³ QH □⁵⁶⁴ QH □⁵⁶⁵ QH □⁵⁶⁶ QH □⁵⁶⁷ QH □⁵⁶⁸ QH □⁵⁶⁹ QH □⁵⁷⁰ QH □⁵⁷¹ QH □⁵⁷² QH □⁵⁷³ QH □⁵⁷⁴ QH □⁵⁷⁵ QH □⁵⁷⁶ QH □⁵⁷⁷ QH □⁵⁷⁸ QH □⁵⁷⁹ QH □⁵⁸⁰ QH □⁵⁸¹ QH □⁵⁸² QH □⁵⁸³ QH □⁵⁸⁴ QH □⁵⁸⁵ QH □⁵⁸⁶ QH □⁵⁸⁷ QH □⁵⁸⁸ QH □⁵⁸⁹ QH □⁵⁹⁰ QH □⁵⁹¹ QH □⁵⁹² QH □⁵⁹³ QH □⁵⁹⁴ QH □⁵⁹⁵ QH □⁵⁹⁶ QH □⁵⁹⁷ QH □⁵⁹⁸ QH □⁵⁹⁹ QH □⁶⁰⁰ QH □⁶⁰¹ QH □⁶⁰² QH □⁶⁰³ QH □⁶⁰⁴ QH □⁶⁰⁵ QH □⁶⁰⁶ QH □⁶⁰⁷ QH □⁶⁰⁸ QH □⁶⁰⁹ QH □⁶¹⁰ QH □⁶¹¹ QH □⁶¹² QH □⁶¹³ QH □⁶¹⁴ QH □⁶¹⁵ QH □⁶¹⁶ QH □⁶¹⁷ QH □⁶¹⁸ QH □⁶¹⁹ QH □⁶²⁰ QH □⁶²¹ QH □⁶²² QH □⁶²³ QH □⁶²⁴ QH □⁶²⁵ QH □⁶²⁶ QH □⁶²⁷ QH □⁶²⁸ QH □⁶²⁹ QH □⁶³⁰ QH □⁶³¹ QH □⁶³² QH □⁶³³ QH □⁶³⁴ QH □⁶³⁵ QH □⁶³⁶ QH □⁶³⁷ QH □⁶³⁸ QH □⁶³⁹ QH □⁶⁴⁰ QH □⁶⁴¹ QH □⁶⁴² QH □⁶⁴³ QH □⁶⁴⁴ QH □⁶⁴⁵ QH □⁶⁴⁶ QH □⁶⁴⁷ QH □⁶⁴⁸ QH □⁶⁴⁹ QH □⁶⁵⁰ QH □⁶⁵¹ QH □⁶⁵² QH □⁶⁵³ QH □⁶⁵⁴ QH □⁶⁵⁵ QH □⁶⁵⁶ QH □⁶⁵⁷ QH □⁶⁵⁸ QH □⁶⁵⁹ QH □⁶⁶⁰ QH □⁶⁶¹ QH □⁶⁶² QH □⁶⁶³ QH □⁶⁶⁴ QH □⁶⁶⁵ QH □⁶⁶⁶ QH □⁶⁶⁷ QH □⁶⁶⁸ QH □⁶⁶⁹ QH □⁶⁷⁰ QH □⁶⁷¹ QH □⁶⁷² QH □⁶⁷³ QH □⁶⁷⁴ QH □⁶⁷⁵ QH □⁶⁷⁶ QH □⁶⁷⁷ QH □⁶⁷⁸ QH □⁶⁷⁹ QH □⁶⁸⁰ QH □⁶⁸¹ QH □⁶⁸² QH □⁶⁸³ QH □⁶⁸⁴ QH □⁶⁸⁵ QH □⁶⁸⁶ QH □⁶⁸⁷ QH □⁶⁸⁸ QH □⁶⁸⁹ QH □⁶⁹⁰ QH □⁶⁹¹ QH □⁶⁹² QH □⁶⁹³ QH □⁶⁹⁴ QH □⁶⁹⁵ QH □⁶⁹⁶ QH □⁶⁹⁷ QH □⁶⁹⁸ QH □⁶⁹⁹ QH □⁷⁰⁰ QH □⁷⁰¹ QH □⁷⁰² QH □⁷⁰³ QH □⁷⁰⁴ QH □⁷⁰⁵ QH □⁷⁰⁶ QH □⁷⁰⁷ QH □⁷⁰⁸ QH □⁷⁰⁹ QH □⁷¹⁰ QH □⁷¹¹ QH □⁷¹² QH □⁷¹³ QH □⁷¹⁴ QH □⁷¹⁵ QH □⁷¹⁶ QH □⁷¹⁷ QH □⁷¹⁸ QH □⁷¹⁹ QH □⁷²⁰ QH □⁷²¹ QH □⁷²² QH □⁷²³ QH □⁷²⁴ QH □⁷²⁵ QH □⁷²⁶ QH □⁷²⁷ QH □⁷²⁸ QH □⁷²⁹ QH □⁷³⁰ QH □⁷³¹ QH □⁷³² QH □⁷³³ QH □⁷³⁴ QH □⁷³⁵ QH □⁷³⁶ QH □⁷³⁷ QH □⁷³⁸ QH □⁷³⁹ QH □⁷⁴⁰ QH □⁷⁴¹ QH □⁷⁴² QH □⁷⁴³ QH □⁷⁴⁴ QH □⁷⁴⁵ QH □⁷⁴⁶ QH □⁷⁴⁷ QH □⁷⁴⁸ QH □⁷⁴⁹ QH □⁷⁵⁰ QH □⁷⁵¹ QH □⁷⁵² QH □⁷⁵³ QH □⁷⁵⁴ QH □⁷⁵⁵ QH □⁷⁵⁶ QH □⁷⁵⁷ QH □⁷⁵⁸ QH □⁷⁵⁹ QH □⁷⁶⁰ QH □⁷⁶¹ QH □⁷⁶² QH □⁷⁶³ QH □⁷⁶⁴ QH □⁷⁶⁵ QH □⁷⁶⁶ QH □⁷⁶⁷ QH □⁷⁶⁸ QH □⁷⁶⁹ QH □⁷⁷⁰ QH □⁷⁷¹ QH □⁷⁷² QH □⁷⁷³ QH □⁷⁷⁴ QH □⁷⁷⁵ QH □⁷⁷⁶ QH □⁷⁷⁷ QH □⁷⁷⁸ QH □⁷⁷⁹ QH □⁷⁸⁰ QH □⁷⁸¹ QH □⁷⁸² QH □⁷⁸³ QH □⁷⁸⁴ QH □⁷⁸⁵ QH □⁷⁸⁶ QH □⁷⁸⁷ QH □⁷⁸⁸ QH □⁷⁸⁹ QH □⁷⁹⁰ QH □⁷⁹¹ QH □⁷⁹² QH □⁷⁹³ QH □⁷⁹⁴ QH □⁷⁹⁵ QH □⁷⁹⁶ QH □⁷⁹⁷ QH □⁷⁹⁸ QH □⁷⁹⁹ QH □⁸⁰⁰ QH □⁸⁰¹ QH □⁸⁰² QH □⁸⁰³ QH □⁸⁰⁴ QH □⁸⁰⁵ QH □⁸⁰⁶ QH □⁸⁰⁷ QH □⁸⁰⁸ QH □⁸⁰⁹ QH □⁸¹⁰ QH □⁸¹¹ QH □⁸¹² QH □⁸¹³ QH □⁸¹⁴ QH □⁸¹⁵ QH □⁸¹⁶ QH □⁸¹⁷ QH □⁸¹⁸ QH □⁸¹⁹ QH □⁸²⁰ QH □⁸²¹ QH □⁸²² QH □⁸²³ QH □⁸²⁴ QH □⁸²⁵ QH □⁸²⁶ QH □⁸²⁷ QH □⁸²⁸ QH □⁸²⁹ QH □⁸³⁰ QH □⁸³¹ QH □⁸³² QH □⁸³³ QH □⁸³⁴ QH □⁸³⁵ QH □⁸³⁶ QH □⁸³⁷ QH □⁸³⁸ QH □⁸³⁹ QH □⁸⁴⁰ QH □⁸⁴¹ QH □⁸⁴² QH □⁸⁴³ QH □⁸⁴⁴ QH □⁸⁴⁵ QH □⁸⁴⁶ QH □⁸⁴⁷ QH □⁸⁴⁸ QH □⁸⁴⁹ QH □⁸⁵⁰ QH □⁸⁵¹ QH □⁸⁵² QH □⁸⁵³ QH □⁸⁵⁴ QH □⁸⁵⁵ QH □⁸⁵⁶ QH □⁸⁵⁷ QH □⁸⁵⁸ QH □⁸⁵⁹ QH □⁸⁶⁰ QH □⁸⁶¹ QH □⁸⁶² QH □⁸⁶³ QH □⁸⁶⁴ QH □⁸⁶⁵ QH □⁸⁶⁶ QH □⁸⁶⁷ QH □⁸⁶⁸ QH □⁸⁶⁹ QH □⁸⁷⁰ QH □⁸⁷¹ QH □⁸⁷² QH □⁸⁷³ QH □⁸⁷⁴ QH □⁸⁷⁵ QH □⁸⁷⁶ QH □⁸⁷⁷ QH □⁸⁷⁸ QH □⁸⁷⁹ QH □⁸⁸⁰ QH □⁸⁸¹ QH □⁸⁸² QH □⁸⁸³ QH □⁸⁸⁴ QH □⁸⁸⁵ QH □⁸⁸⁶ QH □⁸⁸⁷ QH □⁸⁸⁸ QH □⁸⁸⁹ QH □⁸⁹⁰ QH □⁸⁹¹ QH □⁸⁹² QH □⁸⁹³ QH □⁸⁹⁴ QH □⁸⁹⁵ QH □⁸⁹⁶ QH □⁸⁹⁷ QH □⁸⁹⁸ QH □⁸⁹⁹ QH □⁹⁰⁰ QH □⁹⁰¹ QH □⁹⁰² QH □⁹⁰³ QH □⁹⁰⁴ QH □⁹⁰⁵ QH □⁹⁰⁶ QH □⁹⁰⁷ QH □⁹⁰⁸ QH □⁹⁰⁹ QH □⁹¹⁰ QH □⁹¹¹ QH □⁹¹² QH □⁹¹³ QH □⁹¹⁴ QH □⁹¹⁵ QH □⁹¹⁶ QH □⁹¹⁷ QH □⁹¹⁸ QH □⁹¹⁹ QH □⁹²⁰ QH □⁹²¹ QH □⁹²² QH □⁹²³ QH □⁹²⁴ QH □⁹²⁵ QH □⁹²⁶ QH □⁹²⁷ QH □⁹²⁸ QH □⁹²⁹ QH □⁹³⁰ QH □⁹³¹ QH □⁹³² QH □⁹³³ QH □⁹³⁴ QH □⁹³⁵ QH □⁹³⁶ QH □⁹³⁷ QH □⁹³⁸ QH □⁹³⁹ QH □⁹⁴⁰ QH □⁹⁴¹ QH □⁹⁴² QH □⁹⁴³ QH □⁹⁴⁴ QH □⁹⁴⁵ QH □⁹⁴⁶ QH □⁹⁴⁷ QH □⁹⁴⁸ QH □⁹⁴⁹ QH □⁹⁵⁰ QH □⁹⁵¹ QH □⁹⁵² QH □⁹⁵³ QH □⁹⁵⁴ QH □⁹⁵⁵ QH □⁹⁵⁶

¿Qué es lo que debe el deudor?, ¿en caso de inexecución de la prestación, en qué circunstancias y mediante la prueba de qué podrá exonerarse de responsabilidad? Casos se dan en los que el deudor se compromete o resulta comprometido más intensamente que en las condiciones ordinarias de la respectiva relación obligatoria: garantiza el resultado (resultado útil final) de la prestación, por estipulación negocial o por imposición normativa. Quien promete algo tiene una carga elemental de providencia: cerciorarse de si lo que promete es factible, con las características señaladas, de acuerdo con el estado de la ciencia, la técnica, el arte que sea, y con las circunstancias. Y del mismo modo que la imposibilidad inicial subjetiva no es excusable ni alegable, el deudor que asumió un resultado, a conciencia o a la ligera, tampoco podrá invocar aquellos eximentes o atenuantes¹⁴²⁶.

626. el “factum debitoris”

Impossibilità soppravenuta, Torino, 2002.

¹⁴²⁶ Cfr. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 277 y s., p. 15 y s.

¹⁴²⁷ 34XH□HQ□HO□PRPHQWR□QRPHUENSRVNEFH□repellere maiorem impetum' □BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 86

1428 Cfr. cas. de 19 de abril de 1979, CLIX, 95 y s. Con anterioridad al código de comercio, el riesgo del aire corría por cuenta del pasajero: cas. de 15 de mayo de 1946, LX, 438 y ss.; 29 de noviembre de 1946, LXI, 668; 22 de abril de 1960, XCII, 436 a 444.

1429 LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 732, p. 711 y s.

términos, de ordinario, el deudor no responde por caso fortuito, como tampoco si no ha incurrido en culpa, *rectius*, en el evento de inocencia suya (arts. 1604 y 1731 c. c.); sin perjuicio de las disposiciones especiales de ley respecto de determinados contratos, que hacen más estricta su responsabilidad.

627. responsabilidad del deudor por sus dependientes y auxiliares

Si la imposibilidad no es general, sino que recae apenas sobre el deudor, en principio no es relevante. Y lo que se predica del deudor se extiende a todas “las personas por quienes fuere responsable” (art. 1738 c. c.), como principio de responsabilidad por el hecho ajeno, cuando quiera que la ley se la asigna (arts. 2347 y s. c. c.) o él la asume por sus relaciones contractuales o estatutarias (arts. 2349 c. c. y 90 [1] C. P.). La previsión tiene una generalidad razonable y permite vincular la responsabilidad del deudor en todas las circunstancias en que de hecho o de derecho ha asumido un riesgo, como en los ejemplos de los sub-contratistas en los sub-contratos de obra, de transporte, de prestación de servicios, o de los auxiliares de que se vale para la ejecución del trabajo o la obra, o de los proveedores de bienes o servicios (*out sourcing*) con los mismos fines, figuras de uso cada más frecuente y de gran utilidad para el empresario¹⁴³⁷.

La causa de la imposibilidad puede ser física: de origen telúrico o humano, y en este caso, con autor conocido o de proveniencia anónima; como también puede ser de naturaleza jurídica. Lo importante es que reúna los caracteres señalados.

Enseguida ha de tenerse presente que la imposibilidad puede ser total o parcial, de modo que el efecto extintivo o liberatorio se circunscribe a aquella parte de la prestación que no es dable ejecutar, lo cual presupone, ontológica-mente, que la prestación sea divisible, y que el interés del acreedor pueda circunscribirse al saldo ejecutable. En dicha eventualidad, establecida la razón del impedimento, sus consecuencias y su extraneidad al deudor, este “se liberará ejecutando la parte de la prestación que sea posible”¹⁴³⁸, con el temperamento del interés del acreedor, para quien puede no tener significación el residuo de la prestación. En el mismo orden de ideas y con tratamiento análogo ha de pensarse en el supuesto de deterioro de la cosa debida (art. 1543 [3] c. c.) y en el de imposibilidad de ejecución perfecta o exacta de la obligación de hacer, con inquietud sobre la aceptabilidad por parte del acreedor de una ejecución en condiciones inferiores.

La respuesta del ordenamiento a la imposibilidad sobrevenida varía según la índole de la prestación, la singularidad de la relación crediticia, la oportunidad en que se presenta con relación al cuándo debe ejecutarse la prestación, a la actitud de las partes y, en fin, a la participación del deudor en ella y a su calificación ético-política.

628. imposibilidad sobrevenida

¹⁴³⁷ ³/D□QRFLyQ□GH□H□WHULRULGDG□HV□D~Q□PiV□IORWDQWH□TXH□OD□GH□LUUHVLVWLELOLGDG□R□LPSUHYLVLELOL
criterios puramente jurídicos ±existencia o ausencia de vínculo jurídico entre el autor del hecho que impidió la ejecución, y el
deudor de la obligación inejecutada± VLQR□GH□ODV□UHODFLRQH□HIHFWLYDV□H□WUHQ□HO□GHXGRU□□OD□μFDXVD□□G
enfermedad, en un análisis puramente lógico, no debería ser jamás consideUDGD□FRPR□μH□WHUQD□□DO□GHXGRU□>□□□@□3HU
jurisprudencia estima que la enfermedad larga o grave del asalariado es un acontecimiento de fuerza mayor: basta que la
enfermedad tenga los caracteres de irresistibilidad y de imprevisibilidad; la condición de exWHULRULGDG□VH□DEDQGRQy'□□
MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 831, p. 487.

¹⁴³⁸ Así el art. 1258 [1] *codice civile*.

Pero bien puede ocurrir que, habiendo sido factible tal prestación a la hora del nacimiento de la obligación (ante todo, de la celebración del negocio jurídico), en el tiempo que media entre la constitución de la deuda y la oportunidad del pago la prestación se haga imposible, por una infinitud de causas. Ahora bien, la expresión “imposible”, puede tomarse en distintos sentidos y, según ellos, sus efectos varían. Concretado el análisis a la imposibilidad sobrevenida, es claro que delante de una imposibilidad definitiva no cabe pensar en satisfacción específica del acreedor. Pero, dando por descontado este efecto, importa establecer si el deudor sigue vinculado y el acreedor conserva un interés susceptible de realización coactiva, ya no *in natura*, dada la imposibilidad del débito primario, pero sí en el equivalente pecuniario de este: *perpetuatur obligatio* en la *aestimatio pecunia* (art. 1731 c. c.). O si, por el contrario, la imposibilidad, en atención a su origen, a la forma y a la oportunidad en que se presentó, a la índole de la prestación, a la clase de relación entre las partes, a lo que la ley dispone al efecto por consideraciones ético-políticas o, en fin, a lo estipulado por aquellas, implica la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor (art. 1729 c. c.). Inejecución de la prestación, con efectos liberatorios, por causa no imputable al deudor, como modo extintivo de la relación obligatoria¹⁴³⁹. Esta cuestión se ha mostrado a lo largo de su recorrido, “como una de las más inciertas y tormentosas de todo el derecho privado” (MOSCO).

[illegible]

¹⁴⁵² Custodiam praestare□□³⁶L□□HUO□WLQWRUHUR□□DSHpar□HMPar□YHreglarlos, y un sastre para coserlos, y los pierden por causa de un furtum >SRUTXH□XQ□WHUFHUR□VH□ORV□VVXWUDH□@□□ORV□SLHUGHQ□SDUD□Vt□□QR□SDUD□HQXQD□LPSRVLELOLDGD□GH□UHVWLWAXID□nsm□JQS□□PFORLVPR□VH□DSOLFDD□TXLHQ□HQWUHDPRV□HQ□FRPRGDCosa, pues, así como aquellos, en cuanto perciben una retribución, responden por custodia, este, al recibir la cosa en FRPRGDPWR□GHEH□WDPELP□UHSROCO□GMUSRU□206XVRGLD'□□

La realidad social y normativa muestra que en los distintos ordenamientos coexisten regímenes varios, dijérase que opuestos, como es apenas natural, si se tiene en cuenta que el derecho no se rige, ni puede regirse, por dictados absolutos, sino que ha de atender las contingencias y resolverlas con criterio político, por demás matizado y cambiante. De ahí que al lado de la responsabilidad total o cuasi plena, en la que el deudor asume íntegro el *periculum* o sólo se puede liberar por algunos casos determinados o responde de algunos determinados¹⁴⁵³, se encuentren la generalidad de hipótesis en las que el *casus* lo exonera de responsabilidad y obligación (arts. 1604 [2], 1607 y 1731 c. c.) y, por último, aquellas en que puede liberarse con la sola demostración de que puso al servicio del interés del acreedor la diligencia que le era exigible (art. 1604 [1] c. c.; y cfr. art. 2005 [4] c. c.).

630. imposibilidad física e imposibilidad jurídica

Es física la imposibilidad sobrevenida, cuando depende de acontecimientos telúricos o humanos; es jurídica, cuando en el ínterin se ha presentado un cambio legislativo u ocurre un proveimiento de autoridad (“hecho del príncipe”)¹⁴⁵⁴ que prohíbe la disposición o esa categoría de disposición del bien, o veda el comportamiento (positivo o negativo) del deudor.

Respecto de la imposibilidad jurídica, se pone de presente que para la ejecución de la prestación es necesario que el bien esté en el comercio y sea disponible (art. 1521 [1.º y 3.º]) y, por lo mismo, en particular cuando la cuestión consiste en el advenimiento de una traba (art. 681 c. de p. c.), la exigencia de precisar la extraneidad del deudor a ella y su inocencia.

631. imposibilidad transitoria e imposibilidad definitiva

Acá, delante de la imposibilidad sobrevenida como modo de extinción de las obligaciones, de entrada, es menester dejar de lado la imposibilidad transitoria, no sin antes anotar que cuando el deudor no puede ejecutar la prestación o no la puede ejecutar en su totalidad o adecuadamente, en su día, por un acontecimiento cuyas consecuencias no tenga por qué asumir, en razón de la ley (art. 1604 [1 y 4] c. c.) o del contrato (arts. 1604 [4] y 1732 c. c.), “no es responsable, mientras dicha imposibilidad [obstáculo] perdura”, como lo prevé el art. 1256 [2] *codice civile* (norma que en cierta medida corresponde al art. 1616 [2] c. c.: “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”), y que redondea el tratamiento diciendo que, “sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta cuando, en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto, el deudor no puede considerarse obligado a ejecutar la prestación o el acreedor ya no tiene interés en obtenerla”.

¹⁴⁵³ Valgan los ejemplos paradigmáticos del deudor moroso y del que prometió la misma cosa a varias personas por distintas obligaciones (arts. 1607 y 1731 [2] c. c.), y en especial los del *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*, D. 4, 9, 1 pr., armador, hostelero, mesonero, que responden por la sustracción o daño de las cosas confiadas a ellos. Cfr. arts. 2226, 2227 y 2272 c. c.; 1886 y 1887 c. co., y agregar a ellos el del transportador aéreo de personas, cuya responsabilidad sólo se excluye

¹⁴⁵⁴ Cfr. SNG de 22 de julio de 1959, XCI, 288.

Bien se advierte acá la necesidad de tener presentes los intereses en juego, de acreedor y de deudor, de atemperarlos y de compaginarlos de conformidad con las circunstancias extraordinarias que, si en principio no implican una imposibilidad definitiva de ejecutar la prestación, pueden llegar a significarla y, sobre todo, pueden desembocar en ella porque el interés del acreedor ciertamente estaba concretado cronológicamente en una fecha o a un período de tiempo, de modo que no esté en el deber de recibir la prestación más tarde. Se pregunta qué ocurriría en tal hipótesis en el supuesto de que el acreedor, posteriormente, habiendo cesado el impedimento, le exija al deudor su satisfacción y este rechace tal solicitud. Con la respuesta de que en igualdad de condiciones desde el punto de vista de la buena fe, ha de prevalecer la posición del deudor¹⁴⁵⁵.

Los contratos de ejecución sucesiva, especialmente si son de larga duración, son propicios a vicisitudes consistentes en imposibilidades transitorias, que bien pueden asumirse y sortearse con suspensión de la ejecución de las obligaciones, que se reanuda al desaparecer el obstáculo, salvo que el período se prolongue más de la cuenta o que la presencia del intervalo afecte la economía del contrato o contradiga gravemente el interés del acreedor. El ejemplo de la suspensión del contrato de trabajo (art. 51 c. s. t.) es proverbial.

632. imposibilidad total y parcial*

La situación en que se encuentra el deudor a causa de acontecimiento extraño a él y cuyas consecuencias no esté llamado a asumir, puede ser de imposibilidad total de ejecución de la prestación o apenas de una imposibilidad parcial. Y ello puede darse tanto en las prestaciones de ejecución inmediata como en las de ejecución sucesiva o escalonada, más proclives a ella, en especial cuando se extienden a un tiempo largo. La reflexión a que invita esta variedad de hipótesis es la de que, en la medida en que la prestación sea posible así sea sólo en parte, el deudor permanece obligado, esto es, que, llegado el caso, su liberación apenas será parcial por dicho concepto y plena una vez que ejecute la parte que es posible¹⁴⁵⁶. Ahora bien, el alcance de los conceptos de totalidad y parcialidad gira en derredor del interés del acreedor y de la función de la relación obligatoria en cuestión. Así, si dichos interés y función no pueden atenderse con la ejecución de la parte factible, el acreedor no está llamado a aceptar dicha fracción, y la relación terminará en un todo, en una parte por la imposibilidad sobrevenida y en la parte restante por la frustración de su finalidad, con lugar en esta a restitución, pero no a indemnización.

633. imposibilidad y dificultad

La imposibilidad ha de diferenciarse de la dificultad, como también de la onerosidad. La verdadera imposibilidad es la absoluta, esto es, la que es tal, “considerada en sí y de por sí”, o sea una imposibilidad originada en un elemento extraño a la persona del deudor o a su economía”. El obstáculo ha de ser absoluto, insuperable, *impossibilis*, y no consistir en una simple dificultad, *difficultas praestandi*, personal, económica o material¹⁴⁵⁷,

¹⁴⁵⁵ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 195 y s.

* H. BEALE. Partial and Temporary Impossibility in English and French Law, en *Mélanges* HQOQKQHXUQGHQHQLVQ7DORQQ3DULVQ 1999, p. 21 y ss.

¹⁴⁵⁶ Cfr. art. 1258 *codice civile*.

¹⁴⁵⁷ BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 191. Cfr. sent. de 30 de noviembre de 1936, XLV, 100; sent. de 9 de

Las dificultades económicas se encuentran excluidas de plano como razón justificadora de la inejecución. El deudor no puede alegar en su defensa la penuria o la iliquidez en que se encuentra, aparte del motivo por el cual llegó a ese estado; y en lo que respecta a la excesiva onerosidad, habría de alegarla con miras a la reducción de su carga, de modo de que con el reequilibrio prestacional se mantenga en pie la relación contractual o, en su defecto, se proceda a la terminación de esta¹⁴⁵⁹.

Se dice que la imposibilidad extintiva y liberatoria ha de ser sobrevenida, objetiva y absoluta, imprevisible y, sobre todo, inevitable¹⁴⁶⁰. En cuanto a la primera característica, ya se anotó la diferencia entre la imposibilidad inicial o congénita, excluyente de la eficacia de la relación obligatoria, y la imposibilidad sobrevenida, que no es pretérita, sino que acontece luego de constituida la relación, en principio en el tiempo que media entre el origen de esta y la exigibilidad de la prestación, pero que puede darse con esos mismos efectos, aunque con requisitos más estrictos, con posterioridad a ese momento (arts. 1604 [2], 1731 [2] y 1733 [2] c. c.). Respecto de la segunda nota, ha de ponerse de presente que, según las circunstancias, la índole de la prestación y la regulación de los intereses en juego en la relación obligatoria, sobre todo, contractual, el criterio con el cual se aprecien los hechos será más severo, de modo de exigir la presencia de un hecho absolutamente ajeno al deudor (imposibilidad objetiva), o menos estricto, de modo de bastarse con la diligencia debida de parte del deudor (imposibilidad subjetiva), concordemente con lo dicho a propósito de la gama de medios defensivos suyos según aquellos factores¹⁴⁶¹.

1461 relación regulada. Las distintas clases de relaciones contactuales demandan a veces diferentes regímenes de responsabilidad, con frecuencia definidos por normas específicas dictadas para los contratos singulares [...] En consecuencia, el deudor responde a veces objetivamente, por el simple hecho de que el incumplimiento se haya debido, aun sin su culpa, a una causa interna a su esfera de influencia y organización; otras veces, en cambio, el deudor responde sólo cuando el incumplimiento es imputable a su culpa, o sea a IDOWD GH HPSOHR GH OD GLOLJHQFLD DWHQFLYQH ISMLFLD QHFHVDULDV' *diritto privato*. cit., n.º 245, p. 343 s.

635. caracteres del “casus”

El hecho que impide la ejecución de la prestación ha de ser imprevisto e inevitable¹⁴⁶². Son los caracteres concurrentes del *casus*¹⁴⁶³, naturalmente sin darle a esos rasgos un sentido y un alcance absolutos, que llevarían al extremo de que nada sería imprevisto¹⁴⁶⁴, como tampoco inevitable, dentro de una ineludible proximidad de los dos conceptos¹⁴⁶⁵. Debe haber necesariamente cierta relatividad en la apreciación de los hechos¹⁴⁶⁶, dentro del marco de circunstancias en que se produjeron, y que se tendrán en cuenta, así como los grados de previsibilidad y probabilidad del caso y el comportamiento del deudor delante del obstáculo, esto con miras a apreciar hasta dónde el daño era evitable en sí¹⁴⁶⁷, o en su magnitud o propagación¹⁴⁶⁸. Ese es un sentido de la previsión normativa: “el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos [...] que el caso fortuito haya sobrevenido por su

¹⁴⁶² Cfr. cas. de 5 de julio de 1935, XLII, 54; sent. SNG de 31 de agosto de 1942, LIV, 377.

¹⁴⁶³ Con análisis gramatical del art. 1.º de la Ley 95 de 1890, comparativamente con la redacción del art. 64 c. c. original: cas. de 26 de mayo de 1936, XLIII, 584.

¹⁴⁶⁴ 3DUD□TXH□H□LVWD□HO□FDVR□IRUWXLWR□R□GH□IXHU□D□PDRU□HV□QHFHVDULR□TXH□HonapFRQWHFLPLHQWR□V
podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se
pueda resisitir [...] Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe
SUHYHU□OR□TXH□HV□QRUPDO□□QR□KD□SRU□TXp□SUHYHU 208 de septiembre del 1945 EL RQD □Según DV□□GH□
FUEYO LANERI. *Derecho civil, De las obligaciones*, I, cit., n.º 259, p. 267 □□1R□SXHGHC□VHU□FRQVLGHUDGRV□μLPSUHYLWVI
imposibles de reVLVWLU□□ORV□WHPEORUHV□GH□UHJXODU□LQWHQVLGDG□□TXH□SXHGDC□RFXUULU□HQ□&KLOH□□
IHQyPHQRV□FRQ□FLHUWD□IUHFHXOFLD□□

1465 * &XDQGR□XQD□SHUVRQD□QR□HYLWD□HO□GDxR□HYLWDEOH□□VH□GLFH□TXH□QR□Stomby□liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la diligencia y pericia necesaria para evitar los efectos de la fuerza irresistible. Si no previno el accidente, pero se puede resistir no habrá FDVR□TRUWXLWR26 de mayo de 1936, XLIII, 584 y s. Cfr. sent. SNG de 27 de septiembre de 1946, LXI, 576.

1466 3(Q)UQDQLVHVLHQGHODGHILQLUODXHUJDPDURUFRPRHODFRQWHFLPLHQWRUDJRDQDEOHPHQWHLUU
lo que frecuentemente obliga a una aplicación caso por caso. Hoy se considera que el elemento característico de la fuerza
PDURUHVODLUUHVMAWUIMONADGES. Les obligations, cit., n.º 827 y nota 3, p. 485.

1467 > (@Q□ Vt□ OD□ LUUHV LVWLEHidose Demo a href="http://www.howh" id="howh" style="float: right;">El caso de la imposibilidad de la acción
objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos +y por ello a él ajenos,
así como extraños en el plano jurídico± que le impiden efectuar determinada actuación, *lato sensu*. En tal virtud, este
presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda ±o pudo± evitar, ni
HOXGLU□ VXV□ HIHFWRV□ □ FULWHULR□ □ □ de Dñi 1834 10 DE Aro 15475 Sa publicad □

1468 36LWPDPQLHOFRQEHVWYHda la ley, el apreciar su objetividad en la realidad de las relaciones humanas es una cuestión de hecho FRQILDGDDOGLVUFUHWRLMXLFLRGHO3VHQWYHQLDGRCLXIDS3G@UHVFULWHULRV sustantivos han sido esbozados por la Corte en el pasado, en orden a establecer cuándo un hecho, *in concreto*, puede considerarse imprevisible, en la medida en que es indispensable, como lo ha recordado la Corte una y otra vez, examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual, a fin de obviar todo tipo de generalización: 1. El referente a su normalidad y frecuencia; 2. El atinente a la probabilidad de su realización, y 3. El concerniente a su carácter inopinado, H[FHSFLRQDOVRUSUHVLD23dejunio de 2000]exp. 5475VLQSXEOLFDU3>@/DFFXHVWLyQGHOFDVRIRUWXLWR de fuerza mayor, al menos por norma general, no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismos debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el art. 1.º de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad. Esos rasgos por los que es preciso indagar, distintivos del caso fortuito o de fuerza mayor, se sintetizan en la imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unida a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer y son, en consecuencia, los siguientes:

a. Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él, aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización [...] b. Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente ~~±sojuzgado por el suceso así sobrevenido±~~ en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta [de] que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito; y, c. Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que RFXUUDDOQPDUJHOGHGHXODRWUDFROXGdelviolinM8D990Exp. 422V, sin Gbiliar.

culpa” (art. 1604 [2 *in fine*] c. c.), para cuya apreciación se mirará cuál era la diligencia exigible al deudor, en concreto¹⁴⁶⁹.

También ha de tenerse presente lo dispuesto por las partes, como quiera que no es inusual que los contratos contengan definiciones de fuerza mayor o, más propiamente, que relacionen ciertos eventos, ora para excluirlos del alcance de fuerza mayor en sí o en determinadas formas en que pueden ocurrir, ora para considerarlos como fuerza mayor; y que, adicionalmente, en oportunidades el deudor de determinada prestación asume ciertos riesgos¹⁴⁷⁰, todo dentro de la autonomía que expresamente le reconoce el ordenamiento a las partes a este propósito (arts. 1604 *in fine* y 1732 c. c.)¹⁴⁷¹.

Se habla de elemento extraño, de *casus* en sentido genérico o *latu sensu*, como también de este en sentido estricto, remitido a acontecimiento telúrico (un terremoto) o social (una asonada), a cuyo propósito se pregunta qué se entiende por tal con relación al “incumplimiento” o, mejor, en cuanto a la inejecución de la prestación. En el ejemplo más socorrido, el del incendio¹⁴⁷², se pregunta si la conflagración en sí, en la medida en que no se haya presentado por culpa del deudor, o si, por el contrario, lo que vendría a constituir caso fortuito sería el incendio provocado por un tercero, por un rayo, por combustión espontánea, por transmisión del fuego proveniente de la vecindad. Estimo que en la situación extrema de no poderse desentrañar el antecedente singular, o sea de causa ignota o anónima, la demostración del daño o perecimiento de la cosa por el incendio y de que el deudor había tomado las precauciones adecuadas, así como de que se desempeñó diligentemente para debelarlo, sería suficiente¹⁴⁷³. Piénsese en la eventualidad de incendio de una bodega de puerto en el que perecen las mercancías almacenadas.

636. fuerza mayor y caso fortuito

En cuanto a la causa extraña, ha de ponerse de presente que el ordenamiento nacional no distingue la *vis maior* del *casus fortuitus*, y por lo mismo, no permite la diferenciación entre el acontecimiento de origen del todo externo a la actividad del deudor y el de origen interno

¹⁴⁶⁹ 3. &XDQGR GH WDO IHQPHQR VH WUDWD QR VyOR KD TXH HDPIODUODR qnbnxk dsh reñe, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a. No ser imputable al deudor; b. No haber ocurrido con una culpa de este, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c. Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor ±dominado por el acontecimiento± en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad *relativa*) de ejecutar la obligación; d. Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay coQHUVSHFWRD WRGD FODVH GH DFRQWHFLPLHQWRV XQD SRVLEOLGDG D D, GH UHDOLJDFLyQ

¹⁴⁷⁰ Por ejemplo, en contratos de construcción de vías o de basureros, la consideración de los deslizamientos de tierra o de temporadas de lluvia y las consiguientes inundaciones, o la calidad del terreno por fuera de determinados márgenes.

¹⁴⁷¹ 3/DV UHJODV UHODWLYDV D OD IXHUJD PD RU QR WLHQHQ XQ FDUFWHU GH RUGHQ S~EOLFR HO FRQW puede delimitar libremente el contenido de la obligación. O bien el deudor asume convencionalmente la carga de la fuerza mayor: es una cláusula de garantía. O bien, a la inversa, se conviene que el deudor será exonerado por causas distintas de la fuerza mayor, especialmente enumeradas en el contrato. Del mismo modo, el contrato puede dar una definición de la fuerza mayor más amplia que la que emplean habitualmente los tribunales. Estas cláusulas son válidas, siempre que no toquen la esencia del contrato y no confieren al deudor la facultad discrecional de no ejecutar, caso en el que constituirían una FRQGLFLyQ SRWHVWDWL YDLSURLEAGDE. *Des obligations*, cit., n.º 828, p. 485.

¹⁴⁷² 3+D KHFKRV FRQVWLWXWLYRV GH FVVR IRUWXLWR TXH SRU de la suprasnll qndw po qndw hace a su advenimiento, p. ej., un terremoto, una tempestad, el desbordamiento de un río. Pero de un incendio no puede decirse lo mismo. Aún más: considerado objetivamente el incendio no es siempre caso fortuito. Para que lo sea es necesario TXH VH UH~QDQ HQ pO ODV FRQGLFLRQHVGH LPSUHYLVLEOLGDG de la BUDFWaywde L9B, GDG TXH H[LJH O LXXV, 251.

¹⁴⁷³ Cfr. cas. de 30 de noviembre de 1935, XLIII, 176 y ss. Cfr. R. URIBE HOLGUÍN. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, 1970, p. 8.

(cfr. art. 1.º Ley 95 de 1890)¹⁴⁷⁴. Por lo demás, esta es la conclusión a que se llegó, de regreso de un empeño generalizado en la doctrina francesa, que repercutió entre nosotros, de caracterizar la fuerza mayor como el acontecimiento del todo extraño a la actividad del deudor o demandado (p. ej., el terremoto), y el caso fortuito, como aquel suceso que ocurre dentro del giro de actividades de aquel (p. ej., el estallido de la caldera del barco que conduce la mercancía), con el propósito de reducir las posibilidades de exoneración del demandado en la responsabilidad extracontractual, deudor en la contractual o, mejor, por incumplimiento de obligación¹⁴⁷⁵. Aquellas dos figuras corresponden a una misma noción; el ordenamiento toma “los dos términos como sinónimos”¹⁴⁷⁶. Lo que no obsta para que, en general, los jueces tiendan a juzgar con mayor severidad y rigor el desempeño del deudor (demandado) frente a hechos surgidos en el desarrollo de la actividad correspondiente, para la aceptación de su extraneidad al deudor y, por ende, para el reconocimiento de su poder liberatorio, dependiente, en últimas, de la ausencia de culpa del deudor¹⁴⁷⁷.

637. acontecimiento imprevisible e irresistible

¿Qué quiere decir “imprevisible” y qué “irresistible”?¹⁴⁷⁸. ¿Será menester la concurrencia de ambos caracteres? Piénsese, en términos de actualidad, en los “paros cívicos”, la congestión del tráfico, la huelga, “la caída del sistema” en las comunicaciones electrónicas, en la adopción inopinada de medidas económicas por parte del Estado, en decisiones de ilegitimidad constitucional de leyes o decretos con fuerza de tales por parte de la Corte Constitucional, o simplemente, en los “actos de autoridad”¹⁴⁷⁹. ¿En qué condiciones constituirían causa extraña y en cuáles no? Si el deudor podía y debía prever el advenimiento del hecho en cuestión, cuál debió haber sido su actitud es un aspecto definitivo para el juzgamiento de los hechos¹⁴⁸⁰. ¿Cómo debió haber procedido para poder “honrar su palabra”? La irresistibilidad se refiere a la imposibilidad de sobrepasar el obstáculo que sobrevino. Y delante de este concepto es preciso tomar en consideración las

¹⁴⁷⁴ 36H□ OOD□ ~~La fuerza mayor~~ o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario LR□ S~EOLFR□□ HWF□´□□

¹⁴⁷⁵ Así en cas. de 7 de marzo de 1939, XLVII, 707□□ GLMR□ OD□ &RUWH□□ 30DV□ XQ□ HVWXGLR□ GHWHQLGR□ GH□ HVWH□ DVXQWR□ y la jurisprudencia, en la que puede citarse la colombiana, ha venido a evidenciar que si es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio, o sea la exoneración del deudor, no obstante eso esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de la obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta de un empleado, etc. Por eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución, al paso que la fuerza mayor se considera como imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable que no permite el cumplimiento de la obligación, como una tempestad, un terremoto, el abuso de autoridad. El elemento relativo que condiciona el caso fortuito, determina que no siempre que existe o se presenta este, se llegue indefectiblemente a la exoneración del deudor, la cual no se produce sino cuando militan además ciertas circunstancias especiales que GHEH□ GHPRVWUDU□ TXLHQ□ ODV□ DOHJD□´□□ \□ SDUD□ PD\RU□ VRUSUHVD□□ HOOR□ SDUD□ FRQFOXLU□ U□ preñado de la pérdida de la cosa empeñada, no obstante su diligencia y cuidado, suficientes para exonerarlo, conforme a lo preceptuado por el art. 2414 c. c.

¹⁴⁷⁶ LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1ere., cit., n.º 722 y nota 298, p. 698. Cfr. cas. de 28 de abril de 1951, LXIX, 255 y s.

¹⁴⁷⁷ Cfr. cas. de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443.

¹⁴⁷⁸ Cfr. cas. de 26 de mayo de 1936, XLIII, 585 \□ V□□□ 36□□ QRM□ el accidente, pero se le puede resistir, no habrá caso IRUWXLWR□□ 6L□ HO□ DFFLGHQWH□ HV□ LUUHVVLVLEOH□ SHUR□ GHELY□ SUH2010 de 2010, LXXII, 2435, 93: los elementos del caso fortuito son concurrentes, así, no se configura cuando, a pesar de ser irresistible, no fue imprevisible.

¹⁴⁷⁹ Cfr. cas. de 30 de junio de 1933, XLI, 431.

¹⁴⁸⁰ 33RU□ HMHPSOR□□ HO□ URER□ R□ HO□ KXUWR□ VRQ□ KHFKRV□ TXH□ VH□ SXHGHO□ SUHYHU□□ HYLWUDU□ FRQ□ VyOR□ W□ naturaleza de las cosas. No constituyen caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar HO□ VXFHVR□ 24 de abril de 1956, LXXXII, 298.

circunstancias objetivas, como también las individuales del deudor, para llegar a una respuesta sensata, a la vez que equitativa, necesariamente casuista¹⁴⁸¹.

Acá, cual ocurre con la llamada “responsabilidad extracontractual”, es forzoso averiguar la magnitud del efecto del elemento extraño o, dicho más directamente, si este fue causa única de la no ejecución, u obstáculo único para la ejecución, o concurrente con otros, o —y este es el punto más controvertido— si el *casus* concurrió con el “hecho o culpa” del demandado (deudor) y, en últimas, si puede pensarse solamente en exoneración total de este o si, por el contrario, cabe la idea de exoneración parcial de responsabilidad.

638. intervención de tercero

Para comenzar, la presencia de la norma del art. 2344 c. c.: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa...”, le ha permitido —o exigido— a la jurisprudencia nacional excluir toda posibilidad de atenuación de la responsabilidad del deudor cuando su comportamiento (al margen de su descalificación moral) fue concausa del estrago, sin que importe en qué medida¹⁴⁸². Solución a la que, por lo demás, llegó el derecho francés, que, a falta de la norma que se remite al más antiguo derecho romano, pretorianamente ha hecho responsable por el todo al deudor, que después podrá repetir contra el tercero que, por haber contribuido al daño, habrá de reembolsarle su cuota¹⁴⁸³.

Así, para que la intervención del tercero tenga relevancia exoneradora de la responsabilidad del deudor es menester que se haya constituido en obstáculo insalvable para la ejecución de la prestación por parte de este, es decir, que la inejecución no sea imputable al deudor, directa ni indirectamente, y que, además, haya sido imprevisible e irresistible, dentro de una práctica asimilación de la figura al fenómeno del *casus*¹⁴⁸⁴ o, quizá más propiamente, desarrollando aquello de que “el caso no haya sobrevenido por su culpa” (art. 1604 c. c.).

A propósito de la intervención de tercero, vengan estas anotaciones: de plano el art. 1738 c. c. prevé la responsabilidad directa del deudor “por el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”, o sea que descarta cualquiera posibilidad de descargo suyo por el hecho de sus empleados, asistentes, dependientes, auxiliares, prepósitos, subcontratistas, etc. (arts. 2347 a 2349 c. c.), tema de especial interés dentro del empleo extenso actual de la figura del *out sourcing*. Adicionalmente, en su empeño de tutelar más intensamente a las víctimas de daños a la integridad personal, en aquellos contratos cuya ejecución, como el de transporte, implica preservarla o expone a lesionarla, la jurisprudencia universal ha resultado agregando al supuesto de hecho de la causal de exoneración “hecho de un

¹⁴⁸¹ OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 156, p. 107, FRPHQWD□TXH□³>H@VWD□LPSUHYLVLEOLGDG□G□ caso fortuito es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la *normalidad* o la *frecuencia* del acontecimiento o, por el contrario, su rareza y repentinidad: si tal acontecimiento es frecuente y, más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito, porque el deudor razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo, de no FUHHU□TXH□SRGUtD□HYLWDUOR'□□/R□FXDO□□FLHUWDPHQWH□□QR□SXHG□WRPDUVH□DO□SLH□GH□OD□OHWUD□

¹⁴⁸² Cas. de 6 de agosto de 1985, CLXXX, 279 y s.: no es necesario que las varias personas actúen simultáneamente, su intervención puede ser sucesiva, lo importante es que todas hayan actuado con culpa y concurrido al daño, un daño único.

¹⁴⁸³ /D□OODPDGD□³VROLGDULGDG□LPSHUIHFWD□Solidarité□OLNDEZ□H□ET□CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1070 y ss., p. 1115 y ss.; LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1.ª, cit., n.º 731, p. 708 y ss.

¹⁴⁸⁴ Cfr. cas. de 10 de julio de 1962, XCIX, 118 a 125.

tercero” las notas de “imprevisible e inevitable”, propias de la fuerza mayor, pero sin exigir que ese hecho sea culposo¹⁴⁸⁵.

639. culpa del acreedor*

Si el obstáculo para la ejecución de la prestación fue la conducta del propio acreedor, tal hecho habrá de exonerar al deudor o atenuar la cuantía de su responsabilidad, según las circunstancias, y en la proporción en que concurran los dos fenómenos¹⁴⁸⁶, como elemento extraño, acá con mayor razón, dado el deber de corrección y lealtad, buena fe, que pesa sobre el acreedor, con un apoyo normativo nítido en el art. 2357 c. c.: “La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”¹⁴⁸⁷, como también en normas singulares, como la del art. 2270 c. c. relativa al alojamiento: “Si el hecho fuere, de algún modo, imputable a negligencia del alojado, será absuelto el posadero”. Es esta una regla de derecho común, predicable tanto de la responsabilidad por inejecución de obligación como de la responsabilidad por daño en encuentro ocasional, respecto de la cual se plantean varias inquietudes y controversias: ¿basta el hecho de la víctima como factor de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, o se exige que tal hecho sea, además, culposo?, ¿la participación del acreedor puede llegar a excluir del todo la responsabilidad del deudor, o apenas a disminuirla?, y, ¿qué hacer con el daño evitable por el acreedor?

Ha de resaltarse que en el derecho colombiano sobre el “hecho de la víctima” en materia de responsabilidad contractual, la jurisprudencia, empleando *analogia legis* y echando mano de la norma del art. 2357 c. c., tiene dispuesto que el comportamiento de la víctima a propósito ha de ser “culposo”, sólo que la calificación de una determinada conducta como culposa es un punto de hecho, del resorte del juez de instancia, circunstancia que le exige apreciar “la imprudencia”, la renuencia, el desentendimiento o la verdadera obstaculización en que haya incurrido la víctima, y darle el tratamiento correspondiente¹⁴⁸⁸. Solución a la que, de paso sea dicho, el derecho francés llegó, también por vía pretoriana en algunos casos¹⁴⁸⁹, y que el derecho italiano prevé expresa y normativamente, con demasía, como quiera que dispone que “el resarcimiento se disminuirá conforme a la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias derivadas de ella” (art. 1227 [1] *codice civile*), como si la solución estuviera en el grado reprochabilidad de la conducta y no en la medida de la contribución de una y otra al resultado nocivo¹⁴⁹⁰, cual sí lo previene el derecho alemán¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁵ LARROUMET. *Droit civil, Les obligations*, 1.^a, cit., n.º 730, p. 707 y s.

* Cfr. G. CATTANEO. Il concorso di colpa del danneggiato, en *Rivista di dir. civile*, Padova, 1967, I; R. ROLLI. *L'impossibilità della prestazione per fatto sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; G. STELLA. *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.

¹⁴⁸⁶ Cas. de 11 de mayo de 1970, CXXXIII, 112 a 134: *la mora creditoris* debe tener la calidad de obstáculo para el cumplimiento de la obligación, como condición para que atenúe su responsabilidad o lo exonere.

¹⁴⁸⁷ Del todo aplicable a la responsabilidad contractual: cas. de 11 de diciembre de 1940, L, 724.

¹⁴⁸⁸ Cfr. CATTANEO. *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., p. 464. Sobre la exigencia de la relación de causalidad entre la culpa de la víctima y el resultado a ella adverso, cfr. cas. de 6 de mayo de 1998, CCLII, 1.^{er} semestre, vol. 1, 1394 a 1413, y acerca de la autonomía y la discrecionalidad del fallador de instancia para apreciar el grado de participación de ella, cfr. cas. de 19 de abril de 1989, sin publicar.

¹⁴⁸⁹ ¹LRHVQHFDVLDLRTXHODFXOSDDGHXVIDFUFHQRVLXNDGHORSDUDMKLOR' *Droit civil, Les obligations*, 1.^{ere}, cit., n.º 732, p. 712. Cfr. ID. Ob. cit., n.º 733, p. 712 y ss.

¹⁴⁹⁰ ³PEHVHGHVWDFDU>@TXHSDUDHHFWRVGHGHWHUPLQDUODDOXGLGmayFRPSHQVDFLYQQRHVPH gravedad de la culpa, de modo que la mayor absorba a la menor, pues como viene de verse, la Corte ha precisado que para tal efecto debe el juez graduar cuantitativamente la relación de causalidad de la conducta de los implicados en la producción del SHUMXLFLR' ¹ *Id.* de mayo de 2000, exp. 5260, sin publicar. Cfr. cas. de 29 de abril de 1987, CLXXXVIII, 186; 23 de

641. concurrencia de causas

642. imposibilidad de la prestación de dar-entregar

¹⁴⁹⁸ En esa dirHFFLyQ□□DGXFLHQGR□TXH□HQ□OD□KLSyWHVLV□□³R□ELHQ□KD□IXHUJD□PD□RU□□\□HQ□WDO□FDVR□□QR□
de la ausencia de vínculo de causa a efecto entre el deudor y el daño sufrido por el acreedor. O bien no hay fuerza mayor, y
en ese caso, se KD□GH□FRQLGHUDU□DO□GHXGRU□UHVSRL□XBRDME\$ROADEFIA,REVADOLGADG,□ere., cit.,
n.º 728, p. 706.

1499 MARCELO. D. 16, 3, 72 SU□□□(O□TXH□GHEH□GLH)□□VL□ORV□KXELHUH□RIUHFLGR□D□VX□DFUHHGRU□□□HVWH□UHKX□
y luego el deudor no hubiere perdido sin culpa suya, puede ampararse con la excepción de dolo malo, aunque habiendo sido alguna vez requerido no los hubiere pagado; porque no es justo que esté obligado por el dinero perdido, porque no lo estaría.

1500 3/D GHVDS DULFLYQ GH FRVD HV XQ KHFKR TXH FDQFHOD OD GLVSRQLELOLGDG tVLF D GH OD FRVD SHU
VL μSHUPLWH LJQRUDU DEVROXWDPHQWH VX H LVWHQFLD VLELVD SOGHEHQWHXGKUFHSTHDFHQFRQMDUDKD
VISINTINI. *Tratatto breve della responsabilità civile*, cit., p. 152, con cita de COVIELLO (*Del caso fortuito in rapporto alla
estinzione della obbligazione*, 1895, 88 3/D SUHVWDFLYQ TXH WLHQH SRUHQHMHVSRQGLD FRM GHV
LPSRVLEOH WDPFLQ FXDQGR OD FRVD KD GHVDS DUHFLGR VLQ TXH SXHGD SRBDDVH VX SHUFLPLHQ
3^{HE} DVLPLODUVH DO FVVR GH GHVDS DUHFLPLHQWR FRQ LJQRUDQFLD VREUH XHHLQWHQFLD HO GHV
VHU LPSRVLEOH VX UHFXSUDFLYQ DXQTXH VLEBHQHJH DEVROXWDPHQWR obligaciones, II, cit.,
n.º 613, p. 198.

comodatario] no es responsable de caso fortuito, si no es: [...] 3.º Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya...”¹⁵⁰¹.

En fin, el deudor que hurtó o robó un cuerpo cierto asume la totalidad de los riesgos y ninguna excusa puede oponer al acreedor para redimir su obligación (art. 1735 c. c.).

645. pérdida durante la “mora accipiendi”*

Si el acreedor rehuye recibir el objeto, el deudor tiene la carga, para hacer cesar su responsabilidad, de ofrecer el pago por consignación (arts. 1656 y ss.). Cuando la cosa perece con posterioridad al secuestro, el problema se regula conforme lo establece el código en el título del depósito (arts. 2274, 2253 y ss. y 1663). Al perecer la cosa estando aún en poder del deudor, pero con posterioridad a la notificación de la oferta de pago, en razón de la *mora creditoris*, aquél solamente responde por el daño causado maliciosamente o por su culpa lata, cuyo tratamiento se asimila al del dolo (arts. 1739 y 63 c. c.).

646. acción del acreedor contra el tercero responsable de la imposibilidad

Si el deudor resulta exonerado de responsabilidad por haber logrado comprobar su extraneidad o su inocencia siendo admitido a esta demostración, la deuda se extingue, en todo o en parte, según el alcance del hecho del tercero causante de la inejecución y en esa misma medida termina o mengua su responsabilidad, y tan sólo tiene el compromiso de ceder al acreedor las acciones indemnizatorias que posea contra terceros causantes del daño (art. 1736 c. c.)¹⁵⁰². Ahora bien, en el evento de que el deudor haya obtenido resarcimiento de parte del tercero por el daño consistente en la destrucción o el deterioro de la cosa, es incuestionable que el acreedor podrá exigirle que le entere lo recibido¹⁵⁰³, en últimas, por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa.

Si, en cambio, según el caso, el deudor resulta convicto de culpa o no logra acreditar su extraneidad, o había asumido legal o convencionalmente el riesgo, la obligación persiste pero con sustitución del objeto; de deuda de cuerpo cierto se convierte en genérica de pagar suma de dinero, equivalente pecuniario del objeto y los daños y perjuicios que con su incumplimiento haya ocasionado al acreedor (art. 1731 [1] c. c.).

647. recuperación posterior de la cosa perdida

Si la cosa desaparecida es recuperada con posterioridad a la reparación, el acreedor puede exigir su entrega, devolviendo lo que recibió en razón de su precio (art. 1734 c. c.).

648. imposibilidad por pérdida imputable

¹⁵⁰¹ Hipótesis resaltada por MOSCO. *Impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 433, quien anota que conforme a la tradición, que viene del derecho romano (ULPIANO. D. 13, 6, 5, 4□□□*OD□YLRODFLyQ□GHO□GHEHU□GH□SUHIHULU□OD□FRVD□GDGD□HQ□FRPRGI V□UHPLWLy□DO□FRQFHSWR□GH□FXOSD'□

* G. STELLA. *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.

¹⁵⁰² Esta regla ha de aplicarse, no solamente a la hipótesis de destrucción, sino también a la de deterioro no equivalente a ella, cuando el acreedor recibe la cosa menguada (el residuo), por el consiguiente daño.

¹⁵⁰³ Así lo previene expresamente el art. 1259 *codice civile*.

El deudor que de manera inculpable, ignorando de buena fe su obligación, destruye, enajena o pierde la cosa debida, está obligado a pagar su precio, pero no a indemnizar perjuicios (art. 1737 c. c.)¹⁵⁰⁴.

La obligación de entregar géneros limitados puede, hipotéticamente, hacerse imposible por su agotamiento, pues habiéndose llegado a la especificación, se perdieron los ejemplares restantes, con una disciplina análoga a la de la pérdida del cuerpo cierto¹⁵⁰⁵.

Pasando ahora a las obligaciones de hacer, se tiene que distinguir entre el hacer fungible y el hacer personal y, más aún, el personalísimo. En principio, la obligación de un hacer en el que lo que importa es el servicio o la obra en sí, y poco o nada quién ejecute la prestación no está llamada a extinguirse por una imposibilidad personal del deudor (subjettiva), toda vez que cabe la sustitución del operario o artífice. Es, pues, del caso anotar que, de la misma forma que el deudor puede valerse de otra persona para satisfacer el interés del acreedor, y que no es aceptable la oposición de este a la intervención de aquella (art. 1630 c. c.), es elemental la consideración de que el deudor no debería ser admitido a alegar una imposibilidad propia, y no general u objetiva, dado que suyo es el riesgo, y bien puede conseguir a alguien que lo sustituya. Sin embargo, esa que pudiera considerarse una regla general o una respuesta lógica experimenta numerosas restricciones o atenuaciones en diferentes categorías y especies de contratos. así, p. ej., el mandato termina “por la muerte del mandatario; por su quiebra o insolvencia; por su interdicción” (art. 2189 c. c.); “todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario” (art. 2062 c. c.); el contrato de trabajo termina “por muerte del trabajador” (art. 61 c. s. t. [art. 6.º Dcto. 2351 de 1965]).

Quando el obstáculo consiste en la desaparición del medio o el instrumento prevenidos para la ejecución de la labor o en la imposibilidad de emplearlos, ha de tenerse en cuenta la eventualidad de su sustitución o reemplazo en condiciones normales, de conformidad con la naturaleza de la relación obligatoria y la previsión de las partes¹⁵⁰⁶.

La imposibilidad objetiva o absoluta también puede presentarse, aunque los ejemplos no abundan. Valga citar los de la excursión o gira que no puede realizarse por razones metereológicas o de orden público, y de la obra que no puede ejecutarse o proseguirse por pérdida de la cosa sobre la cual debía realizarse.

¹⁵⁰⁴ En esta disposición nuevamente se aprecia con claridad la diferencia conceptual y normativa entre la *perpetuatio obligationis*, cuyo objeto pasa del débito primario al subrogado pecuniario, y la obligación resarcitoria, mejor que de perjuicios, del interés del acreedor, surgida del incumplimiento.

¹⁵⁰⁵ porjuicios, del interés del acreedor, surgida del incumplimiento.
 0LHQWUDV□TXH□OD□IXHUJD□PD/RU□SXHG□WHQH□PX□YDVVD□DSOLFDFLyQ□VL□VH□KD□SURPHWLGR□XQ□F
 menor si el objeto hace parte de un *genus limitatum*; si el deudor debe una cosa de género, que no pertenezca a un *genus*
limitatum□OR□SXHG□LOYRFDU□OD□IXHUJD□PD/RU□SDUEFACIO□HOWR□HUIO□FDV□GH□

de la prestación, como sería el evento de un transporte breve, que normalmente se realiza por medio de vehículos automotores, que se hace imposible por vía terrestre, pero quedando abierta la posibilidad de hacerlo por medio de

KHOLFySWHUR□□QR□VH□OH□HJLJH□DO□GHXGFRIMBEMDhuachui & SURHYpyo□n.º 244, p. 342.

La imposibilidad puede ser física, que es la que de ordinario se toma como sinónimo de imposibilidad y da lugar a más ejemplos, o jurídica, inusitada, pero susceptible de ocurrir, en toda oportunidad en que el hacer correspondiente viene a ser prohibido normativamente, obvio que antes de la exigibilidad de la obligación¹⁵⁰⁷.

Y cuando el hacer se proyecta en la realización de una obra, en cuanto la pérdida de los materiales y de ella, se habrán de seguir las pautas trazadas a propósito del “contrato para la confección de obra material”: tratado como de venta, si el artífice suministra la materia (art. 2053 [1 y 2] c. c.), y como de arrendamiento, “si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra” (art. 1053 [3 y 4] c. c.)¹⁵⁰⁸.

651. imposibilidad de obligación de no hacer

Sobre la obligación de no hacer es general la afirmación de que en ella es inadmisibles la imposibilidad de ejecución, y las eventualidades que pueden mostrarse de imposibilidad física son del todo marginales: el deudor que por *metus* se ve forzado a realizar la conducta prohibida, y en cuanto a la imposibilidad jurídica, el caso de una norma que venga a prohibir la asunción de obligación de esa determinada abstención¹⁵⁰⁹.

652. imposibilidad sobrevenida y prestación correlativa

Por último, ha de precisarse que al examinar aquí la imposibilidad sobrevenida como el advenimiento de un suceso que impide definitivamente la ejecución de la prestación y al que se le otorga en determinadas circunstancias el efecto de extinguir la obligación y liberar al deudor, dejando al acreedor insatisfecho, la cuestión se circunscribe a esa relación crediticia en singular, sin entrar a pronunciarse sobre la subsistencia o la extinción simultánea por dicho motivo del crédito a favor del deudor liberado, en razón de obligación surgida de contrato de prestaciones correlativas (bilateral, art. 1496 c. c.), problema cuyo tratamiento es propio de otra sede¹⁵¹⁰, cual se anotó al dejar pendiente la misma pregunta para el caso de extinción de la obligación porque el acreedor no colaboró o no concurrió en la oportunidad única para la ejecución de la prestación¹⁵¹¹.

A título informativo se trae a colación que el art. 1463 *codice civile* dispone, para el caso de “imposibilidad total” de una de las prestaciones surgida de contrato de prestaciones correlativas que, “... la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y debe restituir lo que hubiera ya recibido, conforme a las normas del pago de lo indebido”, y que el art. 1464 prevé para el caso de “imposibilidad parcial” que el acreedor de la cosa puede pedir la reducción del precio y, según las circunstancias, la correspondiente devolución, o terminación del contrato por carencia de interés en el cumplimiento parcial; es decir, que, en tales eventualidades, si bien

¹⁵⁰⁷ El art. 1062 F.º FR.º GLVSRQH.º 6.º H.º FXVDU.º HO.º QR.º FXPSOLPLHQWR.º GH.º OD.º JDUDQW.º D.º SRPHVD.º HQ.º YLUWX.º REOLJD.º D.º KDFHU.º R.º QR.º KDFHU.º GHWHUPLQDGD.º FRVD.º R.º D.º FXPSOLPLHQWR.º GH.º OD.º JDUDQW.º D.º SRPHVD.º HQ.º YLUWX.º LQFXPSOLPLHQWR.º KD.º OOHJDGR.º D.º VLJQLILFDU.º YLRODFLYQ.º GH.º XQD.º OH.º SRVWHULRU.º D.º OD.º FHOHEUDFLYQ.º GH.

¹⁵⁰⁸ Cfr. Sala civil de única instancia, 28 de octubre de 1940, L, 630; cas. de 6 de mayo de 1969, CXXX, 82.

¹⁵⁰⁹ Cfr. nota 82, relativa al art. 1062 c. co.

¹⁵¹⁰ Sumariamente se puede anotar la diferencia entre lo dispuesto para el contrato de compraventa por el código civil (art. 1876) y el código de comercio (arts. 929 y 930); y que, a la terminación del contrato para la construcción de una obra por muerte del artífice o empresario, el que la encargó ha de pagar el valor de los trabajos o materiales preparados y de los trabajos ejecutados (art. 2062 c. c.). Otro tanto ha de predicarse de las distintas especies de mandato.

¹⁵¹¹ De todos modos, cfr. cas. de 25 de febrero de 1959, XC, 70 y s.

El BGB previene al respecto, de conformidad con el texto de la ley de modernización del derecho de obligaciones que entró a regir el 1.º de enero de 2002: § 275: *Exclusión del deber de prestación*. (1) La pretensión a la prestación se extingue cuando esta se hace imposible para el deudor o para cualquiera persona. (2) El deudor puede rehusar la ejecución de dicha pretensión cuando le implique un esfuerzo que, habida consideración del contenido de la relación crediticia y los mandamientos de la buena fe [*Treu und Glauben*] sería grandemente desproporcionado en comparación con el interés del acreedor en la prestación. Para la determinación del esfuerzo exigible del deudor habrá de tenerse en cuenta, también, si él procuró superar el obstáculo. (3) El deudor puede rehusarse a la prestación si, debiendo ejecutarla personalmente, no le es exigible comparando los obstáculos que existen para su ejecución con los intereses del acreedor en la prestación [...]

§ 326. *Liberación de la contraprestación* [...] (1) Si de acuerdo con el § 175 (1 a 3) el deudor no está obligado a ejecutar la prestación, no tendrá derecho a exigir la contraprestación [...] (2) Siendo el acreedor el responsable único o siendo responsable en buena parte del hecho por el cual el deudor no debe ejecutar la prestación, conforme a lo dispuesto por el § 275 (1 a 3), o si tal hecho ocurre estando el acreedor en mora de aceptar la prestación, el deudor puede exigir la contraprestación. Sin embargo, será deducible de esta lo que él se ahorre en virtud de la exención de la prestación o lo que adquiera utilizando su fuerza de trabajo en otra actividad, o lo que deje de adquirir malintencionadamente [...] § 446. *Transferencia del riesgo y las cargas*. (1) Con la entrega del objeto vendido se traslada al comprador el riesgo de desaparición y deterioro fortuito. (2) A partir del momento de la entrega le corresponden al comprador el usufructo y las cargas del objeto. (3) En lo que respecta a los efectos de la entrega no interesa si el comprador se encuentra en mora de recibir.

1512 § Q□□ HIHFWR□□ OD□ LPSRVLELOLGDG□ VREUHYQLG□ HV□ FDXVD□ GH□ UHVROX□□ QberG□□ QberG□□ WUDWR□ □□ SRU□□ imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable a él, pierde el derecho a la contraprestación (art. 1663 *codice civile*), pero esta regla encuentra temperamentos por la presencia de excepciones que tienen en cuenta, en primer lugar, el hecho de que la causa de la imposibilidad se deba al otro contratante, caso en el cual el deudor de la prestación hecha imposible conserva el derecho a la contraprestación y, en segundo lugar, la necesidad de repartir entre ambas partes el ULHVJR□ GH□ OD□ LPSRVLELOLGDG□ GHULYDGD□ GH□ XQD□ FDXVD□ TXH□ QMISHN□ LPSRVLELOLGDG□ QMISHN□ QMISHN□ QLQJXQD□ GH□ ODV *responsabilità civile*, cit., p. 149 y s. Cfr. CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XI, cit., n.º 1182 y ss., p. 679 y ss.; FUEYO LANERI. *Derecho civil, De las obligaciones*, II, cit., n.º 629 y ss., p. 217 y ss.

* Cfr. G. ASTUTI. *Compensazione, premessa, Storia*, en EdD., VIII, Milano, 1961; G. RAGUSA-MAGGIORE. *Compensazione, diritto civile*, en EdD., VIII, Milano, 1961; M. COSENTINO PATTI. *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Napoli, 1983; G. DUBOC. *La compensation et les droits de tiers*, Paris, 1989; N.-C. NDOKO. *Les mystères de la compensation*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 4, Paris, 1991, p. 661 y ss.; M. C. DALBOSCO. *La compensazione per atto unilaterale (la c. d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1989, I; ID. *Della compensazione giudiziale ovvero di un'apparenza normativa*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1991, I; ID. *La compensazione convenzionale*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1996, I; A.-M. TOLÈDO. *La compensation conventionnelle*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n.º 2, 2000, p. 265 y ss. P. PICHONAZ. *La compensation*, Suisse, Ed. Universitaires Fribourg, 2001.

es, pues, ocioso acudir al *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia: “Compensar, igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa en el de otra”. De compensación se trata en distintos sentidos y con diferentes alcances: de compensación de culpas (art. 2357 c. c.), de *compensatio lucro cum damno*, y cuando se habla de la compensación como modo extintivo de las obligaciones, inmediatamente viene a la memoria la definición de MODESTINO: *debiti et crediti inter se contributio* (D. 16, 2, 1): imputación de un crédito al pago de una deuda. Como en la poesía: “nada me debes, nada te debo; vida, estamos en paz”. La compensación consiste, en principio, en la extinción simultánea de varias deudas diferentes cuando las partes son recíprocamente deudoras (art. 1714 c. c.). Compensación quiere decir una confusión de obligaciones, no por el aspecto subjetivo, como en la figura de la confusión propiamente dicha, sino en cuanto a su objeto. Así “se evita un doble pago, una doble entrega de capitales y de ese modo se simplifican las relaciones del acreedor y del deudor, a la vez que asegura la igualdad entre las partes”. Si yo soy deudor de alguien, que a su turno me debe a mí de lo mismo, natural es la sugerencia de conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor. Por ello se dice que es un modo “satisfactorio” de extinción de las obligaciones, que “no implica la actuación de la relación jurídica, lo cual se traduce en una garantía, ni la satisfacción del crédito, pero sí la del acreedor”, y se agrega que es un subrogado del pago; todo ello cualquiera que sea la fuente de las obligaciones en juego. “La figura de la compensación presupone una realidad económico-social caracterizada por una multiplicidad e intensidad de relaciones obligatorias, en especial de las pecuniarias, tales, como para exigir una simplificación de los hechos extintivos, de modo de eludir el doble pago”¹⁵¹³.

En la compensación como modo extintivo, van juntos dos efectos: uno satisfactorio del acreedor, otro liberatorio del deudor. Por el primer aspecto, es incuestionable que cada acreedor, indirectamente que sea, no sólo asegura el logro de su interés, sino que lo alcanza, especialmente en la compensación legal, dada la exigencia de que las obligaciones compensadas tengan por objeto géneros homogéneos, al no tener que hacer erogación alguna, o sea al conservarlos en su poder o no estar compelido a conseguirlos. Hay allí una ventaja patrimonial cierta para él: no tener que desembolsar nada, que se complementa con la seguridad de la apropiación implícita o de la evitación de su pago, que se resalta al hablar de la garantía real del crédito que acarrea la posibilidad de compensación. De ahí su aproximación tradicional al pago: *ficta solutio*, por cierto confusa, pues en lo que se le asemeja es tan sólo en el carácter satisfactorio. Y por el aspecto liberatorio, este efecto de la figura significa un alivio definitivo para cada deudor, con la tranquilidad ya anotada en cuanto hace a la eliminación del riesgo de su propio crédito¹⁵¹⁴.

654. historia*

¿Cómo surgió la figura y cómo se fueron perfilando sus caracteres y su funcionamiento? Estos los primeros pasos de una institución de cuya importancia y magnitud de empleo son

¹⁵¹³ ASTUTI. *Compensazione*, cit., n.º 7, p. 13.

¹⁵¹⁴ “\$ OD FRPSHQVDFLyQ VH OD SXHGH VH OD GHEH PLUDU GHVGH HO SXQWR GH YLVWD GH TXLHQ propia deuda, sino que indirectamente obtiene lo que se le debía, al propio tiempo que desde el punto de vista de quien, VRSRUWiQGROD D PIV GH µFXPSOLU YH VDWLVHFKR VX SURSLR FUpGLWR D amwLQLyQ GH ODV deudores sean liberados y, simultáneamente, que los créditos de ambos VHDQ VDWLVHFKR. La compensazione per atto unilaterale, cit., p. 360.

* G. ASTUTI. *Compensazione, storia*, en EdD., VIII, Milano, 1961.

muestra las operaciones bancarias cotidianas en la mesa de compensación (*clearing house*). Como aparece dispuesto en el *Commentarius Quartus* (61-68) de las Instituciones de GAYO, dedicado a las acciones, la *compensatio* opera en los juicios de buena fe, en los que el juez puede apreciar equitativamente lo que pretende el actor, comparado con lo que, a su turno, él debe *praestare* al demandado por la misma causa, y condenar a este por el saldo a su cargo (61); en general, con cierta discrecionalidad y libertad hasta para no tener en cuenta la compensación propuesta, que ha de basarse en un crédito surgido *ex eadem causa*, así no se trate de prestaciones y bienes de la misma índole, que se estiman en dinero (63); pero con ciertas particularidades en lo que atañe a la acción del banquero, que debiendo descontar previamente lo que a su vez le debía a su cliente, sólo podía pretender la diferencia (64), so pena de perderlo todo si se excedía en su demanda (68); y en lo que respecta al comprador de los bienes del deudor insolvente que se comprometía a pagar un determinado porcentaje de los créditos, que al pretender el pago de los deudores del fallido debía deducir lo que este a su turno les debía (65), sólo que aquí sin el riesgo de pérdida por demasía (*plus petitio*), habida consideración de que el *bonorum emptor*, a diferencia del *argentarius*, no se suponía al corriente de las cuentas recíprocas (68), y con las diferencias adicionales de que en la compensación del banquero “sólo entran las cosas del mismo género y naturaleza, en tanto que en el descuento [del *bonorum emptor*] puede concurrir lo que no es del mismo género” (66), y de que en el primer caso “se compensa únicamente lo que es exigible (*quod in diem debetur*)”, en tanto que en el segundo “se computa lo que se debe a término” (67).

Así, dentro del procedimiento formulario se tuvieron, con los caracteres señalados, una compensación genérica *ex fide bona*, *ex bono et aequo* por parte del juez, con el solo requisito de proceder las deudas de una misma causa (*ex eadem causa*), y dos compensaciones específicas, mediante deducción o descuento previos. Aquella ante la alegación del demandado y estas por imposición legal (*agere cum compensatione* o *agere cum deductione*). A partir de ahí, en el derecho justiniano se dio un paso hacia una aplicación más amplia de la figura, con el otorgamiento al demandado de una *exceptio doli*, para alcanzar del juez una *compensatio ex dolo*, y del derecho de impetrar la suspensión del proceso del acreedor mientras se decidía el que él hubiera ya intentado para el pago de lo debido a él por este. En ese estado, fácil sería avanzar hacia el empleo de las *mutuae petitiones* en el procedimiento extraordinario, dejando de lado la exigencia de descuento o deducción preventivos.

En el derecho justiniano las novedades consisten en el requisito de liquidez de los créditos y en que la compensación se hace *ipso iure* (C. 4, 31, 14 pr.), y ya no por obra del juez, pero siempre con la exigencia de su *oposición* por parte del demandado (C. 4, 31, 14, 1). “La compensación debe ser invocada por la parte y declarada por el juez, sin embargo, opera *ipso iure* y no *officio iudicis* y, por tanto, sus efectos se retrotraen, es decir, se consideran dados *ab initio*, desde el momento en que los créditos llegaron a coexistir”, sin campo para la discrecionalidad del juez, como antaño: desde el momento en que en los créditos concurren los requisitos de ley, las garantías se extinguen, los intereses dejan de correr y el deudor que, pudiendo alegar la compensación, llegó a pagar, puede echar mano de la *condictio indebiti* para repetir ese pago de lo no debido.

Los requisitos de la compensación justiniana fueron: la liquidez o liqui-dabilidad del crédito aducido; la homogeneidad de las prestaciones, que debían tener por objeto bienes fungibles de la misma clase y, por supuesto, la coincidencia invertida de las personas del acreedor y el deudor. Por ello, el demandado no podía oponer en compensación el crédito

de un tercero a cargo del demandante¹⁵¹⁵, como tampoco el suyo contra un tercero¹⁵¹⁶, ni el deudor solidario el de su codeudor¹⁵¹⁷. Por lo demás, la compensación podía ser legal-judicial o convencional, dado que en ausencia de los requisitos normativamente establecidos, las partes bien podían acordar la liquidación de sus deudas mediante las sumas y la resta (deducción) propias de la compensación. El juez, de resultas de la excepción opuesta, declaraba la compensación, y la extinción de la relación obligatoria era consecuencia de su pronunciamiento¹⁵¹⁸.

655. disciplina legal de la compensación

Así se proyectó la institución en las codificaciones, luego de una práctica intensa en las relaciones entre comerciantes, como un modo general de extinción de las obligaciones: la compensación produce la eliminación de las varias deudas que recíprocamente existen entre unas mismas personas, hasta concurrencia de la menor, de modo de dejar pendiente tan sólo la diferencia a favor del titular del crédito de cuantía superior. Sería antieconómico, a más de incomprensible, exigir que, no obstante estar en presencia de acreedor y deudor recíprocos, de obligaciones genéricas o dinerarias homogéneas y exigibles, necesariamente hubiera de acudir al pago para su extinción¹⁵¹⁹. Es más, la figura de las “casas de compensación”, para el cruce de cuentas entre los bancos en los que distintos cuenta correntistas han consignado cheques girados a su favor contra otros bancos, y su empleo cotidiano, hace pensar en una compensación “forzosa”.

Una vez determinados los contornos de la figura, se pasa a examinar sus rasgos en el derecho contemporáneo, sus requisitos, su operatividad, sus efectos.

656. compensación voluntaria

Para comenzar ha de recalcarse que, aun cuando el ordenamiento nacional no la previene expresamente¹⁵²⁰, nada se opone a la presencia de la *compensación voluntaria* de cualesquiera créditos y deudas (*cash against documents*): a su discreción, las partes celebran el correspondiente negocio jurídico, con las solas exigencias de su capacidad y, primordialmente, su poder de disposición: el que de suyo tiene el titular del crédito o el que por acto de apoderamiento le hayan conferido a un tercero aquel o la ley, por lo mismo que con la compensación cada sujeto-parte, no sólo se libera de una obligación, sino que dispone de un crédito¹⁵²¹. Dicha compensación puede describirse como una figura autónoma, distinta, tanto del pago como de la remisión, si bien con análoga función extintiva, sea que las partes obvien la intervención del juez mediante operación contable

¹⁵¹⁵ (O DFUHHGRU QR HV REOLJDGR D FRPSHQVDU OR TXH HVDUHQ HUNDU R WDOHQH D TXH SU FRPSHQVDU SRU HO TXH HV GHPDQGDGR BREINNO SURSLD LGHXGD')

¹⁵¹⁶ 6L HO WXWRU SLGLHUD OR TXH VH GHEH D ORV SXSLORV QR SXHGH RSRQHUVH OD FRPSHQVDFLyQ GH HQ VX SURSLR QRPEUH DADGYHUVLJR')

¹⁵¹⁷ “Si dos promitentes no son socios, no le aprovechará a ninguno lo que el estipulante deba al otro”: PAPIANO. D. 45, 2, 10.

¹⁵¹⁸ DALBOSCO. 'HOOD FRPSHQVDJLRQH JLXGLJLDOH RYYHURGLHQ DADGYHUVLJR')

¹⁵¹⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 487, p. 255.

¹⁵²⁰ Jurisprudencialmente fue reconocida desde auto Sala casación civil de 19 de septiembre de 1899, XIV, 352. El art. 1252 *codice civile* SUHYLHQH *Compensación voluntaria*. Por voluntad de las partes puede darse compensación, aun cuando no se reúnan las condiciones previstas en los artículos precedentes. Las partes pueden también establecer preventivamente las FRQGLFLRQHV GH WDO FRPSHQVDFLyQ')

¹⁵²¹ SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., 510, p. 263.

Una *quaestio vexata*. Cfr. M. C. DALBOSCO. *Della compensazione giudiziale*, cit., I, p. 730 y ss. Las expresiones: *ipso iure fit compensatio, sine facto hominis y cum ab homine opposita fuerit*, muestran esa oposición, que ciertamente vino a resolverse con la prevalencia del requisito de la oposición: la compensación es un derecho potestativo del demandado, que también puede hacer valer como actor, y no una imposición legal. Los §§ 387 y 388 BGB GDQ□XQD□LGHD□FODUD□GH□OD□FXHVWLyQ□□³&DGI de las dos personas que se deben mutuamente prestaciones cuyas objetos son de igual naturaleza, puede compensar la pretensión de la otra, en cuanto sea exLJLEOH□OD□SUHVWDFlyQ□GH□TXH□HV□DFUHHGRUD□□SXHG□HMHFXWDU□OD□VX□D UHDOLID□PHGLDOWH□GHFODUDFLyQ□IUHOWH□D□OD□RWUD□SDUWH□□□□□

que dicha oposición, cuya naturaleza jurídica de acto dispositivo de intereses es manifiesta, es un requisito constitutivo de la compensación y sus efectos¹⁵²⁶. De ahí que el juez no pueda declararla oficiosamente, por lo mismo que no puede suplantar a los particulares en el ejercicio de la autonomía privada de ellos, acá la decisión de no ejecutar la prestación debida, sino que le es propio atenderla por vía de acogimiento de la excepción de compensación.

Y dentro del marco de compensación legal es menester incluir la figura de la compensación sin intervención judicial, directa por parte del banco, que se encuentra autorizado para “acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores, salvo pacto en contrario”, y que, siguiendo el principio general de la reciprocidad estricta, no opera “en tratándose de cuentas corrientes colectivas respecto de deudas que no corran a cargo de todos los titulares de la cuenta corriente” (art. 1385 c. co.)¹⁵²⁷.

660. “*ipso iure*”, pero no “*sine facto hominis*”

En la presentación y las explicaciones que la doctrina ha venido haciendo de la figura de la compensación desde su incorporación en el *code civil français*¹⁵²⁸, tomado por el señor BELLO para la redacción del código civil de Chile¹⁵²⁹, ha sido un quebradero de cabeza esa antinomia entre la eficacia *ipso iure* y la necesidad de oposición de parte y pronunciamiento de juez. Los autores suelen detenerse a repetir que los Glosadores y Comentadores malentendieron los textos justinianeos, de lo cual resultó el embrollo que por la vía de POTHIER se trasladó al código¹⁵³⁰.

661. la compensación legal
opera “*per ministerium iudicis*”

La compensación legal, esto es, aquella que no practican y celebran las partes de común acuerdo, sino que propone u opone una de ellas a la otra, demanda, dentro del sistema

¹⁵²⁶ Así DALBOSCO. *La compensazione per atto unilaterale*, cit., p. 362.

¹⁵²⁷ Con relación a los deberes de advertencia y cuidado de parte del banco y a su responsabilidad consiguiente, cfr. cas. de 10 de abril de 2001, exp. 5142, sin publicar.

¹⁵²⁸ \$UW□□□□□□□□□□³/D□FRPSHQVDFLyQ□RSHUD□GH□SOHQ□GHUHFQR□SRU□OD□VROD□IXHUJ□D□GH□OD□OH□□□DXQ□VLQ

¹⁵²⁹ Art. 1656 (1715 c. c.): “La compensación se opera por el solo ministerio de la ley aun sin conocimiento de los deudores...”. Art. 1660 (1719 c. c.): “Sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, 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”.

¹⁵³⁰ En lo que respecta a la doctrina sobre el código de BELLO, valgan estas referencias: CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 6, cit., n.º 1845, p. 529, adelanta la siguiente explicación: “Esta disposición [el art. 1845 (1715 c. c.)] consagra el principio fundamental que hace de la compensación un modo de extinguir las obligaciones, que opera por la sola fuerza del derecho, por el solo ministerio de la ley aun sin conocimiento de los deudores. Prácticamente, sin duda, como el juez ignora que se ha efectuado la compensación de la deuda que demanda el acreedor demandante, o el que se presenta como tal, es indispensable que el demandado invoque la compensación y la alegue en su defensa”. VALENCIA ZEA. *De las obligaciones*, cit., § 172, III, p. 453, sostiene que “[d]e la regla de que la compensación obra por ministerio de la ley, aun sin necesidad de que lo sepan los deudores, se deducen consecuencias absurdas e inequitativas; pero el legislador ha tratado de evitarlas, de lo cual resultan verdaderas incongruencias [...] Por otra parte, las consecuencias que se deducen de la regla de que la compensación antes que un instrumento de crédito, de garantía y seguridad, es un medio de pago, también deben ser mitigadas notablemente, en vista de las manifestas injusticias a que conducen”. De su parte, OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 702, p. 444 y ss., se pronuncia así: “Si la ley opera *per se, ipso iure*, es un contrasentido someter su eficacia a una condición cual es el querer de los interesados. Es inadmisibles que en el estado actual del derecho se rinda homenaje a semejante ilogismo [*sic*] de los descubridores medioevales del derecho romano, aun a pretexto de que el error hermenéutico de estos ofrece cierta conveniencia práctica”.

nacional, un pronunciamiento judicial, en virtud de la interposición de una excepción por el demandado o, eventualmente (como también ocurre en el caso de la prescripción), de la formulación de una demanda: el juez, en fuerza de la solicitud de una de las partes y dado el desacuerdo o, simplemente, el no acuerdo de ellas, verifica la presencia de los varios requisitos de ley y, en consecuencia, declara la extinción de las deudas recíprocas en la medida que corresponda. Se trata, pues, de un mecanismo que exige alegación y decisión judicial: opera *ministerium iudicis*. La exigencia de la oposición de la compensación es incuestionable: esta es un instrumento de tutela o defensa de los intereses de las partes, y cada cual es árbitro de los suyos; la alegación es una carga, y si el interesado no ejerce en tiempo el derecho, esto es, si no se ejecuta el “acto necesario”, no se beneficiará del resultado benéfico. El juez no puede suplantar al interesado, a quien, por lo demás, la ley no le puede imponer una satisfacción mutua forzada, que tal es la compensación, figura ajena al orden público.

El art. 343 c. j., a tiempo que le indicaba al juez el deber de reconocer la excepción perentoria, de oficio, “cuando hallara justificados los hechos constitutivos de ella”, señalaba la salvedad de “la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse”, y la jurisprudencia fue terminante en la agregación a esa salvedad de la compensación, precisamente con base en lo dispuesto por el art. 1719 c. c.¹⁵³¹. El código de procedimiento civil, en su art. 306 [1], mantuvo aquel deber del juez de reconocer oficiosamente toda excepción cuyos hechos constitutivos aparezcan probados, y al señalar las salvedades completó el elenco incluyendo, a más de la de prescripción, las excepciones de compensación y nulidad relativa, y fijó oportunidad perentoria para la invocación de todas ellas: “la contestación de la demanda”, en general (art. 96 c. de p. c. [num. 45, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989]), y “dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo o a la del auto que resuelva sobre su reposición, confirmándolo o reformándolo” (art. 509 c. de p. c. [num. 269, art. 1.º, Dcto. 2282 de 1989]).

El ejercicio de la compensación legal es una declaración unilateral dirigida al juez, de ordinario por vía de excepción, pero que también puede ocurrir mediante demanda¹⁵³², y que tiene por destinatario al otro acreedor-deudor, por lo cual es esencialmente recepticia. Además, no es susceptible de condicionamiento (§ 388 BGB).

Quiere decir lo anterior, que si la persona aspirante a compensar no toma la iniciativa de impetrar declaración judicial a propósito y no alega la excepción tempestivamente (art. 509 c. de p. c.), pierde el derecho a la extinción de la deuda a su cargo por ese modo. Se suele decir que así renuncia a la compensación¹⁵³³; pero lo que ocurre es que ese derecho caduca por preclusión de la oportunidad y, por lo mismo, habrá de satisfacer su obligación directamente, sin perjuicio de la conservación de la plenitud de su derecho y pretensiones de acreedor (art. 1719 c. c.)¹⁵³⁴.

662. alegación de la compensación

¹⁵³¹ Cfr. cas. de 22 de abril de 1919, XXVII, 186; 7 de diciembre de 1938, XLVII, 475.

¹⁵³² La doctrina alemana habla, en su orden, de *Passivforderung* y *Aktivforderung*; en este último evento, se dice que quien demanda pretende la ejecución de la obligación de que es acreedor, sólo que mediante un subrogado: SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 499, p. 259.

¹⁵³³ Así, cas. de 3 de diciembre de 1935, XLIII, 412.

¹⁵³⁴ H[DK]TXH[VH]KDEOH[GH]OD[FRPSHQVD]LyQ[FRPR]XQD[JDUDQW]D[O]DFUHHGRU[TXH]FRPSHQVD[VX]FU seguro de recibir un pago completo. Cuando su deudor es insolvente, evita el concurso con los demás acreedores [...] Ello H[SOLFD]OD[UHWLFHQFLD]GH[GLVWLQWDV]OHJLVODFLRQHWMA[Q]SUAH[VHQ]ASDL[Q]H[S]OVL[FRPSHQVD]LyQ[Théorie générale, cit., n.º 1145, p. 1183 y s., y n.º 1156, p. 1192 y s.

Análoga a la estructura y el funcionamiento de la prescripción, no por acaso su disciplina procesal coincide (art. 306 [1] c. de p. c.); el debate acá es antiguo y enconado, frente al cual es preciso distinguir la presencia de los requisitos objetivos de la figura, que la hacen viable o factible (compensabilidad, prescriptibilidad), de la ocurrencia misma de ella y su eficacia (deudas compensadas, deuda prescrita). Esto, como quiera que el acto correspondiente de cualquiera de los sujetos de las relaciones obligatorias (o del deudor en la prescripción) que la invoca no es un mero catalizador o impulsor, sino que es una verdadera disposición de intereses, ejercicio de un derecho potestativo¹⁵³⁵, y el efecto (acá, satisfactorio y liberatorio) es resultado de él, sobre la base de la presencia de los restantes elementos del *factum* normativo¹⁵³⁶.

Cuando a la demanda del acreedor, enderezada a obtener su satisfacción por vía ejecutiva, el deudor demandado opone la compensación, el juez adquiere competencia para decidir sobre la viabilidad de tal modo extintivo de obligaciones recíprocas, y habrá de proceder a verificar la plenitud en todas ellas de los requisitos de ley, por lo cual su pronunciamiento será declarativo, de comprobación (*acertamiento*), indispensable, en todo caso, para la eficacia de la compensación, por cierto, *ex tunc*¹⁵³⁷.

663. naturaleza jurídica del acto de invocación

Esa alegación es una declaración de parte, que ha de cumplir con los varios requisitos propios del proceso, y que en lo que reza con el derecho sustancial es catalogable como un acto jurídico *strictu sensu*, es decir, como un hecho que hace parte del *factum* normativo en cuanto conducta humana, realizada a propósito, pero cuyos efectos están dispuestos íntegra y exclusivamente por la ley. Esa la explicación lógica de la frase del art. 1715 c. c.: “La compensación se opera [...] aun sin conocimiento de los deudores...”, previsión que necesariamente ha de ser complementada con la contenida en la norma del art. 1719 c. c.: “Sin embargo de efectuarse la compensación por ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, 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”. Lo cual no dice otra cosa que: si el acreedor no alega la compensación, el juez no la puede pronunciar y, por lo mismo, no hay compensación, así se den los requisitos subjetivos y objetivos de la figura¹⁵³⁸.

¹⁵³⁵ Así DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale*, cit., p. 370 y nota 40.

¹⁵³⁶ 3/D □ HVWUXFWXUD □ GHO □ VXSXHVWR □ GH □ KHFKR □ GH □ OD □ FRPSHQVDFLyQ □ FRPSUHQGH □ SXHV □ WDQWR □ OD □ FV □ cuanto la voluntad de *valerse* no (como frecuentemente se dice) de la compensación (ya ocurrida), sino del *poder de compensar*. Así, la simple coexistencia de los créditos hace de elemento lógica y temporalmente anterior a la declaración: de primer presupuesto, *necesario pero no suficiente*, para la operativLGDG □ GHO □ IHQyPHQR □ FRPSHQVDFLyQ □ *compensazione per atto unilaterale*, cit., p. 365.

¹⁵³⁷ Sobre la calificación de la oposición como “excepción”, la naturaleza de dicha actuación y sus efectos procesales y sustancial, cfr. el estudio amplio y profundo de DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale*, cit., n.º 5 y s., p. 370 y ss.

¹⁵³⁸ Especialmente ilustrativo es este recuento de la evolución de la figura, que traen MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1156, p. 1192 □ V □ □ □ □ (Q □ GHUHFKR □ URPDQR □ OD □ FRPSHQVDFLyQ □ GHEtD □ VHU □ GHPDQGDGD □ MXC □ las acciones de derecho estricto, por medio de la excepción de dolo propuesta *in limine litis*. JUSTINIANO, teniendo en cuenta la modificación del procedimiento romano [...] indicó que no era menester proponer expresamente la excepción de dolo desde el comienzo del proceso [...] Los juristas bizantinos tradujeron esta situación diciendo que la compensación opera *ipso iure* y no *exceptionis ope*; pero la compensación era judicial en el sentido de que, salvo acuerdo de las partes, debía ser demandada judicialmente y pronunciada por el juez. Los comentaristas de la edad media vacilaron acerca del sentido que debía darse a las palabras *ipso iure*. Tres interpretaciones fueron propuestas: AZÓN y ACCURSIO, fieles intérpretes del derecho romano, exigían que la compensación fuera opuesta en juicio y pronunciada por el juez, aun cuando admitiendo la retroactividad de la decisión. Para BARTOLO, *ipso iure* quería decir *sine facto iudicis* (sin intervención del juez); una

La intervención del juez tiene por función comprobar la plenitud de los requisitos subjetivos y objetivos de la figura y declarar formalmente la extinción de las deudas y la medida de ella. En ese sentido la compensación legal es judicial¹⁵³⁹, y la providencia respectiva es de “acertamiento”, verificación de la presencia del supuesto de hecho, o sea “puramente declarativa”. Y en lo que respecta a la actuación judicial, se anota que, como lo tienen establecido doctrina y jurisprudencia, el pronunciamiento sobre la compensación sólo se hará una vez resueltas las demás excepciones que tengan que ver con la existencia y consistencia de las obligaciones en cuestión, dado que la compensación no puede darse sino entre obligaciones vigentes¹⁵⁴⁰.

¿Cuáles esos requisitos?¹⁵⁴¹. Los requisitos o presupuestos de la compensación son: la reciprocidad de las obligaciones, la fungibilidad del objeto, la exigibilidad y liquidez de las prestaciones, y la disponibilidad actual de estas¹⁵⁴².

En cuanto a los sujetos y a la presencia de relaciones obligatorias, el presupuesto de la compensación es elemental y va en el propio planteamiento de la figura: “cuando dos personas son deudoras una de otra...” (art. 1714 c. c.). Las partes han de ser mutuamente y actualmente acreedoras y deudoras (art. 1716 [1] c. c.). La dualidad y la reciprocidad presentes son indispensables; de ahí que, como se sentó desde la regulación inicial de la compensación, no haya lugar a ella entre el crédito del acreedor que demanda y el de un tercero cuyo crédito pretenda hacer valer el deudor-acreedor demandado, o entre el crédito del demandante y uno del demandado contra un tercero, ni, en fin, entre el crédito del demandante y el de un codeudor o fiador del demandado (arts. 1716 [2 a 4], 1717 *in fine*.

El *codice civile* establece tres clases de compensación: voluntaria, legal y judicial. Las dos últimas reguladas así por el art. 1267 del CC.

Compensación legal y judicial. La compensación legal ocurre sólo entre dos deudas que tienen por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles del mismo género y que son igualmente líquidas y exigibles. Si la deuda opuesta en compensación no es líquida ni de fácil y pronta liquidación, el juez puede declarar la compensación de la parte de la deuda que reconozca existente, y también puede suspender la condena por el crédito líquido hasta la verificación del crédito opuesto o hasta la liquidación de la deuda principal.

La compensación judicial ocurre cuando el juez declara la existencia de la compensación entre las deudas que se oponen, aun cuando no reúnan los requisitos para la compensación legal.

1541 3(O)HVWVGLEZGKJHGFEDCBA. Las condiciones de la compensación en nuestro derecho positivo muestra que, si bien los redactores del *code civil* fueron muy estrictos, porque consideraron la compensación como un doble pago, la jurisprudencia, deseosa de hacer jugar a la compensación su papel de garantía, no ha vacilado en eludir ciertas condiciones sentadas en el código, que, por lo GHPV□□ODV□SDUWHV□VRO□OLEUH□VMPSPH□GTHPGLLEDU' Obligations. Théorie générale. cit., n.º

1542 MAZEAUD et CHABAS, *Leçons. Obligations. Théorie générale*, loc. cit.

1577 y 2380 c. c.)¹⁵⁴³. Y a la inversa, puede darse la compensación entre el crédito del demandante (acreedor inicial o sucesor en el crédito) y el crédito del demandado (acreedor inicial o cesionario demandado, o codeudor o fiador) o del demandado asumiendo de deuda. En otras palabras, para poder oponer la compensación es menester ser deudor de quien demanda, a la vez que ser actualmente acreedor suyo, cualquiera que sea la razón de ser de esas titularidades. “La regla es que nosotros no podemos oponer la compensación más que de lo que nos es debido a nosotros mismos”¹⁵⁴⁴.

Al respecto es oportuno recordar, a manera de salvedades a esa reciprocidad actual, que el deudor, de suyo ajeno a la cesión, en cuanto esta no lo puede perjudicar, conserva sus excepciones personales, delantera la de compensación, solo que ha de hacerlas presentes (reserva) en el acto de la notificación o cuando las acepta, por declaración o por conducta concluyente. En otras palabras, la ley lo protege a fin de que el acreedor no le escamotee las excepciones personales que ya tenía al momento a partir del cual la cesión le es oponible. Más todavía, en esa reserva puede incluir, a buena cuenta de una compensación futura, los créditos que tenga contra el cedente, así no sean aún compensables por falta de exigibilidad (art. 1718 c. c.). Y que el “mandatario (*rectius*, el representante) puede oponer al acreedor del mandante (*dominus*), no sólo los créditos de este, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación” (art. 1717 c. c.).

667. homogeneidad de las prestaciones

Son requisitos objetivos para que se produzca la compensación (art. 1715 [1.ª a 3.ª] c. c.): que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; que ambas deudas sean líquidas y exigibles: “deuda clara y líquida”, anotaba la

¹⁵⁴³ El art. 2380 [1] c. c. dispone: “El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir”.

Es pertinente observar acá que el señor BELLO se apartó de la doctrina sostenida por DOMAT, quien luego de anotar que las H[FHSFLRQHV]TXH[ORV]REOLJDGRV[VROLGDULDPHQWH]SXHGHQ[WHQH]FRQWUD[HO]DFUHHGRU[TXH]QR miran a la obligación común, proveen a descargar a todos los obligados, pero que las excepciones personales de algunos de ORV[REOLJDGRV]>[]@ []QR[LPSLGHQ]HO[HIHFWR]GH[OD]VROLGDULGDG[IUHQWH]D[ORM]GHPiV[]SUHFLVD excepción personal que extinguía la deuda en su porción, esta excepción favorece a los otros en dicha porción. Así, por ejemplo, si uno de los deudores fuera a su vez acreedor del acreedor común, sus coobligados podrían demandar la compensación hasta concurrencia de esa porción. Y por el excedente de lo debido por su acreedor a aquel coobligado, ellos QR[SRGU]DQ[GHPDQGDUD[OD]FRPSHQVDFLYQ[D]PHQRV[TXH]KXELHUDQ[D]GFXV[]GHO]FRRECO *ordre naturel*, cit., part. I, liv. III, tit. III, sect. I, VIII, p. 249. Y optó por la posición de POTHIER quien, invocando a PAPINIANO. D. 45, 2, 10, argumenta en contra de DOMAT[]&XDQGR[XQ]GHXGRU[VROLGDULR]SDJD[HO]WRWDO[GH]OD[GH] que *vis a vis* de sus codeudores que se le reputa pagar por ellos las partes que cada uno debía de dichas deudas, no siendo responsables de la deuda los codeudores, cada uno, mas que por su parte; mas siendo un deudor solidario *vis a vis* del acreedor deudor por el total, cuando paga el total, no es *vis a vis* del acreedor que él ha pagado las partes de sus codeudores; él ha pagado lo que él mismo debía, y por consiguiente no puede oponer más que lo que a él le es debido y no lo que se debe D[VXV]FRGHXGRU[]SUHFLSW~D[](O[]FRGHXGRU[VROLGDULR]SHUVHJXLGR[SRU]HO[DFUHHGRU]SXHGH[RSRQHUOH]WRGDV[OD] naturaleza de la obligación, y todas aquellas que se sean personales, así como aquellas que sean comunes a todos los codeudores. No SXHGH[RSRQHUOH]ODV[H[FHSFLRQHV]TXH[VHDQ]SXUDPHQWH[SHUVRQDOHV]D[XQR]GH[ORV]G TXH[HO]DUW[]SUHVFLYEH[]HO[ILDGRU]SXHGH[RSRQHU]OD[FRPSHQVDFLYQ]GH[OR]TXH[HO]DFUHHGRU este no puede oponer al acreedor en compensación lo que este le deba al garante. Y el deudor solidario no puede oponer la FRPSHQVDFLYQ[GH]OR[TXH]HO[DFUHHGRU]OH[GHEH]D[VX]FRGHXGRU[]&RQ[GLIHUHQFLD[GH]WUDWDPLH fiador. Mientras que el *codice civile*, en VX[DUW[]SUHY[](O[ILDGRU]SXHGH[RSRQHU]HQ[FRPSHQVDFLYQ]C DFUHHGRU[WLQH]SDUD[FRQ]HO[GHXGRU]SULQFLSDO[]HQ[HO]DUW[](O[ILDGRU]SXHGH[RSRQH] correspondan al deudor principal, salva la de incapaFLGDG[]&IU[VXSUD]Q[]QRWD[]

¹⁵⁴⁴ POTHIER. *Traité des obligations*, t. 2, partie III, chap. IV, § 3.

*Coutume de Paris*¹⁵⁴⁵ (art. 488 c. de p. c.). Aquí está presente la fungibilidad de las prestaciones, o sea que “sean susceptibles de reemplazarse la una por la otra”¹⁵⁴⁶, sin que deje de discutirse si la fungibilidad significa simplemente la pertenencia de los bienes objeto de las prestaciones en juego a un mismo género, o algo más preciso, como sería “una relación de equivalencia cualitativa entre los bienes que han de identificarse en toda relación obligatoria”¹⁵⁴⁷. En la práctica la compensación se da ante todo, por no decir únicamente, en las obligaciones pecuniarias. Y, en lo que hace a estas, es necesario tener presente la pluralidad de monedas o divisas, y determinar si, pese a haberse contraído las obligaciones en monedas distintas, es posible o imperiosa la reducción de todas a una, es decir, a un común denominador (art. 874 [2] c. co.).

El primer requisito obedece a la naturaleza misma del fenómeno, por cuanto, como se anotó, opera aquí una confusión de los objetos. “La razón está en que siendo la compensación un pago recíproco que se hacen las dos partes, un acreedor no puede quedar obligado a recibir en compensación otra cosa que lo que él quedaría obligado a recibir en pago...”¹⁵⁴⁸; y las restantes condiciones aluden a la función social o razón de ser de la figura, que busca evitar actividades innecesarias, a la vez que desigualdad en el trato de las partes.

En lo que hace a los créditos laborales, se dice que son compensables los emanados de la misma relación, o sea que la compensación “puede tener lugar respecto de prestaciones debidas al trabajador, con la sola condición de que se establezca con otra deuda que provenga igualmente del contrato de trabajo, a fin de que ambas obligaciones puedan ser conocidas y decididas por la misma jurisdicción especial”¹⁵⁴⁹.

668. liquidez y exigibilidad de las obligaciones

Una obligación es líquida cuando de manera explícita manifiesta qué, cómo y cuánto se debe. Si la prestación ha de ser concretada, si el pago debe aguardar a una liquidación previa, la deuda no puede entrar en compensación. El art. 491 [2] c. de p. c. trae una definición de liquidez: “Entiéndese por cantidad líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas”, y en tal sentido de tiempo atrás se han solido ofrecer como ejemplos de deudas de fácil liquidación: la de cantidades periódicas o la pagadera por cuotas, la de intereses, en donde lo que está pendiente es hacer una o varias multiplicaciones y sumas. Y, a este propósito, por *analogia legis* (art. 1650 c. c.), pienso que el juez podría declarar la compensación en cuanto a “la parte no disputada”, es decir, a aquella parte que eventualmente sea líquida¹⁵⁵⁰.

La deuda es exigible, ante todo, cuando es cierta y está definida, y por lo mismo, cuando ha llegado la oportunidad de hacer el pago, y el acreedor puede demandarlo porque ya no tiene

¹⁵⁴⁵ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1149, p. 1185.

¹⁵⁴⁶ MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1148, p. 1185, donde se encuentra referencia al art. 1291 [2] *code civil fr.* TXH DSRUWD XQD H[FHSFLyQ D OD KRPRJHQHLGDG GH ORV JpQHURV ³/DV SUHV mercaderías, no disputadas y cuyo precio esté regulado por disposiciones administrativas, pueden compensarse con sumas >GH GLQHUR@ O TXLGDV H[LJLEOHV’

¹⁵⁴⁷ Cfr. BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 179, nota 21, con cita, en su orden, de DI PRISCO y PERLINGIERI.

¹⁵⁴⁸ POTHIER. *Traité des obligations*, cit., n.º 624.

¹⁵⁴⁹ Cas. laboral de 28 de julio de 1960, XCIII, 405.

¹⁵⁵⁰ Cfr. BIGLIAZZI-GERI et ál. *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 180.

nada que esperar para un procedimiento ejecutivo (art. 488 c. de p. c.)¹⁵⁵¹. Con la anotación complementaria de que, por expresa previsión normativa (art. 1715 *in fine* c. c.), “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”. En fin, de plano no sería compensable una obligación litigiosa, por carecer de ambos requisitos objetivos.

La jurisprudencia francesa, como se anotó, ha atemperado algunas exigencias o rigideces de los requisitos de la compensación legal (art. 1291 [1] *code civil*), así, “prescindió de las condiciones de exigibilidad y liquidez cuando las deudas son conexas, es decir, nacieron de una misma relación jurídica”. Esta referencia de derecho comparado es útil, en cuanto, sobre la base de textos idénticos (art. 1715 [2.º y 3.º] c. c.), bien cabría esperar entre nosotros un giro jurisprudencial análogo. De entrada ha de indicarse que si la deuda a cargo de quien propone la compensación no es exigible aún por plazo pendiente, tal actitud de su deudor implicaría una prescendencia del resto del término, la haría de suyo exigible y, por lo mismo, compensable¹⁵⁵²; es la denominada desde DELVINCOURT “compensación facultativa”¹⁵⁵³. Lo que importa allá, no es la naturaleza de la relación generadora de las obligaciones, sino que el interés de la compensación obedezca a la función de garantía inherente a ella, a lo que sólo se opondría la destrucción del sinalagma en los contratos de prestaciones correlativas. En otras palabras, no podrían compensarse las obligaciones básicas de aquellos, que si fuera a darse la compensación —que sería voluntaria o negocial— antes que pensar en dicha figura lo que habría sería un destrato o negocio disolutorio; pero sí entre obligaciones secundarias o derivadas de ellos, y por supuesto, entre el equivalente pecuniario de la prestación y el precio, en el evento de nulidad, resolución, rescisión¹⁵⁵⁴. Es ejemplo de aquellas compensaciones de obligaciones no exigibles la que se produce entre la obligación de resarcir los daños sufridos por el arrendatario por falta de reparaciones, con la de este de pagar el precio o renta; la Corte de casación francesa acogió la compensación de una deuda por no pago de trabajos con un crédito a cargo del acreedor de él por sustracción de objetos perpetrada por sus dependientes¹⁵⁵⁵.

669. compensación total o parcial

La compensación puede ser parcial o total, pues las “deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores” (art. 1715 c. c.).

670. compensación y terceros

La compensación, sea legal, sea convencional, no puede ir en desmedro de derechos de terceros. Se dice que los créditos en juego deben estar libres de trabas, como también de excepciones. Por esa razón, el crédito que se encuentra fuera de comercio por embargo, no es compensable (arts. 1720 y 1521 [3.º] c. c.; 98 [7] y 157 [1] Ley 222 de 1995; 681 [4] c. de p. c.), y otro tanto se puede decir de los créditos sobre los cuales se ha constituido un usufructo o una prenda, o que han sido dados en anticresis. Tampoco puede compensar su

¹⁵⁵¹ “Si una de las deudas no ha sido reconocida, no tiene lugar la compensación sino desde que se dicte sentencia condenatoria, que es cuando la deuda tiene ya el carácter de exigible: cas. de 25 de junio de 1890, v, 141.

¹⁵⁵² “Indeclinabilidad de la pretensión”: MEDICUS. Tratado de las relaciones obligacionales, I, cit., p. 131.

¹⁵⁵³ Cfr. CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 6, cit., n.º 1858, p. 534.

¹⁵⁵⁴ Así, implícitamente, en cas. de 17 de septiembre de 1909, XXV, 195; 28 de mayo de 1913, XXIII, 31.

¹⁵⁵⁵ Cfr. MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1150, p. 1186 y ss.

¹⁵⁷⁶ 1R□KDEU□FRPSHQVDFLYQ las FDRG la hayan excluido por mutuo acuerdo, o en caso de renuencia previa de una de
HOODV□□DUW□□□□□F□□GH□%UDVLO□
¹⁵⁷⁷ BIANCA. AREEOLDJLROH n.º 251, p. 490 y s.

co.).

675. compensación y lugar del pago

En principio, para la compensación es indispensable que toda las deudas sean pagaderas en el mismo lugar. Sin embargo, tratándose de prestaciones pecuniarias, que por lo demás es el supuesto más frecuente en esta materia, se podrán compensar a pesar de esa diferencia, si quien opone la compensación toma a su cargo los gastos del traslado de los fondos (art. 1723 c. c.).

676. efectos de la compensación

La compensación tiene por efecto la extinción de la obligación y de la responsabilidad aneja a ella, la del propio deudor, la de los garantes y la del adquirente de la cosa dada en hipoteca o prenda. La compensación voluntaria produce efectos de por sí, en tanto que la compensación legal exige pronunciamiento judicial, y mientras este no se emita y quede en firme, no hay compensación. Ahora bien, al respecto la regla básica es la de que los efectos de la extinción se remiten al momento en que las varias deudas “coexistieron”, es decir, a partir de cuando todas ellas reunieron los requisitos de compensabilidad (arg. *ex art.* 1715 pr. c. c.)¹⁵⁵⁸. O sea que el aserto de que la compensación opera *ipso iure* ha de entenderse en el sentido de que tiene eficacia aun a contrariedad de la contraparte y de que sus efectos se retrotraen a partir de cuando se completaron los demás elementos del *factum* normativo, a cuya plenitud sólo faltaría la oposición (*facto hominis*), indispensable, como una *conditio iuris*, cuyo advenimiento, que se consolida con la declaración judicial, implica la retrodatación. Naturalmente, esto con respecto a la compensación legal y a la convencional que se reduce a la operación contable, pues en lo que respecta a la convencional propiamente dicha, en el evento de que las partes compensen deudas recíprocas que no reúnan los requisitos de compensabilidad, y sobre todo, que no sean exigibles, la extinción no puede tener lugar sino con el acuerdo, en razón de él y en ese momento.

677. compensación y prescripción

Aun cuando la ley no dispone nada al respecto, es obvio que la obligación prescrita no es objeto idóneo para la compensación¹⁵⁵⁹, por la sencilla razón de que se compensan obligaciones que existen y no las que se han extinguido. Otra cosa es que la interposición oportuna de la excepción de compensación dentro del proceso ejecutivo, igual que el acuerdo compensatorio celebrado antes de la expiración del término de prescripción, tenga efectos interruptores de la prescripción (interrupción civil, art. 2539 [3 y 4] c. c.).

678. compensación y obligación natural

Y en desarrollo del mismo principio, la así llamada “obligación natural” tampoco puede ser

¹⁵⁵⁸ Este efecto retroactivo de la declaración de compensación, como en su caso, de la declaración de prescripción, es su “único automatismo”: SCHLECHTRIEM. *Schuldrecht*, I, cit., Rn. 512, p. 263.

¹⁵⁵⁹ El art. 1242 *código civil*, inc. 2.º, previene la hipótesis, así: “Efectos de la compensación [...] La prescripción no impide la compensación, a menos que se haya cumplido ya para cuando las dos obligaciones reúnen los requisitos”.

opuesta valederamente en compensación, dado que no es obligación y que su relevancia es tan solo aquella que de manera expresa le concede la ley, que no la habilita para ser opuesta en compensación: en últimas, porque no es exigible (art. 1527 [3] c. c.).

679. pago de deuda compensada

Es elemental la anotación de que si con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia o a la celebración del acuerdo, una cualquiera de las partes llegare a ejecutar la prestación a que estuvo obligada, dicho pago será de lo no debido y, por ende, la habilita para demandar su repetición. Pero no si el pago fue anterior a cualquiera de esos fenómenos: la razón es sencilla e incuestionable: la compensación opera de pleno derecho, pero necesita ser opuesta; sin el *facto hominis* y sin la decisión judicial o la disposición particular, pese a estar presentes las condiciones subjetivas y objetivas de la figura, no se producen sus efectos.

680. desistimiento de la compensación¹⁵⁶⁰

Por lo demás, si luego de interponer la excepción de compensación y antes de que se dicte sentencia, el deudor demandado para lo que se le está cobrando judicialmente, paga, ese comportamiento suyo no puede ser interpretado de modo distinto que como renuncia a la compensación (desistimiento de la excepción), con todos los efectos de ella, comenzando por la sustracción de la cuestión del conocimiento del juez.

capítulo séptimo La prescripción*

681. precisión conceptual

La obligación es un proceso, o, en otras palabras, una relación de naturaleza esencialmente transitoria, y al comercio interesa la definición pronta y segura de las relaciones jurídicas.

¹⁵⁶⁰ La parte que excepciona de compensación, o que demanda en declaración, puede en cualquier momento desistir de ella (arts. 344 [art. 1.º num. 164 Dcto. 2282 de 1989] y 342 c. de p. c.).

* Cfr. AMELOTI. *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958; ID. *La prescrizione, diritto romano*, en EdD., XXXV, Milano, 1986; A. AURICCHIO. *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971; G. AZZARITTI e G. SCARPELLO. *Della prescrizione e della decadenza*, en *Comm. del cod. civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, lib. 6.º, Bologna-Roma, 1972; M. BANDRAC. *La nature juridique de la prescription en matière civile*, Paris, 1986; A. BATÀ, V. CARBONE, M. V. DE GENNARO e TRAVAGLINO. *La prescrizione e la decadenza*, Rozzano, 2001; G. BAUDRY-LACANTINÈRE et TISSIER. *Traité de la prescription*, 4.ª ed., Paris, 1924; P. A. BONNET. *Prescrizione, diritto canonico*, en EdD., XXXV, Milano, 1986; CAMPITELLI. *Prescrizione, diritto intermedio*, en EdD., XXXV, 1986; R. CAPONI. *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, en *Riv. di dir. civile*, XLII, Padova, 1996; CARPINO. *Appunti sulla prescrizione di A. Auricchio*, en *Rivista di dir. civile*, II, Padova, I, 1973; GIUSIANA. *Appunti sulla prescrizione*, en *Rivista di diritto civile*, I, 1957; GRASSO. *Prescrizione, diritto privato*, en EdD., XXXV, Milano, 1986; F. HINESTROSA. *La prescripción*, en *Estudios jurídicos, Liber amicorum en honor del Prof. Carlos Holguín Holguín*, Bogotá, 1996; ID. *La prescripción extintiva*, Bogotá, 2000; E. MINERVINI. *La prescrizione e i "terzi"*, Napoli, 1994; G. PANZA. *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984; M. PLANIOL, G. RIPERT et ESMEIN. VIII, *Traité de la prescription*, 4.ª ed., Paris, 1924; C. RUPERTO. "Prescrizione e decadenza", en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, W. BIGIARI (dir.), Torino, 1968; E. SACCHETTINI. *Le prescrizioni*, Milano, 1991; B. TROISI. *La prescrizione come procedimento*, Camerino, 1980; P. VITUCCI. *La prescrizione*, en *Il codice civile com.*, dir. da P. SCHLESINGER, Milano, 1990; ID. *La decorrenza della prescrizione nell'azione di annullamento*, en *Rivista di diritto civile*, I, 1990; F. ZENATI y S. FOURNIER, *Essai d'une théorie unitaire de la prescription*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 2, Paris, 1996; AA. VV. *La prescrizione*, 2, a cura di P. VITUCCI, Milano, 1999; HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *La reforma al régimen de prescripción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Esta circunstancia motiva apremio para despejar la incertidumbre a la mayor brevedad. Al lado de estas consideraciones se encuentra una reacción elemental del ordenamiento, adversa a la inactividad o negligencia de quienes siendo titulares de derechos subjetivos no los ejercitan durante un cierto tiempo que se señala como tope o límite máximo de la inacción.

Fruto de tales reflexiones y necesidades es la prescripción¹⁵⁶¹. Este vocablo es empleado en derecho en un doble sentido (art. 2518 c. c.): como medio de adquirir los derechos por su ejercicio durante cierto tiempo, acompañado de otros requisitos establecidos en la ley, lo que con más propiedad y para evitar confusiones, puede designarse con el nombre de “usucapión”, y como modo de extinguirse los derechos por su no ejercicio durante cierto lapso (art. 2535 c. c.), prescripción propiamente dicha o prescripción extintiva¹⁵⁶². Otra visión pretende una noción unitaria de la figura, partiendo de la ambigüedad de la presentación romana, que condujo a la fusión de las dos categorías (*praescriptio* y *usucapio*) y del aserto de que el *code civil fr.* recogió el producto de esa tradición, acogida por DOMAT¹⁵⁶³, de la prescripción como una “institución única fundada en la posesión, que uniformemente, tanto en materia liberatoria como en la adquisitiva, produce la extinción de una acción”¹⁵⁶⁴, y llega al extremo de explicar “la prescripción liberatoria de los derechos personales” diciendo que “el deudor usucape el derecho del que un tercero es titular sobre la cosa y provoca su extinción por consolidación” [!]¹⁵⁶⁵.

Si la prescripción adquisitiva exige, fuera del simple paso del tiempo, otras circunstancias, ante todo la buena fe (arts. 2518 y ss. c. c.), la prescripción como punto final de los

¹⁵⁶¹ La prescripción responde a una “exigencia de índole práctica, y no de orden moral o de rigor lógico: la utilidad de que las relaciones jurídicas se tornen ciertas prevalece sobre la de su efectiva correspondencia con el derecho; la oportunidad de que los litigios no se puedan proponer indefinidamente se prefiere a una búsqueda ilimitada de lo justo”: AMELOTTI. *Prescrizione, dir. romano*, cit., p. 45 y s.; “La prescripción se analiza como un retorno del derecho al hecho, como una transformación del hecho en derecho. El hecho de que quien podía hacer valer su derecho no lo haya hecho en forma prolongada provoca la desaparición de la acción. La posesión de un bien, en fuerza de durar, termina por hacer propietario al poseedor”; F. ZENATI y S. FOURNIER. *Essai d’une théorie unitaire de la prescription*, cit., p. 339.

¹⁵⁶² HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 11.

¹⁵⁶³ “Nadie ignora la utilidad entre otras, de las prescripciones que aseguran a los poseedores la propiedad de los bienes luego de una posesión que ha durado el tiempo regulado por la ley [...] Las mismas razones que hacen que la posesión prolongada adquiera la propiedad y que despoje al propietario anterior, hace que igualmente toda clase de derechos y de adquisiciones se adquieran y se pierdan por efecto del tiempo [...] Hay dos clases de prescripción, una que otorga al poseedor el derecho de propiedad de lo que posee, y que despoja al propietario de lo que no posee, y la otra que hace adquirir o perder todas las demás especies de derechos, sea que haya alguna posesión, como en el goce de una servidumbre, sea que no haya ninguna, como en la pérdida de una deuda por no exigirla. Todas estas clases de prescripciones que hacen adquirir o perder los derechos, se fundan en la presunción de que quien goza de un derecho debe tener título justo, sin el cual no se le habría dejado gozarlo por tanto tiempo, de que quien deja de ejercer un derecho es despojado de él por una causa justa, y de que aquel que permanece por largo tiempo sin exigir su deuda es porque le fue pagada, o reconoció que nada se le debía”: DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., III, VII, IV, p. 301 y s. En cambio, POTHIER: “Una tercera excepción [*fin de non-recevoir*] es la que resulta del transcurso de un tiempo al que la ley limita la vigencia de la acción que nace del crédito. A esta especie de excepción se la denomina propiamente prescripción, aunque este término prescripción sea un término general [...] Por lo regular las acciones que nacen de los créditos deben intentarse en el término de treinta años. Cuando el acreedor deja correr este tiempo sin intentar su acción, el deudor adquiere en su contra una prescripción que le crea una excepción (*fin de non-recevoir*) a la demanda del acreedor”: *Traité des obligations*, II, n.º 641 y 643, p. 248 y 251.

¹⁵⁶⁴ Tal el planteamiento de ZENATI y FOURNIER. *Essai d’une théorie unitaire de la prescription*, cit., p. 342 y s. Con todo, pese a la anfibia de la presentación del código francés (arts. 2229 y 2262), de la que está libre el código de BELLO al distinguir con nitidez las dos especies de prescripción (arts. 2512, 2518, 2535), la doctrina y la jurisprudencia, allá y acá, individualizan y contraponen la usucapión y la prescripción, de modo de no confundir adquisición con pérdida y de distinguir la adquisición del derecho real por la posesión prolongada, de la pérdida consecutiva del derecho precedente, no por prescripción de la acción, sino merced a la adquisición del derecho por parte del poseedor. Cfr. BANDRAC. *La nature juridique de la prescription extintive en matière civile*, cit., p. 12 y ss. Ver supra n.º 268, p. 384 y ss.

¹⁵⁶⁵ ZENATI y FOURNIER. *Essai d’une théorie unitaire de la prescription*, cit., pp. 343 y 352, quienes agregan: “La extinción no es tanto el mecanismo de la prescripción, cuanto un efecto secundario de la adquisición, que se mantiene como el mecanismo básico de toda prescripción”, con desconocimiento del ser y el significado de la prescripción extintiva, o sea su naturaleza cierta y exclusivamente liberatoria.

derechos no presupone más que el mero hecho temporal. Empero, aun cuando, conforme al texto legal, la prescripción extintiva “exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercitado [las] acciones” (art. 2535 c. c.), lo cierto es que hay una exigencia adicional, consistente en que el prescribiente (aquí deudor) no haya reconocido el derecho ajeno, para el caso, p. ej., haciendo abonos a la deuda, solicitando plazos o rebajas, ofreciendo garantías (arts. 2539 [2] y 2544 [1.º] c. c.), por lo mismo que no sería lógico privar del derecho a quien se ha venido sirviendo de él por mano del propio deudor¹⁵⁶⁶, y en todo caso, alegación de parte del interesado y su acogimiento por el juez.

La ley fija términos que considera amplios y suficientes para el ejercicio de los derechos que protege, de modo que si el titular no los hace valer en oportunidad, deja de merecer la tutela del derecho y así pierde su posición. Acá, en cuanto se estudia la prescripción como modo de extinguir las obligaciones, se anota que el acreedor pierde, sin más, su derecho de crédito.

682. derechos y acciones imprescriptibles *

Es principio básico del derecho patrimonial la extinción de los derechos y acciones por prescripción¹⁵⁶⁷. Nada es inmune al paso del tiempo y, sobre todo, hay una tendencia a estimular y exigir la definición oportuna de situaciones inestables o controvertidas, como es natural, por iniciativa de los interesados. Sin embargo, en todos los ordenamientos, a través de los tiempos, ha habido un reducto inmune a esa contingencia: derechos imprescriptibles, calificación que coincide con la de su indisponibilidad¹⁵⁶⁸. Por distintas razones: interés general, sensibilidad ético-política, porque “de su pérdida no se beneficiaría ningún otro sujeto”¹⁵⁶⁹, unos cuantos derechos no son prescriptibles: ante todo el de dominio y su acción, la acción divisoria (art. 1374 c. c.), las acciones de deslinde y cerramiento (art. 904 c. c.), como tampoco las concernientes a los bienes de la personalidad y las protectoras y definitorias del estado civil (arts. 406 c. c., 1.º Ley 75 de 1968 y 1.º Dcto. 1260 de 1970), sin perjuicio de la caducidad de algunas de sus manifestaciones (p. ej., la acción de divorcio, arts. 6.º Ley 1.ª de 1976 y 10.º Ley 25 de 1992), y naturalmente de sus efectos patrimoniales (cfr. art. 10.º Ley 75 de 1968 en cuanto a la extinción de los efectos patrimoniales de la sentencia de filiación).

En otros ordenamientos prevalece la postura de imprescriptibilidad de la nulidad absoluta (extinguida la acción, sobrevive indefinidamente la excepción)¹⁵⁷⁰, a diferencia de la disciplina del código de BELLO (art. 1583 c. c. chileno), donde la nulidad “se sana por un lapso de tiempo que pase de treinta años”, hoy veinte (arts. 1742 c. c., 15 Ley 95 de 1890, 1.º y 2.º Ley 50 de 1936: “se sana por prescripción extraordinaria”)¹⁵⁷¹. Acá es, pues, incuestionable que, transcurrido el tiempo máximo, los actos y contratos, por irregulares o

¹⁵⁶⁶ HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., pp. 87 y 150.

* Cfr. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., cap. III, pp. 38 y ss.

¹⁵⁶⁷ “Todas las acciones son susceptibles de prescripción, salvo los casos expresamente señalados en la ley”: cas. de 28 de febrer o de 1955, LXXIX, 525.

¹⁵⁶⁸ Cfr. cas. de 4 de noviembre de 1930, XXXVIII, 418 a 426, y salvamento de voto, 425 y 426.

¹⁵⁶⁹ RESCIGNO. *Manuale di diritto privato italiano*, 3.ª reimpr. de la 11.ª ed., Napoli, 1997, p. 279.

¹⁵⁷⁰ “Art. 1422 *codice civile* it.: *Imprescriptibilidad de la acción de nulidad*. La acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, salvos los efectos de la usucapión y de la prescripción de la acción de repetición”. La jurisprudencia francesa tiene establecido que “la excepción de nulidad es perpetua”.

¹⁵⁷¹ El art. 190 c. c. de Brasil de 2001 dispone: “La excepción prescribe en el mismo plazo que la pretensión”.

anómalos que sean, devienen inexpugnables¹⁵⁷². Por ello desconcierta la afirmación de la Corte Suprema de que “la nulidad de una transacción sobre estado civil es imprescriptible, por cuanto el estado civil es indisponible e imprescriptible”¹⁵⁷³, a mi entender, confundiendo la indisponibilidad del estado civil con la extinción de la pretensión de nulidad de un negocio jurídico, y desconociendo el efecto extintivo universal de la prescripción en materia de nulidades.

El principio de la prescriptibilidad no muestra excepción en materia de relaciones obligatorias: las acciones, tanto las de ejecución forzosa como las de reconocimiento o convalidación del derecho, se extinguen por prescripción, en los términos y dentro de las condiciones prevenidas normativamente.

683. razón de ser de la prescripción

¿Cuáles la razón de ser y la función de la prescripción extintiva? Múltiples han sido y continúan siendo las explicaciones y justificaciones de esta figura, que van desde el empleo de la expresión sonora e insípida de “interés público”, hasta la ultra pragmática de “medio de prueba del pago”¹⁵⁷⁴, pasando por “orden público”¹⁵⁷⁵, “ajuste del derecho a la realidad”, “sanción a la inercia (*poena negligentiae*)”¹⁵⁷⁶, “necesidad de certeza de las relaciones jurídicas”, “de claridad”, “de seguridad y paz jurídicas”¹⁵⁷⁷, “saneamiento de situaciones irregulares”¹⁵⁷⁸. El hecho es que dentro de la cultura jurídica la prescripción extintiva encuentra justificación en un sinnúmero de razones, que a la vez que ponen de presente la transitoriedad de las relaciones obligatorias y de las pretensiones, resaltan el apremio de que las situaciones pendientes sean definidas con prontitud, la carga que pesa sobre los distintos miembros sociales de hacer valer sus derechos con presteza, la conveniencia de facilitar la prueba del pago y, en últimas, la consideración de que no es de buen recibo otorgar protección indefinida al titular de un derecho subjetivo no obstante su desentendimiento de él, cuando debió ejercitarlo conforme a los criterios y costumbres sociales¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷² En términos confusos: “la nulidad como excepción puede hacerse valer en cualquier tiempo, mientras subsista la acción, es decir, durante veinte años. La excepción es necesariamente perpetua, entendiendo por perpetuidad la condición de no perecer mientras exista la acción correspondiente. El derecho de defensa se ejercita cuando viene el ataque”: cas. de 29 de septiembre de 1935, XLIII, 140.

¹⁵⁷³ Cas. de 14 de julio de 1981, sin publicar.

¹⁵⁷⁴ Así, MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1165, p. 1201.

¹⁵⁷⁵ El “orden público” tomado en el sentido de que interesa y conviene a la sociedad que las relaciones obligatorias no perduren a perpetuidad, o sea que se extingan ciertamente, en últimas por el transcurso de un tiempo sin que hayan sido reconocidas ni hechas valer. De ahí la expresión “*ne [...] propre immortalitatem timore tenetur*”, de que se vale BIGOT DE PRÉAMENEAU, citado por MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1166, p. 1201, para encarecer las razones de seguridad, es decir, en un sentido favorable a la prescriptibilidad en sí y en término breve. En contraste con las objeciones que hablan de despojo y propician términos prolongados.

¹⁵⁷⁶ Así, cas. de 2 de noviembre de 1927, XXXV, 57. “Sanción a la desidia, que es elemento integrante de la prescripción”: cas. de 11 de enero de 2001, exp. 5208, sin publicar.

¹⁵⁷⁷ “De todas las reglas jurídicas, esta es la más necesaria a la paz social: *Quieta non movere*: no es necesario perturbar lo que el tiempo ha consolidado”: MALAURIE et AYNÈS. *Droit civil, Les obligations*, cit., n.º 1080, p. 649. Para la Corte, en cas. de 3 de mayo de 2002, exp. 6153, “Como la prescripción legalmente está concebida como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos de los demás, de entrada queda averiguada [!] su finalidad, que no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo”.

¹⁵⁷⁸ Cfr. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 53 y ss. y notas 1 y ss.

¹⁵⁷⁹ “El principio general de prescriptibilidad (de todos los derechos) [fue] impuesto por una exigencia productivista y eficientista, y pone de manifiesto que condición de la tutela de esos derechos es su ejercicio oportuno por parte del titular”: TROISI. *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 27.

684. modificaciones al régimen de la prescripción

En un mundo caracterizado por la velocidad y tecnificación de las comunicaciones, en el que, por lo mismo, el valor del tiempo es más grande, es general el reproche a la presencia de términos largos de prescripción, explicables antaño, pero que hoy simplemente entran las relaciones económicas. El término de treinta años para la usucapión extraordinaria y la prescripción extintiva ordinaria fue reducido a veinte años por disposición del art. 1.º de la Ley 50 de 1936. Pero, con el tiempo, la nueva medida volvió a resultar excesiva, sin que haya habido mayor interés en su reajuste a la dimensión propia del mundo presente.

A la legislatura de 1999, en la Cámara de Representantes, se presentó proyecto de ley, que no habiendo hecho tránsito, se repitió en la legislatura de 2000, en el que, a tiempo que se proponía la reducción de los términos de prescripción mayores de tres años a dicho término, en un art. 3.º se pretendía disponer que “la prescripción extintiva podrá ser declarada aun de oficio”, y se eliminaba la revalidación del título ejecutivo prescrito, argumentando en pro de la suplantación del sujeto legitimado por parte del juez, que “recogiendo lo que ha sido constante legislativa en materia de procedimiento contencioso administrativo y tributario, [se] faculta al juez para declarar aun de oficio la prescripción extintiva, con lo que en esta materia se unifica el sistema procesal colombiano, pues es inconcebible que si, por ejemplo en materia tributaria el mismo Estado debe declarar de oficio la prescripción, el juez en materias propias del campo civil no lo pueda hacer, dado que el art. 306 c. de p. c. obliga a que se alegue la prescripción extintiva, aspecto que debe quedar derogado para unificar sistemas”.

A esa presentación, por demás simplista, cupo replicar diciendo, en primer término, que en lo atañedor a la materia contencioso-administrativa, el proyecto confundía la prescripción con la caducidad, figura esta empleada allá en beneficio de la Administración demandada y adversamente al particular demandante (art. 136 c. c. a.); y en segundo lugar, anotando que en materia fiscal, el Estado es el acreedor, de suerte que bien pudo estatuir como tal, y a manera de consideración para con los ciudadanos, esa “ventaja” de la pérdida automática de su crédito tributario por prescripción, sin que el contribuyente la alegue (art. 817 estatuto tributario). Lo cual pone de manifiesto la naturaleza diferente *ratione materia y persona* de los ordenamientos que regulan las relaciones entre la administración pública y los particulares, de aquellos llamados a regular las relaciones entre particulares; contrastes que no pueden soslayarse, y menos eliminarse, en aras de una unificación procesal inopinada. Lo inconcebible, pues, no es la disparidad, sino la iniciativa de “unificar” el sistema procesal colombiano, desajustando de paso los fundamentos lógicos y políticos de la prescripción. El hecho de que sobre la prescripción haya de resolverse en proceso no la convierte en materia procesal y, sobre todo, exclusivamente procesal. En fin, una de las tendencias actuales en materia de prescripción es la de que su reconocimiento “sea el resultado de una valoración ponderada del comportamiento de los dos sujetos de la relación, teniendo en cuenta las circunstancias en que tuvo lugar, o sea dentro del contexto social en que se desarrolla” y no por efecto de la simple inercia.

Llegado el proyecto al Senado de la República, la ponencia para primer debate le introdujo modificaciones sustanciales, a fin de que la reducción de los términos abarcara también la prescripción adquisitiva y hacer algunas enmiendas a los regímenes de suspensión y de interrupción, y por supuesto, para mantener la naturaleza genuina de la prescripción como derecho potestativo del prescribiente. El proyecto fue aprobado finalmente en la plenaria

del Senado, y luego del proceso de conciliación entre las dos Cámaras pasó a la sanción presidencial¹⁵⁸⁰.

Este es el texto de los artículos del Proyecto de Ley 144 del Senado de la República, en lo que atañe a la prescripción extintiva:

“Art. 1.º Redúzcase a diez años el término de todas las prescripciones veintenarias establecidas en el código civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas”.

“Art. 2.º Agréguese un inciso segundo al artículo 2513 del código civil, del siguiente tenor:

“La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella [...]

“Art. 4.º El artículo 2530 del código civil quedará así:

“Art. 2530. La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión[,] se le cuenta al poseedor el tiempo anterior, si alguno hubo.

“La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.

“Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia.

“Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos.

“No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista” [...]

Artículo 8.º El artículo 2536 del código civil quedará así:

“La acción ejecutiva se prescribe por cinco años. Y la ordinaria por diez.

“La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco.

“Artículo 9.º El artículo 2536 del código civil quedará así:

“La interrupción que obra a favor de uno o varios [co]deudores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no [se] haya ésta renunciado en los términos del artículo 1573, o que la obligación sea indivisible.

“El [inciso] 2.º del artículo 2541 del código civil quedará así:

“Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente.

“El artículo 2544 del código civil quedará así:

“Las prescripciones mencionadas en los dos artículos anteriores, no admiten suspensión alguna.

“Interrúmpense:

“1. Desde que el deudor reconoce la obligación, expresamente o por conducta concluyente.

“2. Desde que interviene requerimiento.

¹⁵⁸⁰ La Presidencia de la República “formuló algunas observaciones”, que dentro de la técnica legislativa denominó “objeciones por inconveniencia del Proyecto n.º 144 de 2001 del Senado, n.º 63 de 2000 de la Cámara”, con la mira de “subsanan para efectos de comprensión de la norma” yerros de transcripción y en la cita de artículos del código civil objeto de reforma. Por ello, bien puede augurarse que las Cámaras, en las primeras sesiones del nuevo año, harán las correcciones pertinentes y el proyecto se convertirá en ley pronto.

“En ambos casos se volverá a contar el mismo término de prescripción”.

685. objeto de la prescripción

La doctrina solió ver en la prescripción extintiva una cuestión de índole netamente procesal, una mera preclusión de la oportunidad, cuya declaración con efectos extintivos de la acción producía consecuencias sustanciales reflejas¹⁵⁸¹. Aún se sigue debatiendo acerca del objeto de la prescripción, o sea sobre si lo que ella extingue o mata es la acción o el derecho subjetivo¹⁵⁸². Hay que preguntarse, entonces: ¿qué es lo que se extingue por la prescripción: el derecho a exigir una prestación (pretensión) o el derecho mismo a ella? “La prescripción liberatoria del deudor extingue la acción. [Pero] La prescripción liberatoria no solamente extingue la acción”¹⁵⁸³. En efecto, no se remite a duda que la declaración de la prescripción implica inmediatamente la extinción de la pretensión correspondiente al derecho en cuestión. A lo que se agrega, que no se trata simplemente de privar al derecho de tutela (prescindir de la *responsabilidad* inherente al *débito*), dentro de la plenitud del concepto de obligación, sino de la afectación del derecho, esto es, de su extinción misma¹⁵⁸⁴. O sea que más allá de la imposibilidad de hacer efectivo el derecho prescrito, lo que se tiene es su extinción. De ahí su efecto “liberatorio”¹⁵⁸⁵. Advertido el contraste entre las posiciones de la doctrina, si que también de la normatividad, ha de ponerse en claro la dualidad de aspectos y de consecuencias de la figura, tanto procesales, como de derecho sustancial, que se manifiestan primeramente en el proceso, con la cancelación de este por la sentencia desestimatoria de la pretensión, pero con efecto automático sobre el derecho mismo, que se extingue con la declaración de la prescripción. Concretamente, el derecho nacional, lejos de limitar el alcance de la prescripción extintiva a las acciones, lo proyectó a los derechos (y no sólo a los de crédito). Inclusive el art. 1527 c. c., dentro de la disciplina de las denominadas “obligaciones naturales”, resalta el hecho de que “las obligaciones civiles [quedan] extinguidas por prescripción”¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸¹ Cfr. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 62 y ss.

¹⁵⁸² Se afirma todavía por algunos que: “La prescripción solamente le impide al acreedor exigir la ejecución; lo priva de su derecho de obrar; pero, por cuanto el deudor continúa obligado en conciencia, la obligación subsiste como obligación natural [...] La validez del pago de una obligación prescrita no se afecta por el hecho de que el deudor ignorase, cuando pagó, la prescripción que afectaba su deuda: la obligación prescrita es, pues una obligación natural reforzada”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1187, p. 1121.

¹⁵⁸³ BANDRAC. *La nature juridique de la prescription civile*, cit., p. 53 y ss.

¹⁵⁸⁴ HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 189 y ss.

¹⁵⁸⁵ No por casualidad el art. 1625 c. c. prevé que “Las obligaciones se extinguen: [...] 10. Por prescripción”. Y los arts. 2512 y 2535 se refieren a “la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos”. El art. 2219 *code civil fr.* define la prescripción como “un modo de liberarse por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley”. El § 194 BGB señala: “la pretensión (*Anspruch*) como objeto de la prescripción”. El art. 1934 *codice civile*, con el rubro de “Extinción de los derechos”, dispone que “Todo derecho se extingue por *prescrizione* cuando el titular no lo ejercita durante el tiempo determinado por la ley”. El art. 2921 *code civil de Québec* dispone que “La prescripción extintiva es un medio de extinguir un derecho por su no uso”. En tanto que el código civil de Perú (1984), en su art. 1989, declara que “La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo” [!], y el código del Brasil (10.1.2002) previene que: “Art. 189. Violado el derecho nace para el titular la pretensión, la cual se extingue por la prescripción, en los plazos a que aluden los arts. 205 y 206”.

¹⁵⁸⁶ Según FUEYO LANERI. *Derecho civil, De las obligaciones*, II, cit., n.º 642, p. 236 y s., como quiera que “después de declararse la prescripción la obligación, aunque disminuida, produce efectos jurídicos fundamentales [como obligación ahora natural], puede considerarse una impropiedad del código señalar la prescripción como uno de los modos de extinguirse las obligaciones”.

“Al extinguirse los derechos también se extinguen las acciones que se conceden para su realización y concreción, porque básicamente la prescripción negativa hace cesar las acciones, bajo el entendido de que el derecho pretendido se convierte en derecho natural, sin la suficiente protección jurisdiccional para su realización”: J. A. BONIVENTO-FERNÁNDEZ. “La caducidad en las relaciones contractuales privadas”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje*

686. legitimación para hacer valer la prescripción

Al deudor le interesa la extinción del derecho de crédito y su consiguiente liberación. Con la anotación de que él no es el único que puede invocar en su favor la prescripción, como quiera que otras personas: terceros legitimados por derecho propio, pueden colocarse en su lugar (subrogación), para hacer efectivo el derecho a alegar la prescripción ante la inactividad del (deudor) prescribiente que amenaza perjudicar un derecho que tienen frente a él, y hasta concurrencia de su quebranto o riesgo¹⁵⁸⁷. En efecto, si bien en principio es potestativo del deudor (y en general del prescribiente) aducir o alegar la prescripción, de cuyo acogimiento por el juez se seguirá para él un incremento patrimonial (consistente acá en el descargo de esa deuda de su pasivo), cuando quiera que haya terceros para quienes el balance patrimonial del deudor tenga importancia cierta (p. ej., acreedores, cónyuge, socios en sociedad de personas), la discrecionalidad de aquel ha de ceder ante el quebranto o la amenaza de tal para dicho tercero, que implican la inercia (renuencia) del deudor o su renuncia¹⁵⁸⁸. Adicionalmente podrían invocar la prescripción otros sujetos que se encuentran en situaciones singulares, como el garante, real¹⁵⁸⁹ o personal, del crédito en cuestión. El tercero que sea, invocando y demostrando su relación con el deudor y alegando el daño sufrido o temido, puede oponer al acreedor la prescripción extintiva de la obligación, hasta concurrencia del estrago. Si el deudor renunció ya a la prescripción cumplida, lo que puede hacer simplemente no oponiendo tempestivamente la excepción, aquella subrogación presupone la revocación precedente del acto de abdicación, por fraude a su derecho (cfr. arts. 2491 c. c.; 146 y 183 Ley 222 de 1995, y por analogía, art. 1295 c. c.)¹⁵⁹⁰.

La Ley 791 de 2002 en su artículo 2.º adicionó el art. 1513 c. c. para disponer: “La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o por cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella”. En esa forma no solo quedó definida la vía procesal (ver *infra*), sino también —y esto es lo que interesa resaltar acá— abierta una vía franca a la subrogación del prescribiente por cualquiera persona que tenga interés en que sea declarada una prescripción que aquel se abstiene de invocar o a la que renunció: legitimación *iure proprio* en fuerza del quebranto

a Fernando Hinestrosa, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 143 a 160.

¹⁵⁸⁷ La Ley 120 de 1928 dispuso en su art. 1.º: “Los acreedores y cualquiera otra persona que tenga interés en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario”. Ciertamente el art. 698 c. de p. c. derogó aquella ley, y que en lo tocante con la “legitimación para pedir la declaración de pertenencia” (prescripción adquisitiva), en el numeral 2, art. 413, retomó restringidamente la previsión, así: “Los acreedores podrán hacer valer la prescripción adquisitiva a favor de su deudor, a pesar de la renuncia de este”, norma subsumida hoy en el art. 407, con la agregación de “[a pesar de la] renuencia”. Pero también es verdad que para la aceptación del derecho de tercero, no sólo el acreedor, como sustituto *iure proprio* del deudor, sino de otros interesados, no es menester precepto que expresamente la prevenga, pues es algo que rezuma de los principios generales de derecho (art. 8.º Ley 153 de 1887). Ya el art. 2225 *code civil fr.* previó: “Los acreedores, o toda otra persona que tenga interés en que la prescripción sea reconocida, pueden oponerla aun cuando el deudor o el propietario renuncien a ella”. Así también el art. 2939 *codice civile italiano*. El código del Brasil (art. 193) considera legitimada para “alegar la prescripción” a “la parte a la que aprovecha”.

¹⁵⁸⁸ Cfr. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 73 y ss.

¹⁵⁸⁹ Cas. de 7 de septiembre de 1897, XIII, 66.

¹⁵⁹⁰ El Proyecto de Ley 144 de 2001 del Senado de la República, sustitutivo del Proyecto 063 de 2000, originario de la Cámara de Representantes, previno en su art. 2.º una adición del art. 2513 c. c. en el sentido de que: “La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo renunciado a ella”.

sufrido o del daño temido a causa de la renuencia o la defraudación, a que está expuesto cualquier interesado, que deberá acreditar esa situación para demandar o para excepcionar, como sea del caso.

687. funcionamiento de la prescripción

Históricamente la prescripción extintiva apareció como excepción oportunamente opuesta a la acción del acreedor¹⁵⁹¹, y así se ha mantenido a lo largo de las sucesivas generaciones de ordenamientos. Es más, como quiera que el efecto extintivo no se produce automáticamente con la expiración del término de ley, sino que es indispensable que el interesado la oponga y el juez la declare, así el pronunciamiento de este opere retroactivamente, se agrega que la prescripción tiene eficacia “solo mediante el mecanismo de la alegación de la excepción”. Solo que, haciendo presente la exigencia de que sea invocada, ha de aclararse preventivamente, que también cabe impetrar el pronunciamiento jurisdiccional por medio del ejercicio de una acción a propósito¹⁵⁹². En otras palabras, la cuestión acá no es si la prescripción es viable como acción o como excepción, dado que uno y otro medio son idóneos para provocar el pronunciamiento del juez¹⁵⁹³, sino la de que la prescripción no tiene efecto *ope legis* o *per ministerium legis*, sino *ope exceptionis*, o mejor dicho, que requiere su invocación y que el juez, acogiéndola, desestime la pretensión del acreedor y declare extinguido su derecho en razón de declarar prescrita la obligación del excepcionante o, en su caso, pronuncie sentencia estimatoria de la demanda de prescripción intentada por el deudor, con los mismos efectos.

Se advierte, entonces, la complejidad del supuesto de hecho de la figura y del mecanismo de su funcionamiento. El transcurso del tiempo en la medida legal es indispensable, pero no es suficiente para completar el cuadro y obtener el efecto; adicionalmente están unidas a él, dijérase que como catalizadores, igualmente indispensables, sendas abstenciones continuadas y calificadas: la del titular del derecho (acreedor) en lo que respecta al ejercicio de la acción y la del deudor en cuanto al no reconocimiento del derecho ajeno. Luego, en orden cronológico, se tiene la invocación de la prescripción por el sujeto favorecido con la eventual pérdida del derecho, es decir, por parte de quien aspira a su liberación. O sea que el efecto extintivo propio de aquella depende de la decisión de este de incorporar la ventaja a su haber, con el ejercicio oportuno e idóneo de tal derecho; y, en últimas, vendrá la decisión judicial que declara la prescripción extintiva de la obligación: al acoger la correspondiente excepción opuesta tempestiva y fundadamente por el deudor o, en su caso, la demanda de este intentada preventivamente a propósito.

Así se completa el *factum* normativo y se produce el efecto consuntivo, constitutivo de la prescripción, a propósito de lo cual es útil insistir en que, de siempre, y por cuanto el resultado de la prescripción implica una ventaja patrimonial (*locupletatio*) para el

¹⁵⁹¹ Los Glosadores dijeron “praescriptio est exceptio ex tempore substantiam capiens quae actioni personali vel in rem opponitur”: AMELOTI. La prescrizione delle azioni in diritto romano, cit., p. 8.

¹⁵⁹² HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., pp. 92 y s. En el mismo sentido, OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., p. 633; 6.ª ed., n.º 752, p. 483. *Versus*, sin dar razón del aserto, cas. de 25 de abril de 1941, LI, 226 y ss., y cas. de 17 de octubre de 1945, LIX, 724. Según FUEYO LANERI. *De las obligaciones*, II, cit., n.º 646, p. 239, “Se rechaza la posibilidad de ejercitarse como acción por importar la promoción de una contienda judicial inútil, si el acreedor no habría de instaurar la acción respectiva, o bien simplemente precipitada. En ambos casos poniéndose en juego la actividad judicial ante situaciones de mera expectativa de demanda contraria”.

¹⁵⁹³ Como ya se indicó, el art. 2.º del Proyecto de Ley 144 de 2001 (Senado) dispone que: “La prescripción [...] podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción...”.

prescribiente, este goza, como es natural, de autonomía para disponer de lo suyo, es decir, para aprovecharse o no de la prescripción consumada en su favor, que mal podría el juez declarar de oficio, suplantándolo para otorgarle a la fuerza esa ventaja¹⁵⁹⁴. De ahí que los códigos de procedimiento exijan dicha alegación y le prohíban al juez declarar oficiosamente probada la excepción de prescripción¹⁵⁹⁵. Pero, antes de ellos, la norma de derecho sustancial del art. 2513 c. c.: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”.

El código de procedimiento civil redujo la oportunidad para formular la excepción de prescripción al término de contestación de la demanda, como aparece en el art. 306, limitación que no muestra fundamento plausible. Anteriormente, se podía “proponer no sólo en la contestación de la demanda”, sino “alegarla en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia” (art. 341 [1] c. j.). Sea del caso, pues, indicar que la consideración del carácter de orden público que mucho se recalca acerca de la prescripción no fue tenida en cuenta, posiblemente en el ánimo de encasillarlo todo en términos breves, pensando en que así se harían más celeros los trámites, en lugar de permitir que “se la pueda oponer en todo tiempo y en cualquier grado de la causa”¹⁵⁹⁶.

688. la prescripción como excepción previa

El código de procedimiento civil en su art. 97 *in fine* autorizó proponer como previas o, mejor, para su decisión por el trámite de estas (art. 99), las excepciones de prescripción y caducidad, amén de las de cosa juzgada y transacción. Ello dio lugar a conflictos doctrinarios y jurisprudenciales, sigue también a contrasentidos y rigorismos semánticos, como quiera que la providencia que resuelve sobre las excepciones previas es auto y no sentencia (art. 99) y que el recurso de casación solamente procede contra sentencias (art. 366 pr.), de modo que la decisión de segundo grado que declaraba probada la prescripción resultó sustraída a la casación o sujeta a ella, al vaivén de la inclinación de la Corte. El Decreto 2282 de 1989, modificatorio del código (art. 1.º, 46) eliminó la posibilidad de invocar la prescripción como excepción previa. A propósito de lo cual todo mueve a pensar en que mejor habría sido disponer que la decisión estimatoria de la prescripción se tomara en sentencia, con lo cual habría quedado salvado el escollo exegetico-gramatical para la casación y se habría mantenido la posibilidad de obviar todo el trámite ulterior cuando la prescripción palpitante hubiera sido alegada por vía expedita.

689. “ipso iure” u “ope exceptionis”

¹⁵⁹⁴ En tal sentido se ha hablado de que al completarse el término de prescripción, el interesado adquiere el derecho de alegarla, oponerla al titular del derecho, acá el de crédito. Cfr. cas. de 3 de mayo de 2002, exp. 6153: “... la renuncia opera solo luego de vencido el plazo y adquirido el derecho a oponerla [...] de donde se explica la razón por la cual, a pesar de estar consumada el juez no puede reconocerla de oficio si no fuere alegada”.

¹⁵⁹⁵ Tal el art. 306 c. de p. c., que al respecto reiteró la previsión del art. 343 c. j. (Ley 105 de 1931) de que, si bien “cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia”, de esa regla están ausentes expresamente, y por razones obvias, “las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”. El art. 3.º del Proyecto de Ley 63 de 2000 Cámara preveía que la prescripción extintiva podía ser decretada de oficio o a petición de parte, disposición en buena hora descartada por el Senado y en la redacción final de la ley sobre reducción de los términos de prescripción.

¹⁵⁹⁶ Así, MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., II, § 13, 2, p. 63, y cas. de 26 de junio de 1890, v, 148. Cfr. cas. de 23 de septiembre de 1950, LXVIII, 98 y s.

Por distintas razones, comenzando por las de índole histórica, pero primordialmente en fuerza de la naturaleza de los intereses en juego y la manera como operan en la prescripción y, más aún, por la función social de esta, se tiene que dentro del sistema normativo universal el transcurso del tiempo sin su aducción y reconocimiento judicial, por sí solo, no implica la pérdida (o el desfallecimiento) del derecho. De la inercia prolongada del acreedor surge para el deudor el derecho de negar la obligación y rehusarse al deber de prestación, *rectius*, alegar la prescripción¹⁵⁹⁷.

De ninguna manera puede el juez proceder *ex officio*, es decir, él no puede declarar una prescripción que no haya sido alegada¹⁵⁹⁸, por así decirlo, con nombre propio¹⁵⁹⁹, por el demandado¹⁶⁰⁰, “así ella resulte *ictu oculi* de los hechos debatidos por los contendores”¹⁶⁰¹, por cuanto la declaración de prescripción presupone el ejercicio del derecho por parte del sujeto legitimado¹⁶⁰², en últimas, es un negocio jurídico unilateral y potestativo de este¹⁶⁰³.

¹⁵⁹⁷ “La prescripción no genera la eliminación del derecho sino una excepción. Por lo mismo, el cumplimiento del término no puede ser declarado de oficio”: LANGE. *BGB Allgemeiner Teil*, cit., p. 108. Así, LARENZ. *Allgemeiner Teil*, cit. § 14, p. 203.

¹⁵⁹⁸ El art. 194 c. c. de Brasil de 2001 previene: “El juez no puede suplir de oficio la alegación de prescripción, salvo si favorece a un absolutamente incapaz”.

¹⁵⁹⁹ Así, cas de 30 de mayo de 1969, CXXX, 154.

¹⁶⁰⁰ “La prohibición al juez es absoluta, excepto algunos casos muy raros, como el de la que ocurre en materia penal, o cuando el Estado es su beneficiario”: STARCK, ROLAND et BOYER. *Obligations*, 2, cit., n.º 2230, p. 802. Cfr. cas. de 15 de marzo de 1983, CLXXII, 49 a 55; 14 de marzo de 2001, exp. 6550, sin publicar.

¹⁶⁰¹ AZZARITI e SCARPELLO. *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 240. “El deudor debe invocar la prescripción. El juez no puede declarar de oficio prescrita la acción del acreedor, así verifique que todas las condiciones se han dado [...] El legislador quiere dejar apreciar en conciencia la oportunidad de un medio, necesario en el plano social, pero que no siempre es equitativo. Coloca a los intereses particulares sobre el interés público”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1189, p. 1222.

¹⁶⁰² A la legislatura de 1999 se presentó proyecto de ley, que no hizo tránsito, “por la cual se reducen los términos de prescripción extintiva”, que tozudamente se repitió en la legislatura de 2000, donde, a tiempo que se proponía la reducción de los términos de prescripción mayores de tres años a dicho término [suprimir], en un art. 3.º se pretendía disponer que “la prescripción extintiva podrá ser declarada aun de oficio”, con [la siguiente sustentación en la exposición de motivos, luego de abundar en la conveniencia, rayana en la “necesidad de reducir, a la vez que unificar, los términos de prescripción, como, por lo demás es la tendencia universal”, se adujo como] [suprimir] el argumento de que “recogiendo lo que ha sido constante legislativa en materia de procedimiento contencioso administrativo y tributario, [se] faculta al juez para declarar aun de oficio la prescripción extintiva, con lo que en esta materia se unifica el sistema procesal colombiano, pues es inconcebible que si, por ejemplo en materia el mismo Estado debe declarar de oficio la prescripción, el juez en materias propias del campo civil no lo pueda hacer, dado que el art. 306 del c. de p. c. obliga a que se alegue la prescripción extintiva [¿y qué decir del art. 2513 c. c.?], aspecto que debe quedar derogado para unificar sistemas”, ignorando [A esa presentación, por demás simplista, cabe replicar diciendo, en primer término,] [suprimir] que en lo atañedero a la materia contencioso-administrativa lo que opera es [el proyecto confunde la prescripción con] [suprimir] la caducidad, empleada allá en beneficio de la Administración demandada y adversamente al particular demandante (art. 136 c. c. a.), y en segundo lugar, anotando que en materia tributaria, el Estado es el acreedor, de suerte que bien pudo estatuir como tal, y a manera de consideración para con los ciudadanos, esa “ventaja” de la pérdida automática del crédito tributario por prescripción, sin que el contribuyente la alegue (art. 817 del estatuto tributario). Perdiendo de vista la naturaleza diferente *ratione materiae* y *personae* entre los ordenamientos que regulan las relaciones entre la administración pública y los particulares, y aquellos llamados a regular las relaciones entre particulares; contrastes que no pueden soslayarse y, menos eliminarse, en aras de una unificación procesal inopinada e injustificada. Lo inconcebible no sería la disparidad, sino la iniciativa de “unificar” el sistema procesal colombiano, desajustando de paso los fundamentos lógicos y políticos de la prescripción. Por lo demás, dicho intento quedó del todo superado con la expedición de la citada Ley 791 de 2002, que eliminó aquella propuesta y dejó las cosas como estaban, al mantener el texto inicial del art. 2513 c. c. y, como se anotó, introducirle un inciso segundo relativo a la alegación de la prescripción tanto por vía de excepción como por vía de acción.

¹⁶⁰³ A propósito de los aspectos procesales de la prescripción, es clarificadora esta observación: “La excepción basada en la prescripción extintiva constituye un medio necesario para hacer valer en juicio un efecto jurídico que se ha producido en el campo del derecho sustancial. Pero el efecto producido en el campo sustancial es sólo efecto extintivo del derecho de otro sujeto, el acreedor que obra en juicio; para el deudor que se defiende mediante la excepción, se trata de hacer valer el efecto extintivo del deber. No ha de decirse, pues, que la extinción del deber produce (o se traduce en) una situación subjetiva del ya obligado. Este se viene a encontrar ahora libre del deber; vale decir, no es considerado obligado a cumplir, lo que en un sentido no técnico se puede expresar diciendo que tiene [el derecho a no cumplir] [...] En el campo procesal, en la hipótesis de la prescripción extintiva, se tiene solamente una ‘carga’: la de hacer valer por vía de excepción el efecto (negativo) que se da en el campo sustancial, esto es, la causa extintiva de la relación [...] El sujeto es ‘libre’ de hacerla valer”: S. PUGLIATTI. *Eccezione, Teoria generale*, en EdD., XIV, Milano, 1965, p. 164 y s.

Sin que falten propensiones a entender y tratar la prescripción con operatividad *ipso iure*¹⁶⁰⁴.

Lo que sí puede hacer el juez es interpretar la contestación de la demanda, de modo de poder inferir de ella la invocación de la prescripción, dado que esta no exige el empleo de palabras sacramentales; inclusive, el demandado puede alegar en general la prescripción o aducir una específica que eventualmente no corresponda al caso, no obstante lo cual, el juez está en el deber de acogerla, en cuanto aparezca cumplido el término de alguna prescripción pertinente¹⁶⁰⁵. Y otro tanto cabe decir de la demanda propuesta para que se declare una prescripción extintiva.

690. iniciación del cómputo del tiempo

Es obvio que el tiempo de prescripción no puede contarse desde antes de que la acción nazca, o dicho en términos negativos: *actione nondum natae non praescribitur*. Pero, ¿cuándo se considera la *actio nata*? Si bien, en principio, se puede afirmar que con el derecho surge la acción, ¿será exigible a su titular ejercerlo entonces mismo, so pena de que le corra la prescripción? La doctrina ha oscilado al respecto entre la tesis de que la acción nace sólo cuando el derecho es violado, pues sólo entonces se manifiesta o se da la atribución¹⁶⁰⁶, y la tendencia a considerar que el interesado asume la carga de ejercicio de su derecho desde el propio momento en que estuvo en posibilidad de hacerlo valer, o sea desde el comienzo del cómputo del tiempo hábil para reclamar¹⁶⁰⁷.

En lo que se refiere a créditos, el término principia a correr desde el momento en que la obligación se hace exigible, o sea desde cuando el sujeto pasivo debe pagar y el acreedor puede hacer efectiva la responsabilidad. El art. 2535 c. c. es terminante: “Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”¹⁶⁰⁸, lo que en últimas equivale a “cuando el derecho pudo hacerse valer”¹⁶⁰⁹. Lo que no se opone a que en determinados casos la propia ley señale una oportunidad inicial diferente: p. ej., en el contrato de transporte: “la prescripción comenzará a correr desde la fecha en que el pasajero emprenda el viaje o en que el remitente entrega la carta al transportador” y, en últimas, “desde la fecha del contrato” (art. 993 c. co.). En los demás casos, tanto el de las obligaciones no exigibles (incluso no definidas, p. ej., en la de resarcimiento de daños, o de reintegro de la cuota de expensas comunes en condominio o propiedad horizontal), está presente la dificultad de determinar a ciencia cierta el *dies a quo*, inclusive por la eventual índole continuada de los hechos¹⁶¹⁰. En materia de acciones de responsabilidad común se aprecia

¹⁶⁰⁴ Cfr. GRASSO. Prescrizione, diritto privato, cit., n.º 2 y 7, p. 58 y s. y 69; A. ZACCARIA. L'adempimento di un debito prescritto da parte di un terzo, en *Rivista di dir. civile*, 1998, I, p. 754 y ss.

¹⁶⁰⁵ Cas. de 13 de septiembre de 1995, CCXXXVII, 830.

¹⁶⁰⁶ Cfr. § 198 BGB: “La prescripción comienza con el nacimiento (*Entstehung*) de la pretensión”.

¹⁶⁰⁷ Valga anotar, colateralmente, que las reflexiones anteriores, en materia de acciones en general, se han de complementar con la aceptación del hecho elemental de que mientras el prescribiente no se rebele o niegue o deje de satisfacer el derecho del titular, resulta ilógico contar término de prescripción extintiva. Así, en materia de simulación, “El lapso de prescripción de la acción, debe comenzar a contarse no desde el día en que fue celebrado el contrato [...] sino desde cuando el ‘comprador’ desconocer el pacto oculto”: cas. de 26 de julio de 1956, LXXXIII, 284. “Sólo a partir del agravio de su derecho por parte del comprador aparente, el vendedor aparente resulta necesitado de tutela jurídica”: cas. de 14 de abril de 1959, XC, 319. Cfr. cas. de 20 de octubre de 1959, XCI, 787. El código civil de Brasil de 2001 en el art. 189 prevé: “Violado el derecho, nace para el titular la pretensión, que se extingue por la prescripción ...”.

¹⁶⁰⁸ Es esta una regla general: cfr. arts. 307.1 y 308 código civil de los Países Bajos; 2932 *code civil de Québec*.

¹⁶⁰⁹ Así el art. 2395 *codice civile italiano*. Sent. SNG de 4 de noviembre de 1930, XXXVIII, p. 424, con interpretación de este precepto en el sentido de que “la prescripción no empieza a contarse sino desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación”.

¹⁶¹⁰ El art. 2358 [2] c. c. dispone para el caso de responsabilidad indirecta, por el hecho ajeno, que “las acciones prescriben en

la inclinación a atar el comienzo de la cuenta al conocimiento que la víctima tenga del daño o de su agravación, o también de su identificación del causante, todo con un tope máximo de prescripción, cual acontece con la suspensión¹⁶¹¹, cual dispuso la Ley 256 de 1996 para las acciones de competencia desleal¹⁶¹², y la precisión de que cuando la conducta lesiva es repetitiva o se proyecta en actuación continuada, el término se cuenta desde la última manifestación o infracción¹⁶¹³.

Natural que, en las obligaciones a término, no siendo exigible su cumplimiento antes de la expiración de él, la prescripción sólo habrá de contarse desde entonces, y en las obligaciones bajo condición la cuenta del término no comience sino desde la ocurrencia del suceso incierto, o desde el momento en que la obligación se haya vuelto pura y simple por otra circunstancia. En las obligaciones periódicas o de ejecución sucesiva o distribuidas en cuotas, cada unidad es independiente y corre su propia suerte (art. 1651 c. c.). Y si se trata de la retribución de servicios de la misma índole, prestados en diferentes oportunidades y por distintos conceptos, la cuenta comienza para cada porción independientemente¹⁶¹⁴.

En esta materia están de por medio los presupuestos básicos, ontológicos, de la prescripción: la inercia del titular del derecho y la ausencia de reconocimiento de la contraparte. La fórmula de la mera “posibilidad” de ejercer el derecho (*potestas experiundi*), que de entrada suscita la idea de inercia o abandono del titular, contrasta con la consideración de que a él no le es “exigible” obrar si la otra parte (el deudor) le está reconociendo su derecho, esto es, si no ha habido incumplimiento, alzamiento, rebeldía. Esa incompatibilidad lógica y ética recuerda la figura de la interrupción natural de la prescripción (arts. 2539 [2] y 2544 [2.º] c. c.)¹⁶¹⁵. A ello es preciso añadir la hipótesis en que, por así decirlo, el tiempo se detiene, en razón de imposibilidad de instaurar la acción por estar pendiente la decisión de otro proceso indispensable para ello¹⁶¹⁶. Sectores importantes de la doctrina distinguen las situaciones puramente patrimoniales de las que, siendo patrimoniales, “están ligadas a necesidades fundamentales de la persona” o a situaciones de dependencia o cohibición, de modo de darles a estas un tratamiento especial, consistente en retardar la iniciación del cómputo del término de prescripción¹⁶¹⁷. Un

tres años contados desde la perpetración del acto”. Y el § 852 BGB previene la prescripción de la pretensión indemnizatoria por ilícito “a los tres años contados a partir del momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño”.

¹⁶¹¹ Cfr. n.º siguiente. Así, el art. 2270.1 *code civil fr.* [ley de 5 julio de 1985]: “Las acciones de responsabilidad civil extracontractual prescriben en diez años a partir de la manifestación del daño o de su agravación”; el § 852 BGB previene la prescripción de la pretensión indemnizatoria por ilícito “a los tres años contados a partir del momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño”; el art. 310.1 código civil de los Países Bajos: “... desde el día siguiente a aquel en que el perjudicado haya conocido tanto el daño como la persona responsable de él, y en todo caso por el transcurso de veinte años desde el acontecimiento causante del daño”; “... contados desde el día en que se manifiesta por primera vez” (art. 2926); el *code civil de Québec*: “la acción fundada en un atentado contra la reputación prescribe en un año contado desde el día en que la persona difamada tuvo conocimiento de aquel” (art. 2930). Y el art. 2 (1) del anteproyecto de ampliación de los principios de los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, Roma, agosto de 2000, reza: “... El término de limitación [...] comienza a correr desde el momento en que el beneficiario sabe o debe tener conocimiento de su pretensión o derecho, en especial de los hechos en que ellos se han de fundar”.

¹⁶¹² “Art. 25. *Prescripción*. Las acciones de competencia desleal prescriben en dos años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia y en todo caso, por el transcurso de tres años contados desde el momento de la realización del acto”. Así también el art. 244 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina relativa al “régimen común sobre propiedad industrial”.

¹⁶¹³ Así los arts. 244 y 268 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina relativa al “régimen común sobre propiedad industrial”, cit.

¹⁶¹⁴ Así, en cas. de 16 noviembre de 1953, LXXVI, 750, respecto de servicios médicos prestados a propósito, “no de una sola enfermedad, sino de diversas: el juez debe admitir la prescripción de aquellas partidas relativas a épocas en que el tiempo transcurrido desde que pudiera ser exigible, dé lugar a ello”.

¹⁶¹⁵ Cfr. cas. de 28 de febrero de 1955, LXXIX, 518 y s.; cas. de 26 de julio de 1956, LXXXIII, 278 y s.

¹⁶¹⁶ “*Contra non valentem agere non currit praescriptio*”. Tal la hipótesis reconocida en cas. de 7 noviembre 1977, CLV, 347.

¹⁶¹⁷ Así, la Corte Constitucional de Italia, en lo que respecta a los créditos laborales, tras de declarar inconstitucional la norma

ejemplo antiguo de ello se encuentra en el art. 514 c. c., conforme al cual el término de prescripción de la acción del pupilo contra el tutor o curador en razón de la tutela se cuenta “desde el día en que el pupilo haya salido del pupillage”.

En fin, resaltando la proximidad entre las hipótesis especiales de posposición del *dies a quo* y la figura de la suspensión, han de advertirse las tendencias generales actuales en esta materia: analizar y valorar más concretamente los fenómenos impositivos o que obstaculizan el ejercicio del derecho, en sí y en sus repercusiones; combinar los conceptos de imposibilidad o dificultad de ejercer el derecho con el de actualidad del interés y la necesidad de hacerlo valer y, en cuanto al primero, desarrollar la alternativa e incluso el entrelazamiento de los impedimentos jurídicos con los impedimentos de hecho, con la perplejidad de aceptar la posposición del punto de partida de la cuenta sólo en razón de un caso de fuerza mayor, juzgado con severidad, o bastarse con la sola ausencia de culpa del titular del derecho en el advenimiento y el tratamiento del suceso en cuestión; lo cual ha conducido a buscar la solución legislativa, ora en términos generales, ora mediante normatividad especial, ya en el ámbito nacional¹⁶¹⁸, ya con proyección internacional, en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, de que son ejemplo la “Convención sobre prescripción en materia de venta internacional de mercancías” (New York, 1974; Viena, 1980)¹⁶¹⁹, y la Directiva Europea de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por el hecho de productos defectuosos¹⁶²⁰.

691. suspensión

El término de prescripción es susceptible de alteración por cualquiera de dos fenómenos: la suspensión y la interrupción¹⁶²¹. La suspensión consiste en una prescindencia del tiempo: “una detención del curso del término útil para prescribir por una causa existente al momento en que la prescripción debería comenzar a correr o sobrevenida mientras el término está corriendo”¹⁶²². La suspensión se explica como una medida de protección de las personas que, por uno de los motivos taxativamente señalados por la norma¹⁶²³, se

general del código sobre comienzo del término, dispuso que el término de prescripción de los distintos créditos surgidos de la relación dependiente no se contaría sino una vez terminada esta. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI. *Diritto civile*, I, 1, §§ 76 y 82; PANZA. *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., p. 27 y nota 33. El art. 488 c. s. t. colombiano prevé que el término se cuenta “desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo el caso de prescripciones especiales establecidas en el código procesal del trabajo o en el presente estatuto”.

¹⁶¹⁸ Cfr. arts. 2926 a 2930 *code civil de Québec*; ABGB § 1484; §§ 852 y 203 BGB; art. 2941 *codice civile*. El último inciso del art. 3.º del Proyecto de Ley 144 de 2001 (Senado), al darle una nueva redacción al art. 2530 del c. c. dispone: “No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”.

¹⁶¹⁹ Cfr. Acuerdos de facilitación del comercio internacional, Bogotá, 1977, p. 69 y ss.

¹⁶²⁰ Sobre estas cuestiones, cfr. CAPONI. *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, cit., 733 y ss., 755 y s., 760; TROISI. *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 29 y ss.; AZZARITTI e SCARPELLO. *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 222; G. VINEY et P. JOURDAIN. *Traité de droit civil*, dir. de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2.ª ed., Paris, 1998, n.º 770 y ss., 777 y 786-6, p. 770, 772 y 795.

¹⁶²¹ “El curso normal del término se puede ver entorpecido por algunos incidentes que interrumpen o que solamente suspenden la prescripción [...] *La interrupción acaba con la prescripción al borrar retroactivamente todo el tiempo transcurrido*, de forma que si después de la interrupción, la prescripción vuelve a comenzar, el tiempo anterior no se cuenta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción es una simple detención del tiempo en el decurso del término; no borra el tiempo pasado; mientras obra la causa de la suspensión, el término no corre; pero en cuanto cesa dicha causa, la prescripción retoma la cuenta donde quedó; al tiempo nuevo se suma el anterior”: MAZEAUD y CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1177, p. 1210. Sobre la diferencia entre ellos, cfr. cas. de 9 de diciembre de 1925, XXXII, 141.

¹⁶²² AZZARITTI e SCARPELLO. *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 246.

¹⁶²³ “La enumeración del *code civil* es ciertamente limitativa, y el carácter excepcional de los textos debería determinar una interpretación estricta [...] Sin embargo, los tribunales se han rehusado a dejarse encerrar en las fórmulas del código [...] Para ello le han dado una interpretación ingeniosa, pero falsa al art. 2251 *code civil*, afirmando que esta disposición restrictiva no

encuentra en imposibilidad de hacer valer su derecho¹⁶²⁴, o de aquellas que por relación personal con el deudor pueden resultar cohibidas para ejercitar la pretensión correspondiente al crédito (incompatibilidad).

“Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad o curaduría” (disipadores interdictos, ausente, *nasciturus*), son los casos de incapacidad que determinan la suspensión (art. 2530 [1.º] c. c.), hipótesis a las que se agregan la de herencia yacente y de cónyuges (art. 2530 [2] y final c. c.)¹⁶²⁵.

Bien podría sostenerse que en rigor el fenómeno de la suspensión en favor de los incapaces no tiene razón de ser. La ley los trata con especial miramiento y los envuelve en un conjunto de medidas de protección que en oportunidades pecan por demasía, al punto de volverse en la práctica en contra del mismo tutelado, por la desconfianza que infunde el entenderse con él¹⁶²⁶. Por otra parte, dicta medidas encaminadas a proveer a la guarda o representación de los incapaces (lib. 1.º, títs. XIV, XXII y ss.), recalcando el hecho de que el parentesco en los más de los casos y la designación judicial en los restantes no sólo implican un poder de dirección y vigilancia sobre los incapaces encomendados a los padres o al guardador, sino que, antes que nada, imponen deberes estrictamente sancionados. En tales circunstancias no resulta consecuente, habiendo confiado la administración del patrimonio del incapaz a sus inmediatos allegados o a personas reconocidamente responsables y declarado que tienen su representación legal, mostrar al propio tiempo una plena desconfianza hacia estos, al punto de suspender en favor de aquellos el término de prescripción¹⁶²⁷. Pero el hecho es que tal medida se mantiene aun en ordenamientos recientes¹⁶²⁸.

Así mismo, por causa de incompatibilidad, la prescripción se suspende respecto de los cónyuges en sus relaciones mutuas –obviamente no los legalmente separados de cuerpos (el art. 2906 *code civil Québec* se refiere a “los cónyuges durante la vida en común”)– (arts. 2530 y 1541 [1]; 167 c. c. [art. 17, Ley 1.ª 1976]), fenómeno que, por supuesto, debería darse, en general, en las relaciones entre administradores de un patrimonio y el titular de este (cfr. art. 2491 *cod. civ. it.*; art. 321.1, c y d *cód. civil de los Países Bajos*).

contempla sino las causas de suspensión resultantes de la situación personal de los acreedores (minoridad, interdicción, matrimonio, etc.), y deja total libertad al juez en presencia de una causa resultante de circunstancias diferentes: [...] causa extraña, irresistible e invencible, ignorancia del derecho propio, error invencible”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1183, p. 1215.

¹⁶²⁴ Se habla tanto de imposibilidad material como de imposibilidad moral, y de dificultad grave para ejercer el derecho: AZZARITTI e SCARPELLO. *Della prescrizione e della decadenza*, cit., p. 246; de circunstancias unilaterales o subjetivas, y de circunstancias bilaterales: A. TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto privato*, 20.ª ed., Padova, 1983, p. 125; y de circunstancias que conciernen a una condición jurídica especial en que se encuentra el titular del derecho o a una relación especial existente entre él y el sujeto pasivo: R. CAPONI. *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti*, en EdD., XLII, Milano, 1986, p. 739.

¹⁶²⁵ De manera inexplicable, el art. 3.º final del Proyecto de Ley 144 de 2001 suprimió la suspensión de la prescripción entre cónyuges; no obstante el Informe para Plenaria solicitó incluir nuevamente esta disposición.

¹⁶²⁶ OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 748, p. 481, anota que no se justifica esa desconfianza hacia los representantes de dichos incapaces y que la suspensión discrimina adversamente el interés de los deudores.

¹⁶²⁷ El *code civil de Québec*, cap. 4.º, tít. 1.º, lib. VIII, luego de prevenir que “La prescripción no corre contra las personas que se encuentran en imposibilidad de hecho de obrar, sea por sí mismas, sea por medio de sus representantes” (art. 2904), como es natural, prescinde de los incapaces, y el art. 321.1 del código civil de los Países Bajos, al regular el fenómeno de “prórroga de la prescripción”, equivalente a la suspensión, no incluye entre sus beneficiarios a los incapaces. El proyecto del Senado de que se ha venido haciendo mención, tomaba ese rumbo.

¹⁶²⁸ Art. 1494 [1.º] c. c. de Perú. El código civil de Brasil de 2002 previene (art. 195) que “Los relativamente incapaces y las personas jurídicas tienen acción contra sus asistentes o representantes que dieran causa a una prescripción o no la alegaren oportunamente”, y (art. 197) dispone que la prescripción no corre entre cónyuges, ascendientes y descendientes durante la vigencia del poder familiar, personas sujetas a tutela o curatela y sus tutores durante la vigencia de la guarda, y en general contra los absolutamente incapaces, los ausentes en servicio público y quienes estén sirviendo en las fuerzas armadas en tiempo de guerra.

El art. 3.º de la Ley 791 de 2002, al reformar el art. 2530 c. c. dispuso: “[2] La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. [3] Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia. [4] Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos. [5] No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”.

De esa forma, a la vez que mantuvo la tutela extremada de los incapaces, que amplió a favor de las demás personas actualmente bajo guarda (ausentes, herencia yacente, *nasciturus*), extendió la suspensión a las situaciones de incompatibilidad actual, de las que resultó suprimiendo, al parecer por un *lapsus*, la derivada de la relación conyugal, que obra en todos los ordenamientos¹⁶²⁹.

692. tiempo máximo de suspensión

Pero, como quiera que algunos de esos estados no son transitorios, sino que son o se tornan definitivos o pueden prolongarse durante tiempo excesivamente largo, la ley de muy antiguo estableció un tope a la suspensión: transcurrido el tiempo máximo fijado para la prescripción (reducido de treinta a veinte años, art. 1.º Ley 50 de 1936¹⁶³⁰), se considera consumada la prescripción, sin salvedades (arts. 2541 [2] c. c.). Por lo demás, se mantiene la tradición de que solamente se suspenden las prescripciones “ordinarias” o “largas”. En el derecho nacional, están excluidas de la suspensión las denominadas “prescripciones de corto tiempo”, tanto las propiamente tales (art. 2544, inc. 1.º, c. c.), como las de duración inferior: “acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos”, previstas en el art. 2545 c. c. (cfr. art. 2278 *code civil fr.*).

693. divisibilidad de la suspensión

La suspensión puede ocurrir respecto de toda la deuda o de apenas una parte de ella, puesto que siendo tan personal su motivo, se refiere únicamente al acreedor inhábil; de ahí por qué, en presencia de varios acreedores, la prescripción pueda seguir su curso normal respecto de unos y deba suspenderse en favor de otro u otros. Si, por ejemplo, fallecido el acreedor, dentro de sus herederos hay personas capaces y personas incapaces, para las primeras el cómputo de tiempo continuará sin tropiezos, al paso que para éstas obra la suspensión, y el tiempo que dejó correr el *de cuius* se acumulará al que transcurra luego de concluida la incapacidad, sin computar el lapso intermedio (art. 1751 c. c.; *versus* art. 2909 *code civil de Québec*, conforme al cual la suspensión ha de regirse por las pautas de la interrupción en los mismos supuestos).

694. suspensión por crisis del acreedor

¹⁶²⁹ Al respecto es natural pensar en que dentro de la *imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho*, prevista en el inciso final del art. 3.º de la Ley 791 de 2002, cabe, remitida a la prudencia judicial, la cohibición en que puede encontrarse un cónyuge para entablar acción judicial contra el otro cónyuge.

¹⁶³⁰ A contrariedad de lo sostenido por PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª parte, Bogotá, 1951, p. 892, y concordemente con OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, p. 630; 6.ª ed., n.º 748, p. 481. Cfr. cas. de 17 de marzo de 1939, XLVII, 725; 8 de noviembre de 1999, sin publicar, y conforme al art. 1.º del Proyecto de Ley 144, ese tiempo se reduce a diez años.

Adicionalmente, la ley ha previsto la suspensión de la prescripción en las hipótesis de procesos concursales: el art. 102 de la Ley 222 de 1995 estatuye, con impropiedad injustificable en la nomenclatura, que ya traía el estatuto precedente (art. 16 Dcto. 350 de 1989), que “desde la apertura del concordato y hasta la terminación del acuerdo concordatario, se interrumpe [*sic*] el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos que contra el deudor se hubieren perfeccionado [!] o hecho exigibles antes de la iniciación del concordato”.

695. suspensión por imposibilidad actual de ejercer el derecho

Ahora bien, la figura de la suspensión de la prescripción tiene otra proyección, distinta de la propiamente tutelar de incapaces o preventiva de incompatibilidades: la de operar en auxilio de quienes por razón de su oficio u ocupación o de determinadas circunstancias individuales no se han encontrado en posibilidad de obrar en juicio. Ya el derecho romano prevenía la imposibilidad personal de emprender un proceso¹⁶³¹. En el antiguo derecho francés se acogió la regla de que la prescripción no corría en contra de quien no se encontraba en posibilidad de obrar, con tanta amplitud, que se llegó a incluir la ignorancia de la existencia del derecho, exceso en razón del cual cuando se redactó el *code civil* la suspensión se limitó a los eventos expresamente previstos en la ley y se eliminó de las prescripciones de corto tiempo¹⁶³².

El § 203 BGB prevé la suspensión de la prescripción cuando el titular del derecho se vea entorpecido por fuerza mayor. El legislador francés, en su día, dispuso la suspensión de la prescripción en favor de los miembros de la Legión Extranjera y de los militares en campaña en Argelia e Indochina; en tanto que el Estado alemán, mediante normas expedidas en 1939 y 1945, ordenó la suspensión de los términos de prescripción a causa de la guerra. Análogamente procedió el Estado colombiano al expedir la Ley 201 de 1959 (“medidas tendientes a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio”), que al determinar que la violencia sólo cesa al ser levantado este (art. 2.º), en la práctica dispuso una suspensión de la prescripción (art. 1750 [1] c. c.). El art. 1942 *codice civile* prevé la suspensión de la prescripción “en tiempo de guerra, contra los militares en servicio...”. Y el art. 1904 *code civil de Québec* preceptúa: “[La prescripción] no corre contra las personas que están en imposibilidad de obrar, sea por sí mismas, sea haciéndose representar por otras”.

En todo caso, siendo minoritaria la tesis que propugna la suspensión cuando quiera que se presente un hecho que imposibilite el ejercicio del derecho y mientras perdure su efecto, con tal que no sea imputable a su titular, en tanto que la mayoría se orienta por considerar taxativa la lista de causales de ley¹⁶³³, en obsequio de la certeza jurídica, tales contraposiciones y oscilaciones ponen de presente “el cambio de las construcciones dogmáticas del jurista al compás de los signos de su tiempo”. Como se anotó atrás, el art.

¹⁶³¹ ULPiano. D. 33, 3, 1, previó un elenco de eventualidades: “ya si estuviera en poder de los enemigos, ya si estuviera ausente por causa de la república, ya si estuviera en prisión, o si por tempestad estuviera detenido en algún lugar, o en una región, de modo que ni pudiera litigar, ni dar mandato, no tiene facultad para litigar”.

¹⁶³² Cfr. AMELOTI. *Prescrizione, diritto intermedio*, cit., p. 46 y ss.

¹⁶³³ Así, tangencialmente, SNG de 27 de septiembre de 1948, LXV, 240: “Las prescripciones de corto tiempo corren contra toda clase de personas, de conformidad con el art. 2545 del c. c. Es la inercia del acreedor en las condiciones establecidas en la ley, lo que produce la extinción del crédito, de donde se infiere que es el legislador quien determina todo lo relativo a las causales de suspensión de la prescripción, ora se trate de las de largo o breve tiempo”.

3.º de la Ley 791 de 2002 introdujo a este respecto una modificación sustancial al régimen de la prescripción en términos absolutos, la contenida en el inciso quinto, al prever que “no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”. En la contraposición de tendencias y pareceres optó por acoger la imposibilidad absoluta de hacer valer el derecho en cuestión, dijérase que más que como causal general de suspensión, a secas como razón de detención del término de prescripción. No discrimina la norma el origen de la imposibilidad, que, además, puede ser general personal, lo que se exige es que sea absoluta, esto es, “sin restricción alguna, terminante, decisiva”, caracteres cuya calificación se confía al juez, que habrá de decidir “apreciando las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (art. 187 c. de p. c.). En mi sentir es esta una intervención legislativa saludable, que consolida los esbozos jurisprudenciales citados en pro de la máxima *Contra non valentem agere non currit praescriptio* y acoge una tendencia generalizada en la actualidad¹⁶³⁴.

A lado de estas consideraciones relativas a la imposibilidad derivada de circunstancias telúricas, sociales, políticas, de índole general o particularizada, endémicas u ocasionales, ha de traerse a colación el caso del acreedor que por cuenta de su crédito recibe un título valor “en pago sujeto a la condición resolutoria de su no descargo”, con relación a sus acciones derivadas de la relación causal, a cuyo propósito la Corte ha dicho que “en su contra ninguna prescripción corre”, mientras está pendiente la dicha condición prevenida en el art. 882 c. co.¹⁶³⁵.

696. interrupción

Consiste en el advenimiento de un hecho incompatible con los presupuestos axiológicos de la prescripción, al punto de que el tiempo transcurrido hasta entonces se borra, sus efectos se destruyen, lo cual da lugar a una nueva iniciación de la cuenta, prescindiendo del tiempo anterior. Si la prescripción presupone el no ejercicio del derecho y las acciones (*silentium*) por parte de su titular durante un determinado lapso de tiempo, el concepto de interrupción emerge espontáneo al imaginar una actitud (conducta) de aquel, incompatible con cualquiera posibilidad de abandono, o del prescribiente, que implique reconocimiento del derecho ajeno o servicio del mismo. En otras palabras, así como no sería afirmable desentendimiento por el hecho de no “ejercer” la acción innecesariamente, tampoco podría predicársele delante de su empleo oportuno e idóneo.

Así, teniendo en cuenta esas dos posibilidades, la interrupción de la prescripción se ha solido clasificar en natural y civil (art. 2539 [1] c. c.).

697. interrupción natural

La *interrupción natural* consiste en una actividad del solo deudor o conjunta de él con el

¹⁶³⁴ “La prescripción no corre contra aquel que se encuentra en imposibilidad absoluta de obrar a causa de un impedimento proveniente sea de la ley, sea de la convención, sea de fuerza mayor”: cas. francesa de 22 de diciembre de 1959. “La prescripción no puede correr sino a partir del en que quien la invoca pudo obrar válidamente”: cas. francesa de 27 de octubre de 1982 (Dalloz, *Code civil*, 10.ª ed., Paris, 2002, p. 1917. El art. 6.º (1) del Anteproyecto de ampliación de los Principios de UNIDROIT, previene: “Cuando de resultado de circunstancias fuera de control del acreedor, que no puede superar, este no ha podido ejercer su pretensión o derecho mediante proceso judicial o arbitral, el término de prescripción se suspende hasta que tales circunstancias hayan cesado, y se extenderá por un año adicional al término suspendido”.

¹⁶³⁵ Cas. de 30 de julio de 1992, CCXIX, 225 y ss.

acreedor que resulta incompatible con el descuido o inactividad de éste, base de la extinción de su derecho: si el deudor de cualquier modo que sea, por declaración o por comportamiento, reconoce la obligación, sea haciendo abonos a ella, sea solicitando plazos, sea pagando sus accesorios o intereses, sea renovándola, en fin, si el deudor acepta la obligación y mantiene su memoria, la prescripción se interrumpe (por actuación *a parte debitoris*) (arts. 2539 [2.º] y 2544 [1.º] c. c.)¹⁶³⁶.

El reconocimiento de la deuda es un acto propio del deudor¹⁶³⁷, sin que importe el modo de manifestarse. Dentro de los distintos medios idóneos de expresión jurídica, se tiene, en primer lugar, la declaración: lenguaje articulado, oral o escrito, o incluso empleando símbolos gráficos inequívocos, como también la conducta concluyente, o manifestación *per facta concludenda*, de la que a propósito del reconocimiento de la obligación estos eventos son ejemplos significativos, a más de los tres indicados en el art. 2544 (“desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor”)¹⁶³⁸, el abono a intereses o a capital, la solicitud de quitas o plazos y el ofrecimiento de dación en pago o de garantías o de transacción, la discusión sobre el monto de la deuda y el reemplazo del documento de obligación. Mayores dificultades ofrece la eventualidad de contactos entre acreedor y deudor a propósito de la obligación o, mejor, de la suerte o el desenvolvimiento de ella, que se tomarán como reconocimiento de la deuda, con efectos interruptores o de renuncia, según el caso, en la medida en que no se trate de meras conversaciones y pueda llegarse a ver en ellas objetivamente la aceptación del derecho ajeno¹⁶³⁹.

La jurisprudencia ha descartado de plano que “un simple requerimiento, la notificación de una cesión de crédito o el reconocimiento de un documento, constituyan una interrupción natural, porque en esos eventos el papel del deudor es completamente pasivo”¹⁶⁴⁰.

En fin, ha de anotarse que la Corte Suprema de Justicia acuñó una especie *sui generis*, inasible: suspensión indefinida, que asimila a interrupción natural constante (?): “... la prescripción de un crédito no corre, cuando está garantizado con prenda, en tanto que la prenda permanezca en manos del acreedor. En esas circunstancias, la tenencia de la cosa, en virtud de una convención entre las partes, puede interpretarse como un reconocimiento constante de la existencia de la obligación”¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁶ Valga anotar que, al estar precedida la “concesión de plazo” de una solicitud del deudor al respecto, esta sola, de por sí, implicaría un reconocimiento de la deuda (cfr. art. 2514 *in fine* c. c.) y, por ende, un acto que implicaría ya la interrupción civil. Razón de más para no compartir la opinión de VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, t. III, p. 467; 9.ª ed., § 184, III, p. 474, seguida por OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., p. 628; 6.ª ed., n.º 746, p. 479, de que la enunciación del art. 2544 c. c. es exhaustiva. Cfr. al respecto, cas. de 25 de octubre de 1934, XLI bis, 64. Por lo demás, la reforma legal en curso cancelará toda discusión, por lo mismo que el art. 11 del proyecto sustituye el ordinal primero del art. 2544 c. c. con esta norma: “Desde que el deudor reconoce la obligación, expresamente o por conducta concluyente...”.

¹⁶³⁷ “[E]l acto tiene cierta importancia, pues, si bien no crea una obligación, al menos prolonga la vida de la acción correspondiente y aumenta las probabilidades de pago efectivo, con el consiguiente menoscabo patrimonial. Es un acto, en consecuencia, que justifica y exige poner en juego la potestad tutelar”: FUEYO LANERI. *De las obligaciones*, II, cit., n.º 667, p. 256.

¹⁶³⁸ El art. 11 de la Ley 791 de 2002, sustitutivo del art. 2544 c. c. dispuso: “Las prescripciones mencionadas en los dos artículos anteriores [las de “corto tiempo”] [...] Interrumpense: 1.º Desde que el deudor reconoce la obligación, expresamente o por conducta concluyente...”. Con lo cual a más de darle carta de ciudadanía a este medio de expresión, dejó sin piso la tesis restrictiva de que para la interrupción natural de estas prescripciones era menester el otorgamiento de pagaré o una declaración escrita. Así OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 476, p. 479.

¹⁶³⁹ Cfr. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 161 y s. Cfr. cas. de 3 de mayo de 2002, exp. 6153, en el sentido de que el reconocimiento debe en todo caso ser anterior al cumplimiento del término, pues de ocurrir luego, sería renuncia.

¹⁶⁴⁰ Cfr. sent. SNG de 15 de mayo de 1946, LX, 634.

¹⁶⁴¹ Sent. SNG de 15 de mayo de 1946, LX, 634. PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª parte, cit., n.º 591, p. 893 y s., a la vez que sostiene “la imprescriptibilidad de un crédito garantizado con prenda”, “no ve inconveniente a que esta doctrina se haga extensiva al evento previsto en el c. de co., en el cual la prenda se halle en poder de un tercero”.

698. reconocimiento parcial de la deuda

El reconocimiento parcial de una deuda por parte del obligado implica interrupción de la prescripción de toda ella.

699. interrupción civil

La *interrupción civil* es un acto formal, dentro de una enumeración taxativa de la ley. Consiste en una actividad judicial calificada de parte del acreedor: la instauración de la demanda o la solicitud de convocatoria de arbitramento, cuando media cláusula compromisoria, y en las denominadas “prescripciones de corto tiempo”, aun el simple requerimiento privado (arts. 2540 y 2544 [2] c. c.¹⁶⁴²). Para los créditos laborales, basta “el simple reclamo escrito del trabajador”: art. 489 c. s. t.)¹⁶⁴³.

De lege ferenda bien ha de pensarse en la agilización y simplificación del mecanismo de la interrupción civil, mediante la extensión de este medio (el requerimiento) a todas las obligaciones o créditos¹⁶⁴⁴. Empero, a la postre la Ley 791 de 2002 resultó conservando inmotivadamente el formalismo restrictivo actual, que exige demanda judicial, entendida al pie de la letra en los términos del código de procedimiento civil, cuya presentación tiene eficacia interruptora de la prescripción, sujeta a la condición resolutoria de que no se la notifique oportunamente al demandado¹⁶⁴⁵. Valga recordar que el art. 2539 c. c., luego de prevenir que “la prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse ya natural, ya civilmente”, agrega que “se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el art. 2524”, o sean los de notificación ineficaz de la demanda, desistimiento y perención.

700. interrupción por demanda

A este propósito es oportuno resaltar el régimen del código de procedimiento civil, que en el pleno entendimiento de que la interrupción no se produce sino mediante demanda en forma, por medio de las normas de los arts. 90 y 91, sustitutivas de la del art. 2524 c. c., puso fin a la incertidumbre anterior acerca de cuándo se entendía interrumpida la prescripción, si desde la presentación de la demanda o sólo con la notificación del auto

¹⁶⁴² Para OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 476, p. 480, el requerimiento debe ser judicial y no simplemente un cobro privado. Dentro de las observaciones sobre el proyecto de ley 144 de 2000 la Sala de casación civil de la Corte hizo llegar a la Comisión 1.ª constitucional del Senado de la República, estaba la sugerencia de que el requerimiento fuera judicial. El Congreso no la acogió, y mantuvo la redacción genuina de la norma del art. 2544 c. c.

¹⁶⁴³ Pensando en expresiones normativas menos rígidas, vale anotar que la ley francesa de seguros (13 de julio de 1930) trae dos modos adicionales de interrupción del término de prescripción en esa materia: 1.º La designación de ajustadores a raíz de la ocurrencia del siniestro; 2.º El envío de carta recomendada con acuse de recibo. Cfr. LAMBERT-FAIVRE. *Droit des assurances*, 10.ª ed., Paris, 1998, n.º 106.

¹⁶⁴⁴ El Proyecto de Ley 144 de 2001, a tiempo que remitía la regulación de la interrupción civil a “las normas del código de procedimiento civil”, preceptuaba que “la prescripción de la acción ejecutiva se interrumpe, también, por requerimiento escrito”. Tal norma fue suprimida en la conciliación entre las dos Cámaras y no aparece en el texto final.

¹⁶⁴⁵ Cfr. arts. 2244 ss. [y ley de 5 de julio de 1985] y 2249 s. *code civil fr.* En Chile, con pie en los mismos preceptos del código civil colombiano, “la jurisprudencia ha resuelto que demanda judicial es cualquier gestión del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto de exigir directamente el pago, o preparar o asegurar el cobro [...] No es solo la demanda a que se refiere el c. de p. c., sino que todo recurso judicial interpuesto por el acreedor en resguardo del derecho que le pertenece y al que la prescripción amenaza con extinguir”: ABELIUK. *Las obligaciones*, II, cit., n.º 125, p. 1017. Aquí, eufemísticamente se predica que “es riguroso que la exhortación al pago se haga mediante demanda judicial”: cas. de 11 de enero de 2000, exp. 5208.

Valga poner de presente que la última enmienda, a más de ampliar el término para la consolidación de la interrupción, trajo la eliminación de la sentencia inhibitoria como causal de ineficacia de la interrupción, o sea que hoy, al terminar el proceso sin sentencia de mérito, a partir de la ejecutoria de tal decisión se volverá a contar el término de prescripción¹⁶⁴⁹. Adicionalmente mantuvo la eliminación del efecto perentorio de la caducidad con la presentación de la demanda en caso de ocurrencia de cualquiera de aquellos fenómenos, que venía desde el Dcto. 2282 [1.º, 41] de 1989¹⁶⁵⁰. En todo caso (arg. ex arts. 91 [3], 99 [7] y 97 [2] c. de p. c.), la incompetencia del juez no priva a la demanda de su efecto interruptor: el proceso se seguirá ante el juez competente.

701. no interrupción y donación

Cabe agregar que el dejar de interrumpir la prescripción, deliberadamente o por incuria u olvido, no es acto calificable de condonación o de donación (art. 1456 c. c.), ni para la observancia de los requisitos formales (insinuación, art. 1458 c. c.), ni en cuanto a la formación de los acervos imaginarios (arts. 1243 a 1244 c. c.).

702. quién puede interrumpir una prescripción

En lo que atañe a la legitimación para interrumpir la prescripción, se tiene que el reconocimiento, acto idóneo para la interrupción natural (arts. 2541 [2] y 2544 [1.º] c. c.), no puede provenir sino del propio titular de la relación jurídica (deudor) o, dado el caso, del representante suyo, legal o voluntario, o del representante orgánico de la persona jurídica; y que la demanda judicial o arbitral exige el apoderamiento correspondiente (arts. 44 y ss. c. de p. c.) y ha de proponerse a nombre del titular del crédito. Sin embargo, en mi sentir, análogamente a como ocurre con la invocación de la prescripción, a interrumpirla puede proceder quien quiera que tenga interés legítimo en que ella no se consume, categoría en la que sobresale el acreedor del acreedor reacio¹⁶⁵¹.

703. interrupción en caso de pluralidad de sujetos activos o pasivos

“En principio, la interrupción concerniente a un determinado derecho no se extiende a otros derechos, así sean conexos, y no se proyecta sobre sujetos distintos de aquellos entre los cuales se dio”¹⁶⁵². Sin embargo, tal regla, en lo que hace a la cuestión personal, sufre atenuaciones cuando se trata de obligaciones solidarias: entonces, conforme al dictado de los arts. 1586 y 2540 c. c., en su orden, “la prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible lo es igualmente respecto de los otros”¹⁶⁵³ y “la

¹⁶⁴⁹ Cfr. LÓPEZ BLANCO. *La Ley 794 de 2003*, ..., cit., p. 57 y s.

¹⁶⁵⁰ En cas. de 7 de junio de 2002, exp. 7360, a propósito del término de “caducidad” del art. 29 del Convenio de Varsovia, aprobado por la Ley 95 de 1965 (art. 1874 c. co.), relativo a la responsabilidad del transportador aéreo, la Corte, sin entrar a precisar la naturaleza de tal término, da a entender que la ocurrencia de uno de los motivos de ineficacia de la interrupción de la prescripción haría inane también el acto oportuno de ejercicio del derecho en materia de caducidad.

¹⁶⁵¹ El art. 203 c. c. de Brasil de 2001 preceptúa: “La prescripción puede ser interrumpida por cualquier interesado”.

¹⁶⁵² AZZARITTI e SCARPELLO. *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 274 y s.; y n. 1.

¹⁶⁵³ El art. 9.º del Proyecto de Ley 144, sustitutivo del art. 2540 c. c. previene: “La interrupción que obra a favor de uno o varios acreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del art. 1573, o que la obligación sea indivisible”. Con ello se cancela la posibilidad de argüir que legalmente no opera la extensión del efecto interruptor a favor de uno de los acreedores de obligación indivisible a favor de los restantes.

interrupción que obra en favor de uno de los varios coacreedores no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad”¹⁶⁵⁴. El texto del art. 2540 fue subrogado por el art. 9.º de la Ley 791 de 2002, que dice así: “La interrupción que obra a favor de uno o varios acreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del art. 1573, o que la obligación sea indivisible”. De esa manera se eliminaron las reservas exegéticas que se insinuaban en torno de las obligaciones indivisibles¹⁶⁵⁵.

En lo que respecta al fiador, siendo natural sostener directamente que si es solidario¹⁶⁵⁶ su suerte será la misma que la del codeudor, es obvio que la solución ha de ser igual, en el caso de fianza ordinaria, dado el carácter dependiente de la garantía; y lo mismo ha de predicarse en cuanto a los efectos de la interrupción por demanda contra el fiador o por acto de este. El art. 792 c. co. previene que “las causas [!] que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo el caso de los signatarios en un mismo grado”, toda vez que, si bien “todo suscriptor de un título valor se obliga autónomamente” (art. 627 c. co.), “cuando dos o más personas suscriban un título valor en un mismo grado [...] se obligarán solidariamente” (art. 632 c. co.).

El sucesor en el crédito, lo mismo que el sucesor en la deuda, a cualquier título que tenga lugar la sustitución (o el acompañamiento) se coloca en la posición en que se encontraba su causadante, o sea que si ingresa a la relación como acreedor, se beneficiará de la interrupción ya ocurrida, y si como deudor, no podrá hacer caso omiso de ella.

704. efectos de la interrupción

La interrupción, por cualquier medio que se haya dado, implica la eliminación del tiempo transcurrido hasta entonces, o más propiamente, de la eficacia de este: la cuenta no se detiene, como en la suspensión, sino que se prescinde del tiempo anterior, por lo cual se reanuda *ex novo* a partir de la ocurrencia del hecho interruptor, o como se suele decir: hay “borrón y cuenta nueva”. El término de prescripción no cambia, simplemente surge de nuevo la expectativa de prescripción al cabo del mismo número de unidades cronológicas, cualquiera que sea aquel. Así lo previenen los arts. 8.º [3] y 11 de la Ley 791 de 2002, subrogatorios, en su orden, de los arts. 2536 y 2544 c. c., al prevenir que “interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término” y eliminar el salto previsto para las denominadas “prescripciones de corto tiempo”, en el art. 2544 *in fine* c. c.: “sucede a la prescripción de corto tiempo la del art. 2536”¹⁶⁵⁷.

705. renuncia

Volviendo a las bases conceptuales y funcionales de la prescripción, se recuerda que es potestativo del interesado reconocer en cualquier momento el derecho de su contraparte y

¹⁶⁵⁴ Sobre la notificación a los litisconsortes, según sean facultativos o necesarios y sus efectos interruptores de la prescripción, cfr. cas. de 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, 1313.

¹⁶⁵⁵ PÉREZ VIVES. Teoría general de las obligaciones, segunda parte, cit., n.º 590, p. 893.

¹⁶⁵⁶ SNG de 4 de noviembre de 1932, XLI, 129.

¹⁶⁵⁷ El fenómeno de la “*interversione* de la prescripción”. “*Conversione* de la prescripción”, lo llama PANZA. *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., p. 267.

hacer caso omiso del tiempo corrido en su favor, sea en acto de interrupción, sea en acto de renuncia¹⁶⁵⁸; y que el solo transcurso del tiempo no produce los efectos extintivos de la prescripción, sino que es menester alegarla y obtener el correspondiente pronunciamiento judicial. Por lo tanto, como derecho que es, la prescripción “consumada” es susceptible de renuncia a discreción del prescribiente. Valga anotar, entonces, que de la misma manera que la inercia es una opción del titular del derecho, el invocar la prescripción es una alternativa del deudor, una y otra igualmente libérrimas (con la salvedad ya comentada de la subrogación del deudor por terceros a quienes la omisión de este perjudique).

706. oportunidad

No vale la renuncia preventiva a la prescripción, esto es, ni en el negocio jurídico fuente de la obligación, ni durante el transcurso del tiempo antes de que venza el término legal de prescripción: “La prescripción puede ser renunciada [...] pero sólo después de cumplida”, previene el art. 2514 [1] c. c., reiterando una regla inveterada de *ius cogens*. De esa suerte, una renuncia prematura, que tenga lugar luego de haberse iniciado el cómputo y antes de haberse consumado, sería en verdad un acto de interrupción y habría de recibir el tratamiento de tal¹⁶⁵⁹.

Agotado el término respectivo, el deudor puede demandar la declaración judicial de prescripción, antes de que el acreedor proceda judicialmente en contra de él ejecutivamente o en acción de condena; como también puede esperarse a ser demandado, para oponer la excepción de prescripción. A partir del cumplimiento de dicho término él puede hacer abdicación de su poder de ejercicio de la prescripción¹⁶⁶⁰.

707. naturaleza y requisitos de la renuncia

La renuncia es un acto dispositivo (negocio jurídico), unilateral, no recepticio, cuyos efectos consisten en la pérdida de la prescripción cumplida. En esa razón, demanda los requisitos propios de todo acto dispositivo (art. 1502 c. c.) y, por lo mismo, puede ser declarada inválida por falta de capacidad o de poder de disposición, por ilicitud o por vicio de la voluntad (arts. 1740 y ss. c. c.).

Además, dado que no puede perjudicar a terceros, es revocable por fraude de estos (acreedores, cónyuge, socio), a instancia suya. La prescripción se puede renunciar mediante declaración, que puede ir en un testamento (arg. ex art. 1191 c. c.) y cuya oportunidad llega inclusive al desistimiento de la excepción formulada dentro del proceso, como también por medio de conducta concluyente. Una y otra han de ser personales suyas, o de representante suyo (legal, voluntario u orgánico) con atribuciones para ello. Inclusive, la representación puede ser aparente¹⁶⁶¹. La conducta concluyente presupone un acto de reconocimiento del crédito, “por ejemplo, cuando [...] el que debe dinero paga intereses o pide plazos” (art. 2514 [2] c. c.).

¹⁶⁵⁸ Cfr. cas. de 24 de septiembre de 1940, L, 114.

¹⁶⁵⁹ “Contiene un reconocimiento de los derechos del acreedor por el deudor, y a ese título interrumpe la prescripción comenzada. Pero no impide que comience a correr una nueva prescripción, toda vez que es nula en cuanto renuncia a una prescripción aún no cumplida”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1189, p. 1224.

¹⁶⁶⁰ Cfr. art. 792 c. co. Cfr. cas. de 14 de diciembre de 1909, XXV, 550.

¹⁶⁶¹ Cas. de 28 de febrero de 1984, CLXXVI, 51.

Y acá son de recibo las reflexiones hechas y los ejemplos traídos a propósito de la interrupción natural. Igualmente puede ocurrir que, habiendo sido demandado, el deudor deje precluir la oportunidad exclusiva para oponerla (art. 306 c. de p. c.), caso este en el cual la doctrina suele afirmar que se da una “renuncia tácita” (por conducta omisiva) a la prescripción, cuando en verdad, como en todos los casos de caducidad, lo que ocurre es la pérdida del derecho o de la pretensión por su no ejercicio en la oportunidad precisa, al margen de si fue intencional o por descuido o por error. Amén de que la renuncia presupone una conducta inequívoca, de suerte que aquella omisión sería calificable de renuncia y tratada como tal sólo en el evento de que ciertamente correspondiera al propósito de prescindir de la ventaja en cuestión¹⁶⁶².

La renuncia, que sólo se concibe respecto de una prescripción cronológicamente consumada (art. 2514 [1] c. c.), opera retroactivamente, en el sentido de que borra el tiempo transcurrido y su vocación extintiva, por lo cual es elemental advertir que el renunciante no puede hacer valer la prescripción cumplida y renunciada; que, como ocurre con la interrupción, el tiempo transcurrido resulta inútil, y que a partir de ella se volverá a contar el término necesario¹⁶⁶³, cual lo prevé hoy expresamente el art. 8.º [3] de la Ley 791 de 2002, sustitutivo del art. 2536 c. c.: “Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”.

708. renuncia y pluralidad de acreedores o de deudores

Si se trata de obligaciones conjuntivas o de prestaciones parciales, la relación del acreedor con cada deudor o del deudor con cada acreedor, o de cada uno de aquellos con cada uno de estos, es independiente (art. 1583 [1] c. c.). En cambio, en materia de obligaciones indivisibles es ineludible la proyección de los efectos saludables de la renuncia sobre todos los miembros de la parte activa (arg. ex art. 1586 c. c.), igual que en la solidaridad activa, donde la actuación abdicativa del deudor beneficia a todos sus acreedores, trátase de interrupción (art. 1540 c. c.) o de renuncia. Y en cuanto a los efectos adversos de la renuncia, en las mismas hipótesis, la solidaridad pasiva, como también ocurre con la fianza (cfr. art. 2406 [3.º] c. c.), proyecta su unidad sólo hasta el cumplimiento del término de prescripción, cuando cada deudor se independiza de sus antiguos compañeros; al paso que la indivisibilidad implica una comunión robusta entre los varios sujetos que conforman una misma parte, que permanece en tanto subsiste la prestación indivisible¹⁶⁶⁴.

709. clases de prescripción extintiva

Numerosas son las prescripciones, con régimen diferente¹⁶⁶⁵, lo que *de lege ferenda* hace pensar en su simplificación. Del mismo modo como la ley procedimental clasifica y divide acciones, el derecho sustancial para efectos de la prescripción distingue entre acción ordinaria y acción ejecutiva, con términos distintos y funcionamiento autónomo.

¹⁶⁶² “El hecho de que un litigante no invoque la excepción de prescripción ante los jueces de primer grado, o el hecho de participar en negociaciones de transacción que no llegan a buen término, no son considerados [por la jurisprudencia] necesariamente como manifestaciones de la voluntad del deudor de renunciar al beneficio de la prescripción”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., p. 1227.

¹⁶⁶³ En tal sentido, cfr. Cas. de 28 de febrero 1984, CLXXVI, 55; cas. de 3 de mayo de 2002, exp. 6153.

¹⁶⁶⁴ Cfr. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, cit., p. 175 y s.

¹⁶⁶⁵ MALAURIE et AYNÈS. *Cours de droit civil, Les obligations*, cit., n.º 1080, p. 649.

710. acción ejecutiva y acción ordinaria

Para la acción ejecutiva del acreedor el término del código era de diez años; a partir de la vigencia de la Ley 791 de 2002, ese término se redujo a cinco años¹⁶⁶⁶, término que se cuenta desde la exigibilidad del crédito; y para la ordinaria, el término de veinte años se redujo a diez, contados desde la ocurrencia del hecho generador de la obligación, o más precisamente, desde cuando surgió para él el interés o la necesidad de intentar la acción correspondiente. Los supuestos y los procedimientos de una y otra acción son diferentes, dado que es exigible ejecutivamente tan solo la obligación expresa y clara que está plenamente probada con documento auténtico emanado del deudor, de su representante o de su causante, o que emane de una decisión judicial o arbitral firme (art. 489 c. de p. c.), y que cuando el crédito no reúne estas condiciones necesita una definición previa en proceso de conocimiento, que por su propia naturaleza demanda una mayor amplitud de formas, mayores oportunidades de debate, como son las que ofrece el proceso ordinario (arts. 397 y ss. c. de p. c.).

La obligación puede ser cobrada ejecutivamente, en forma corriente, dentro de los cinco años siguientes al día en que se hizo exigible el pago. Vencido ese término la acción ejecutiva puede ser rechazada por el deudor en razón de su extemporaneidad (póstuma). El acreedor podrá en aquel supuesto impetrar en proceso ordinario la revalidación de su título, sea anticipándose providentemente a la excepción de prescripción del deudor demandado, sea pidiéndola luego de haber fracasado en su intento de cobro por la vía ejecutiva. Para ello dispone de otros diez años, hasta completar veinte que es, conforme al art. 1.º de la Ley 50 de 1936, el tiempo máximo de prescripción (art. 2536 c. c.)¹⁶⁶⁷.

711. prescripciones “especiales”

Generalmente, como se anotó, la posibilidad de exigir el crédito se agota en diez años para la vía ejecutiva y en veinte para la ordinaria. Pero esta regla presenta numerosas excepciones, consagradas en los propios códigos y en leyes especiales. Son prescripciones, que no caducidades, de tiempo inferior o reducido, denominándolas así para evitar su confusión con las llamadas por la ley “prescripciones de corto tiempo” (cap. IV, tít. 41, lib. 4.º, arts. 1542 a 2544 c. c.). Esas prescripciones, o mejor esas hipótesis sueltas de términos menores de prescripción abundan, especialmente dentro del ordenamiento comercial, y en alguna medida corresponden a la tendencia moderna a abreviar los términos. Por vía de ejemplo, especialmente en lo que respecta a obligaciones se pueden mencionar: en el código civil: cuatro años para la acción del pupilo contra el guardador (art. 514); un año para la acción por daños derivados de obra nueva (art. 1007); cuatro años para la acción “rescisoria” (resolutoria) del donante contra el donatario incumplido en la ejecución del modo (art. 1484); cuatro años para la acción de saneamiento por evicción (art. 1913); seis meses para la acción redhibitoria de cosas muebles (art. 1923); 3 años para la acción de responsabilidad indirecta (art. 2358); un año para la acción revocatoria por fraude a los acreedores (art. 2491). Y en el código de comercio: cinco años para las acciones entre

¹⁶⁶⁶ Téngase presente la prevención del art. 41 de la Ley 153 de 1887 para el evento de cambio de los términos de prescripción: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a correr sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”.

¹⁶⁶⁷ Así, cas. de 2 de agosto de 1965, sin publicar.

socios, de los liquidadores contra estos y de socios y terceros contra los liquidadores (art. 256); seis meses para la acción cambiaria de cheque (art. 730); diez años para la de cheque viajero (art. 751); tres años para la acción cambiaria directa (art. 789); seis meses para la acción cambiaria de regreso (art. 791); seis meses para las acciones alternativas de resolución o rebaja del precio por vicios ocultos de la cosa vendida (arts. 934, 937 y 938); dos años para las acciones provenientes del contrato de transporte (art. 993); dos y cinco años, en su orden, para las prescripciones “ordinaria” y “extraordinaria” del contrato de seguro (art. 1081)¹⁶⁶⁸; cinco años para las acciones de la agencia comercial (art. 1329).

Es a estas acciones a las que bien puede pensarse que se refiere el art. 2545 c. c. para excluir la suspensión, cuando previene que “[l]as prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra cosa”¹⁶⁶⁹.

A cuyo propósito cabe observar, de entrada, la ambigüedad de la redacción de dicho precepto, que abre la puerta a juegos de inclusión y exclusión de la suspensión en las prescripciones de término menor del de las básicas (ordinaria y ejecutiva), y dentro de alguna ligereza doctrinaria, a denominarlas caducidades y a asimilarlas a dicha figura¹⁶⁷⁰. Pero también hay que agregar el inconveniente propio de la multitud de términos, contra el cual han reaccionado los ordenamientos contemporáneos: siendo imposible fijar un término único, se aspira a reducir la gama de términos, esto es, la tendencia es a su simplificación¹⁶⁷¹.

712. prescripciones de corto tiempo

Las otras prescripciones de “corto tiempo” propiamente dicho son las de los arts. 2542 (de tres años para los créditos por gastos judiciales y honorarios de “los que ejercen cualquiera profesión liberal”) y 2543 (de dos años para los créditos de “mercaderes proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo”)¹⁶⁷², de los

¹⁶⁶⁸ Cfr. cas. de 3 de mayo de 2000, exp. 5360; cas. 19 de febrero de 2002, exp. 6011; 31 de julio de 2002, exp. 7498; 19 febrero de 2003, exp. 6011; 19 febrero de 2003, exp. 6671.

¹⁶⁶⁹ Según J. A. BONIVENTO-FERNÁNDEZ. *La caducidad en las relaciones contractuales privadas*, cit., “el art. 2545 del c. c. se convierte en un precepto que evidencia las perspectivas para reconocer, en cierta manera la vigencia de la figura de la caducidad en dicho ordenamiento por análisis de exclusión: se entenderá que las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, deben estar mencionadas en los respectivos títulos, porque si no lo están los plazos que se señalen serán de caducidad”. Empero, no se adivina por qué de dicho precepto haya de inferirse que todo término fijado en el código, distinto del ordinario, resulte, sin más, de “caducidad”, a menos que se indique sacramentalmente que es de prescripción, cual si esta figura, por demás no prevenida como tal en dicho ordenamiento, fuera de la regla y no excepción, y las razones de interés general mayúsculo que la justifican, fueran argüibles genéricamente.

¹⁶⁷⁰ Así, p. ej., con la acción rescisoria, cas. de 20 de septiembre de 1910, XIX, 70; 23 de septiembre de 1918, XXVII, 77. Al respecto, en cas. de 23 de septiembre de 2002, exp. 6054, la Corte declaró que el término previsto en el art. 1954 para la extinción de la acción rescisoria por lesión enorme es de caducidad y no de prescripción, de modo de patrocinar la declaración oficiosa de aquella, cual si hubiera allí un punto de interés público vital y lo que estuviera en juego no fuera un interés privado, atendida a que la lesión “fue consagrada solamente como un remedio excepcional de los específicos actos señalados en el ordenamiento, amén de que la necesidad de dotar de seguridad y certidumbre las relaciones contractuales reclama no someterlas a demasiadas contingencias que contribuyan a su aniquilamiento, pues sobre ellas se edifica la creación y circulación de la riqueza, lo que determinó que se hubiere sometido la acción rescisoria que de ella surge, a un apremiante término de caducidad”. Para una crítica de esta argumentación y el señalamiento de su significado político, me remito a los temas de la lesión y la acción rescisoria en el segundo volumen de esta obra, no sin anticipar que las razones aducidas en la sentencia no convencen, y que su argumentación delata una inclinación adversa a la intervención judicial en el contrato para asegurar el equilibrio prestacional, aquí al momento de su celebración, en aras de la cual se confunden los conceptos de prescripción y caducidad y sus respectivos fundamentos.

¹⁶⁷¹ HONDIUS. *Extinctive Prescription on the Limitation of Actions*, cit., p. 7 y 13 y s.

¹⁶⁷² Cfr. cas. de 27 de marzo de 1944, LVII, 131.

dependientes y criados por sus salarios” [tres años, art. 488 c. s. del t.] y de “toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.”)¹⁶⁷³. Se trata de situaciones específicas, que los distintos ordenamientos colocan aparte por sus caracteres singulares, tenidas más como presunciones de pago o prescripciones “presuntivas” o “impropias”, con algunas particularidades en su tratamiento: no se suspenden en favor de nadie; se interrumpen civilmente con el solo requerimiento (judicial o privado) del deudor¹⁶⁷⁴, e incluso por el simple “reclamo escrito” a él¹⁶⁷⁵; interrumpida la prescripción, se reanuda la cuenta del mismo término, conforme a lo dispuesto en el art. 11 *in fine* de la Ley 791 de 2002, subrogatorio del 2544 c. c., y cual lo prevenía ya el art. 489 c. s. t., para los créditos laborales: interrumpida la prescripción “principia a contarse por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

713. prescripción de la acción indemnizatoria

La de responsabilidad, como toda acción, se extingue al no proponerse durante el tiempo fijado en la ley (art. 2535 c. c.), el que aquí, por lo mismo que la obligación no se ha establecido y, menos, liquidado, es el correspondiente a la acción ordinaria, que se ventila en proceso de conocimiento, que exige y permite plenitud de oportunidades de debate y contradicción: diez años (art. 1.º Ley 791 de 2002), contados desde el día en que se suceden los hechos, o sea a partir de cuando termina el comportamiento nocivo del demandado.

“Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal”, es el texto del inciso primero del art. 2358 c. c.

Esta norma pone de manifiesto la influencia nociva de la cuestión criminal sobre la indemnización del daño privado, ya que cae en el contrasentido manifiesto de sanear en tiempo relativamente breve las consecuencias civiles de los ilícitos que vulneran las pautas fundamentales de la sociedad contenidas en las leyes punitivas, en tanto que la reclamación es introducible hasta veinte años luego de cometido el acto, cuando no hay responsabilidad

¹⁶⁷³ La jurisprudencia ha excluido de esta hipótesis “la acción para cobrar el valor de los servicios prestados en la crianza, educación y formación de un niño”, porque no es servicio que se preste periódicamente, sino uno que “dura de modo continuo el tiempo necesario, más o menos largo, para cumplir su fin”: cas. de 4 de junio de 1928, XXXV, 300.

¹⁶⁷⁴ PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª parte, cit., n.º 589, p. 892 y s., dice al respecto: “Claro está que para hacer ese requerimiento menester es que se presente el título en que consta la obligación [...] regla que sufre una excepción notable: la del art. 489 c. s. t.” (!). Según FUEYO LANERI. *Derecho civil*, t. IV, *De las obligaciones*, vol. II, n.º 679, p. 267 y s., “Este requerimiento, expresado tan escuetamente, es *judicial*, según se ha entendido prácticamente por todos. Aunque no le corresponde entenderlo así por equivaler esta forma a la interrupción civil de la prescripción extintiva común del art. 2518 [2539]”, razón a la que agrega que “nuestro código consagró claramente la exigencia mayor, demostrando así una tendencia a favorecer al deudor en esta materia y por excepción”, “política legislativa que reveló en armonía con esta materia de la interrupción, en la constitución en *mora del deudor*”, y que “el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua define ‘requerimiento’ como el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa”. A lo cual cabe, a más de poner de presente que la norma aquí no califica o circunscribe la clase de requerimiento, anotar que esa acción no está legalmente prevenida siempre como un trámite judicial (cfr. art. 2035 c. c.).

¹⁶⁷⁵ OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 479, p. 479, estima que la redacción del ordinal 1.º del art. 2544 c. c. significa que “el reconocimiento de la deuda que interrumpe naturalmente la prescripción no puede ser tácito, sino que debe constar en pagaré u obligación escrita”, cual si el ánimo inequívoco de la norma no fuera el de agilizar y facilitar la interrupción de un término breve (cfr. ord. 2.º) y la tendencia general del ordenamiento fuera formalista.” El art. 11 del Proyecto 144, despeja la situación al prevenir: “Las prescripciones mencionadas en los dos artículos anteriores, no admiten suspensión alguna. Interrúmpense: 1.º Desde que el deudor reconoce la obligación, expresamente o *por conducta concluyente*. 2.º Desde que interviene requerimiento...”.

penal de por medio, y todo sin que exista razón valedera que justifique uncir la reparación del daño al carro de la represión penal.

La remisión se hace al “código penal”, y valga anotar que de la vigencia del código civil a hoy han sido numerosos los códigos penales expedidos, el último, la Ley 599 de 2000. Ello plantea, al rompe, inquietud sobre el sentido de la referencia, en cuanto “código penal” no es una entidad abstracta atemporal y determinada solamente “por su género”, sino una ley singular, cuyo vigor cesa al ser derogada, de donde habría de seguirse que, derogado aquel estatuto, como efectivamente lo fue, la remisión a él quedó en el vacío¹⁶⁷⁶.

Sin embargo, el hecho es que el código penal de 2000 trajo estas disposiciones relativas a la prescripción de la acción penal y de la civil:

Art. 83: “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte [...] En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco años...”.

Art. 84: “En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación. En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que sólo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto...”.

Art. 86: “La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el art. 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco años, ni superior a diez”.

Art. 98: “La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

De esa forma, tal como lo establece el art. 98, se tienen dos prescripciones: aquella contra quienes se hacen parte civil dentro del proceso penal, sujeta a la suerte del proceso penal, cuyo término depende de la calificación final de la conducta punible y cuya interrupción se produce únicamente por la ejecutoria de un acto extraño a ellos y que puede resultar extemporáneo debido a dejadez de la administración judicial, pese a la diligencia suma de las víctimas que confiaron en esa vía, y otra, frente a quienes no acudieron al proceso penal: la prevenida en “las normas pertinentes de la legislación civil”, con respecto a la cual resurge el problema atrás puesto de presente del reenvío del art. 2358 c. c. al “código penal” y recobra fuerza la reflexión de que el código civil, por así decirlo, recuperó su autonomía, y la conclusión de que la prescripción de la acción civil es, en tales circunstancias, la ordinaria, de veinte años, con el argumento adicional en su favor extraído del texto del art. 98, de la circunscripción de la aplicación de la prescripción con los

¹⁶⁷⁶ En cas. de 4 de julio de 1977, CLV, 144 y s., dijo la Corte al efecto: “si el perjuicio se produjo como consecuencia de un delito intencional o culposo, penalmente punible, declarado tal en el proceso penal respectivo, la prescripción estaría regulada por los arts. 101 del c. p. y por el primer inciso del art. 2358 [c. c.] [...] Según el art. 101 del c. p. ‘la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el código civil’, cuyo art. 2358, a su vez remite la cuestión al código penal [...] Es inaceptable, por ilógico, pensar que el legislador de 1936, al consagrar la disposición arriba transcrita, quiso someter la prescripción de la responsabilidad civil, en estos casos, a un reenvío interminable entre los citados arts. 101 y 2358 [...] Dentro de los elementales principios de hermenéutica, debe admitirse que lo que dispone el art. 101, al remitir la cuestión al código civil no puede ser cosa distinta que someter la prescripción civil tendiente a la indemnización de los daños causados por un delito penal, no al primer inciso del art. 2358, sino a las normas generales de prescripción extintiva que contiene el c. c.”.

términos señalados para la acción penal, a la sola hipótesis del ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal.

Sólo que la prescripción de la acción civil ejercitada dentro del proceso penal en esas condiciones, a más de los inconvenientes ya señalados de la multiplicidad de términos, cuya duración cierta no se conoce de antemano, sino que depende de la calificación ulterior de la conducta punible y de la interrupción por mano extraña al titular del derecho en juego, plantea una desigualdad a todas luces inadmisibles, que hace dudar de su legitimidad constitucional.

Ahora bien, cuando la responsabilidad que ha de deducirse es la del indirectamente obligado o por hecho ajeno (arts. 2347 a 2349 c. c.), la prescripción reduce considerablemente su término. La víctima dispone entonces de solos tres años para proponer su demanda (art. 2358 c. c.). El fundamento de la diferencia de longitud de los términos obedece, a no dudarlo, a la consideración de que, teniendo el demandado que dar cuenta, no de sus propios actos, sino de los ajenos, un tiempo prolongado posiblemente lo colocaría en dificultad de proveerse de elementos de defensa adecuados, que desaparecen en corto tiempo, cuando el subalterno está ya fuera de su control y la tarea reconstructiva se dificulta en extremo.

714. los términos

Conforme se anotó a propósito de las clases de prescripción, los términos son numerosos y andan dispersos. Acá se advierte que el ordenamiento nacional no hace distinción alguna en cuanto a términos para la acción y para la excepción, o sea que una y otra van parejas, surgen y se extinguen simultáneamente.

En lo que hace a la manera de contar los términos, se tiene: el término de prescripción comienza a correr el mismo día en que ocurre el hecho constitutivo de su punto de partida y expira con el último día de la cuenta, con la precisión, fundada en lo previsto por el art. 829 [3.^a] c. co., de que si tal día es “feriado”, o más correctamente, domingo o festivo, el término se prorrogará hasta el final del día hábil siguiente, y la aclaración de que acá no cabe el recorte introducido por aquella norma de modo que la habilidad del día se extienda apenas hasta las seis de la tarde¹⁶⁷⁷.

Para el caso de que una nueva norma modifique el término de prescripción, el ordenamiento nacional (art. 41 Ley 153 de 1887) como se anotó atrás, siguió la pauta de seguridad y equidad trazada por el legislador chileno (art. 25, Ley de 7 de octubre de 1861), a su turno tomada del art. 2281 *code civil fr.*, según la cual “[l]a prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley hubiere empezado a regir”.

En lo que hace al conflicto de leyes en el espacio, los arts. 18 a 23, 1054 y 1084 a 1086 c. c. contienen unas pocas reglas sobre la materia, a las que se agregan las de los arts. 869 y 1328 c. co.

715. modificación de los términos por disposición particular

¹⁶⁷⁷ El art. 2879 del *code civil de Québec* prevé: “El término de prescripción se cuenta por días enteros. El día a partir del cual corre la prescripción no se cuenta en el cálculo. La prescripción no se completa sino una vez transcurrido el último día. Cuando el último día es un sábado o un día feriado, no se completa sino con el día hábil siguiente”.

En cuanto al carácter de los términos de prescripción y a la posibilidad de alteración de ellos por disposición particular, especialmente por cláusula de contrato, ha de tenerse presente que el rigor del codificador francés al fijar tales términos obedeció a la práctica por él censurada de permitir al juez su modificación atendiendo a las circunstancias singulares de acreedor y deudor, de modo que “el arbitrio del legislador pareció preferible al del juez”, lo que no impidió que, “al cabo de un siglo, la jurisprudencia le restituyera al juez una parte de los poderes que le daba el derecho antiguo”¹⁶⁷⁸. El § 225 BGB, al paso que previó que “[l]a prescripción no se puede eliminar ni entorpecer por negocio jurídico”, advertía que “sí puede agilizarse con la reducción de su plazo”, y la ley de modernización del derecho de obligaciones, en el nuevo § 202, bajo el rubro de “ilicitud de acuerdos sobre la prescripción”, dispone: “(1) No se puede aligerar la prescripción de la responsabilidad por causa de dolo. (2) Mediante negocio jurídico no se puede extender el término de prescripción más allá de treinta años desde el comienzo legal del cómputo”¹⁶⁷⁹. De su lado, el art. 192 c. civil del Brasil previene: “Los plazos de prescripción no pueden ser alterados por acuerdo de las partes”.

Es natural la reflexión de que los términos no pueden ampliarse de modo que los derechos se convirtieran en imprescriptibles, pues “hay *interés público* en que la prescripción produzca su efecto”¹⁶⁸⁰, de donde algunos han pasado a sostener que “en la prescripción está de por medio el orden público”¹⁶⁸¹; como tampoco reducirse al extremo de impedirle al titular del derecho su ejercicio¹⁶⁸².

Pero, especialmente en lo que respecta a los términos de prescripción extintiva, no puede perderse de vista que no es infrecuente la presencia de prescripciones con términos más breves que los de ley, originados en costumbre generalizada o en convención internacional¹⁶⁸³, de que son ejemplo la prescripción de las acciones del consignatario en el transporte marítimo mediante conocimiento de embarque y la de responsabilidad en el transporte aéreo (Convención de Varsovia). Mirando el panorama internacional se aprecia que de una concepción rígida del término de prescripción se pasó a asumir una posición

¹⁶⁷⁸ MALAURIE y AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 1081, p. 650.

¹⁶⁷⁹ “Nueva en el derecho de la prescripción es la posibilidad de ampliación del término máximo de prescripción por acuerdo de las partes hasta treinta años. Es factible el acuerdo para reducir la prescripción, con las restricciones relativas a la venta de bienes de consumo, con aplicación de las normas sobre cláusulas prohibidas”: H. P. MANSEL. *Verjährung*, en *Das neue Schuldrecht*, DAUNER-LIEG et ál., cit., IV, p. 15. Con énfasis en el principio fundamental de la libertad contractual, HUBER y FAUST. *Schuldrechtsmodernisierung, Verjährungsrecht*, cit., p. 276.

¹⁶⁸⁰ “Los tribunales sancionan con nulidad las cláusulas que alargan los términos, porque ven en ellas una renuncia temporal anticipada. Sin embargo, son válidos los acuerdos celebrados luego del nacimiento de la obligación y estando corriendo el término, por medio de los cuales las partes convienen suspender su curso”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1192, p. 1226.

¹⁶⁸¹ Así, cas. de 4 de marzo de 1988, CXCI, 85 y ss.

¹⁶⁸² “En principio, las cláusulas que abrevian el término legal, como aquellas que establecen convencionalmente un plazo de preclusión, son válidas, porque liberan más rápidamente al deudor. Pero esta distinción fundada en el deseo de proteger al deudor, porque es la parte más débil, es algo simplista. En los contratos de adhesión, el contratante más fuerte, el que impone las condiciones a la otra parte, es el deudor [...] Por lo demás, si la duración del plazo puede dejarse en cierta medida a la voluntad de las partes, a lo menos la necesidad de un plazo es de la esencia de la prescripción. Por tanto, está prohibido no sólo la supresión de todo plazo, porque ello equivaldría a suprimir la obligación, sino también convenir un plazo tan breve que prácticamente el acreedor no podría actuar”: MAZEAUD y CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1192, p. 1226. OSPINA FERNÁNDEZ. *El régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 660, p. 416, considera que “el acortamiento de los términos consulta la finalidad de evitar la prolongación indefinida de situaciones anormales”, por lo cual, no vulnerándose el interés general, es lícito este pacto”.

Cfr. F. VALLEJO. Modificación contractual del término de prescripción, en *Revista Temas Jurídicos*, n.º 2, Bogotá, 1991, p. 124 y s.

¹⁶⁸³ Cfr. la “Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercancías” (1974, art. 20.1 a 3) y el “Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías” (Hamburgo, 1978, art. 20.2).

relativista, que considera aceptable la reducción convencional de los términos extintivos demasiado prolongados. Claro está que parejamente es valedera la prevención en contra de cláusulas abusivas que, recortando excesivamente los términos, harían nugatorio el derecho del acreedor. A este propósito es de la mayor significación la actitud asumida por la *Comisión para un derecho europeo de contratos*, presidida por O. LANDO, en la redacción del art. 14.601 de los *Principles of European Contract Law*, cuyo § 1 permite a las partes modificar las reglas relativas a la prescripción, en tanto que el § 2 establece límites precisos a ese poder: no pueden reducir los términos a menos de un año, ni ampliarlos a más de treinta.

Las anotaciones anteriores resultan pertinentes al observar que entre nosotros, por jurisprudencia, la intangibilidad de los términos de prescripción se convirtió en dogma, dizque “por ser de orden público”, para condenar de plano todo intento en contrario¹⁶⁸⁴.

716. tendencias

Ciertamente el término de prescripción ordinaria en derecho civil, de veinte años conforme al dictado del art. 1.º de la Ley 50 de 1936, aplicable a todos los créditos derivados de relaciones a las que el ordenamiento no les hubiera señalado uno menor, era a todas luces extremadamente prolongado¹⁶⁸⁵. De ahí la iniciativa parlamentaria de reducirlo, que cristalizó en la Ley 791 de 2002, que se ha venido comentando y que acogió la medida hoy generalizada (ver nota 107).

La tendencia actual, generalizada y patente, es a la reducción del término de prescripción ordinaria y al establecimiento de términos especiales, más cortos cuanto más recientes son las normas¹⁶⁸⁶, sin embargo de lo cual se mantienen términos bastante largos¹⁶⁸⁷,

¹⁶⁸⁴ Cas. de 18 de noviembre de 1982, CLXV, 278. En un momento pareció abrirse la posibilidad de discusión al respecto: cfr. cas. de 28 de febrero de 1984, CLXXVI, 51; pero pronto arreció la intransigencia: 4 de marzo de 1988, CXII, 85 y ss.: “[E]l derecho moderno apunta hacia una dirección contraria, pues de hecho, la tendencia actual es la de reputar como nulas todas las cláusulas modificatorias de los plazos legales de la prescripción extintiva [...] Esta fue la apreciación de la Corte en su sentencia del 18 de noviembre de 1982, que ahora reitera [...] Repárese cómo el art. 2535 del c. c. ni siquiera insinúa que el lapso de tiempo del que habla pueda ser precisado por los particulares. Y, por sobre todo, nótese cómo cuando el ordenamiento se ocupa de singularizar los períodos indispensable para que la prescripción se consume, con las salvedades a las que luego se aludirá, lo hace de un modo tal que en ninguno de ellos se le da cabida a la iniciativa de las partes (cfr. p. ej., los arts. 942, 976, 1402, 1750, 2536, etc.). Lo propio sucede con las reglas que dentro del código de comercio individualizan los términos de prescripción de las acciones derivadas de los negocios mercantiles. Todos y cada uno de esos preceptos delimitan los plazos, sin que en los mismos haya nada que permita inferir que a la voluntad de las partes se la ha dotado de eficacia para modificarlos [...] Los límites temporales dentro de los cuales se pueden válidamente ejercitar los derechos, no es asunto de poca monta que la ley pueda dejar en manos de los particulares: incertidumbre habría tanto si fuera posible alargar los plazos de la prescripción, como si fuera posible acortarlos”.

¹⁶⁸⁵ “La duración del término de derecho común, justificada en el derecho antiguo por la dificultad de las comunicaciones y la lentitud de los correos, es hoy manifiestamente exagerada”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1193, p. 1230. En Chile los términos fueron reducidos en dos oportunidades, en 1938 a veinte años para la acción ordinaria y diez para la ejecutiva, y en 1968 a cinco años para la acción ordinaria y tres para la ejecutiva.

¹⁶⁸⁶ En el *codice civile*, “[s]alvo los casos en que la ley dispone otra cosa, los derechos se extinguen por prescripción en el transcurso de diez años” (art. 2946); “el derecho al resarcimiento del daño derivado de acto ilícito prescribe en cinco años. El derecho al resarcimiento del daño producido en accidentes de tránsito prescribe en dos años” (art. 2947). En el *code civil de Québec*, “[e]l término de prescripción extintiva es de diez años, si la ley no ha fijado otro” (art. 2922); “La acción que tiende a hacer valer un derecho personal o un derecho real mueble a la que no se le haya señalado otro término prescribe en tres años” (art. 2925). En el código civil de los Países Bajos, “[s]i la ley no dispone de otro modo, la acción judicial prescribe por el transcurso de veinte años” (art. 306); “La acción para el cumplimiento de una obligación contractual de dar o hacer, prescribe por el transcurso de cinco años” (art. 307.1); “Las acciones para el pago de intereses de sumas de dinero, rentas vitalicias, dividendos, alquileres, arrendamientos rústicos, prescriben por el transcurso de cinco años” (art. 308); “La acción para la indemnización de daños prescribe por el transcurso de cinco años después del inicio del día siguiente a aquel en que el perjudicado haya tenido conocimiento del daño y, en todo caso, por el transcurso de veinte años desde que se originó el crédito” (art. 310.1); “Cuando el daño sea consecuencia de contaminación del aire, agua o suelo, la acción para la indemnización del daño prescribe por el transcurso de treinta años desde que el daño se haya causado. Lo mismo rige si la

particularmente en caso de daños causados con la comisión de delitos atroces¹⁶⁸⁸. Pero, en general, la prescripción común, no sólo se ha abreviado, sino que ha venido a resultar residual, con la presencia de numerosos términos para acciones contractuales, especialmente en materia comercial¹⁶⁸⁹.

Con todo, paralelamente a la menor duración de los términos, dijérase que compensatoriamente, se amplían los poderes para aceptar la posposición del momento de iniciación de la cuenta, es decir, para “relativizar el *exordium praescriptionis*”¹⁶⁹⁰.

A esa tendencia primaria se suman otras: a la reducción de las clases o número de términos de prescripción (esto es, a la simplificación), atrás mencionada¹⁶⁹¹; y a precisar y diferenciar mejor las figuras de la prescripción y la caducidad.

717. la prescripción en la reforma del bgb*

Luego de veinte años de trabajos desde la propuesta del Ministerio de Justicia de la República Federal, con la participación de los distintos sectores del mundo jurídico, fue expedida en Alemania la “Ley de modernización del derecho de obligaciones”, que comenzó a regir el 1.º de enero de 2002, dentro de cuyas disposiciones se encuentra una presentación del todo diferente del derecho de la prescripción (extintiva), a partir de la reducción del término de prescripción ordinaria de treinta a tres años (§ 195), que es la innovación más destacada¹⁶⁹², aplicable primordialmente a todas las pretensiones

causa del daño fue una materia cuyas propiedades especialmente peligrosas para las personas o las cosas sean conocidas” (art. 310.2). El art. 1159 BGB de Japón fija el término en 10 años. El código civil de Perú (art. 2001) fija el término de prescripción para los créditos en 10 años. El código civil de Brasil recientemente aprobado previene en el artículo 203: “La prescripción se da en diez años, cuando la ley no haya fijado un plazo menor”, y en el art. 206 enuncia nueve eventos de esa índole.

¹⁶⁸⁷ P. ej., 30 años en Austria (§ 1478 y ss.); 30 años en Alemania (§ 195); 30, 20 y 15 años en España (arts. 1962 y ss. c. c.); en Francia, el término general (residual) de prescripción extintiva, tanto de las acciones reales como en las personales, se mantiene en treinta años (art. 2262 *code civil*), en tanto que el término de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual es de diez años (Ley 677 de 1985), salvo que “el daño haya sido causado con torturas y actos de barbarie, violencias o agresiones sexuales cometidas contra un menor”, caso en el cual el término asciende a veinte años (Ley 468 de 1998).

¹⁶⁸⁸ Cfr. nota precedente, y HONDIUS. *Extinctive Prescription on the Limitation of Actions*, cit., p. 10 y ss.

¹⁶⁸⁹ “La duración del término de derecho común, justificada en el derecho antiguo por la dificultad de las comunicaciones y la lentitud de los correos, es hoy manifiestamente exagerada; un plazo de diez años sería suficiente. Es este el que ha señalado el legislador para los créditos comercial y de responsabilidad delictiva”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1193, p. 1227.

¹⁶⁹⁰ PANZA. Contributo allo studio della prescrizione, cit., p. 48. Cfr. STARCK et ál. *Droit civil, Obligations*, cit., n.º 2211, p. 793.

¹⁶⁹¹ Cfr. E. HONDIUS. *Modern Developments in Extinctive Prescription-Limitation of Actions, General Report for the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, Greece, August 1994*; ID. *Extinctive Prescription/On the Limitation of Actions* (16 national reports and the general report on the subject, XIV Congress), edited by E. HONDIUS, The Hague, 1995. “La multiplicidad de términos es causa de errores frecuentes, cuyas consecuencias son irreparables; constituye una verdadera trampa en la que caen incluso los acreedores diligentes [...] El interés general exige, si no la fijación de un término único, lo que no parece deseable, a lo menos una simplificación grande”: MAZEAUD et CHABAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1193, p. 1227.

* H.-P. MANSEL. *Verjährung*, en B. DAUNER-LIEG, TH. HEIDEL, M. LEPA, G. RING. *Das neue Schuldrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2002; P. HUBER y F. FAUST. *Schuldrechtsmodernisierung*, München, C. H. Beck, 2002, *Verjährungsrecht*, 2. Teil, 11 Kapitel; *Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materiellen, Texte, Dokumente*, München, C. H. Beck, 2002, p. XLIX-LII y 419 ss.; Th. FINKENAUER, *Das neue Verjährungsrecht*, en H. EHMANN, H. SUTSCHET, Th. FINKENAUER, W. HAU. *Modernisierte Schuldrecht*, München, Verlag Vahlen, 2002; R. SCHULZE y H. SCULTE-NÖLKE. *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, P. BYDLINSKY. *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

¹⁶⁹² H. P. MANSEL. *Verjährung*, en *Das neue Schuldrecht*, cit., p. 14. “Los puntos cruciales de la reglamentación son la duración y el comienzo de la prescripción”: BYDLINSKY. *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, cit., p. 384. Cfr. ID. Ob. cit., § 5, p. 393 y ss.

contractuales y de origen legal¹⁶⁹³, que comienza a contarse para las prescripciones ordinarias y las de términos mayores (§ 199) (1) a la finalización del año en que surgió la pretensión y el deudor tuvo conocimiento de las circunstancias que la generaron o debió tenerlo sin incurrir incuria grave, (2) con un tope máximo de treinta años contados a partir de la perpetración del hecho, sin consideración al conocimiento de él o al desencadenamiento del estrago, en las pretensiones indemnizatorias de daños a la vida, a la integridad corporal, a la salud o a la libertad; (3) respecto de los demás daños: en diez años desde el surgimiento de la pretensión, sin tener en cuenta el conocimiento efectivo o la ignorancia por incuria grave¹⁶⁹⁴. Que para otras prescripciones principia con el surgimiento de la pretensión, salvo disposición en contrario (§ 200), como en el caso de las prescripciones especiales relativas a las garantías en materia de compraventa y de contrato de obra (§§ 438 y 634): dos años desde la entrega de la cosa o del recibo de la obra, y para las prescripciones treintenarias, con la ejecutoria de la sentencia de condena o la firmeza del título (§ 201)¹⁶⁹⁵. Con lo cual se aprecia una combinación del criterio subjetivo que se hace presente con vigor, con el criterio objetivo tradicional, y la “relativización del comienzo del término”¹⁶⁹⁶, de modo que “la reducción drástica del término ordinario no conduzca a una posible plenitud de la cuenta antes de que el derecho habiente llegue a tener conocimiento de la existencia de él”¹⁶⁹⁷.

Una novedad grande se encuentra en la desaparición de la figura de la interrupción (*Unterbrechung*): la reforma se refiere siempre a la suspensión, a la que consagra todo un título (*Hemmung*: §§ 203-213), y a dos posibles consecuencias de ella, la reanudación del término suspendido por negociaciones (§203), por persecución de la efectividad del derecho (§ 204), por acuerdo provisional sobre el derecho a la prestación (§ 205), por intervención de un poder superior (§ 206), por razones familiares y similares (§ 207), causas todas ellas con efecto limitado legalmente predispuesto, o por causa de incapacidad de ejercicio respecto de quienes carecen actualmente de representante y por un lapso de seis meses (§ 210), y el comienzo de nuevo de la cuenta del término (*Neubeginn*), en las hipótesis de reconocimiento de la pretensión del acreedor por medio de abono, pago de intereses, otorgamiento de garantía u otro medio (§212.1), y de proposición de demanda judicial o administrativa (§ 212.2).

La ley no tocó la figura de la caducidad (*Verwirkung*), como tampoco la de los términos de perención (*Ausschlussfristen*)¹⁶⁹⁸.

718. caducidad*

¹⁶⁹³ “P. ej. de delito y de enriquecimiento injusto”: B. DAUNER-LEIB, *Einführung*, en *Das neue Schuldrecht*, cit., p. 8.

¹⁶⁹⁴ Sobre la prescripción de las pretensiones resarcitorias de daños, cfr. BYDLINSKY. *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, p. 389.

¹⁶⁹⁵ MANSEL. Ob. cit., p. 44 y ss.

¹⁶⁹⁶ H. P. MANSEL. loc. cit.

¹⁶⁹⁷ H. P. MANSEL. *Verjährung*, en *Das neue Schuldrecht*, DAUNER-LIEG et ál., cit., p. 14. “El componente subjetivo está manifiesto en la regla relativa al comienzo del término de prescripción de tres años (§ 195): (1) al finalizar el año en que surgió la pretensión y (2) tener el acreedor conocimiento de las circunstancias que generaron la pretensión o deberlo tener sin culpa grave de su parte [...] El componente objetivo se aprecia en las reglas del sistema de prescripciones ordinarias y de términos mayores (§ 199), pretensiones indemnizatorias en las que el término comienza a contarse desde el día en que ocurrieron los hechos, con prescindencia del conocimiento o la ignorancia de la pretensión”: HUBER y FAUST. *Verjährungsrecht*, cit., p. 269 y ss.

¹⁶⁹⁸ MANSEL. *Verjährung*, cit., p. 16.

* V. TEDESCHI. *Decadenza, diritto e procedura civile*, en EdD., XI, Milano, 1962; J. A. BONIVENTO-FERNÁNDEZ. *La caducidad en las relaciones contractuales privadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (en prensa).

Caducidad, “acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho”, así la define el Diccionario de la lengua española, dándole un sentido bien distinto del propio de la expresión “decadencia” (“declinación, menoscabo, principio de debilidad o de ruina”), empleado en algunas traducciones de obras jurídicas italianas para la locución *decadenza*¹⁶⁹⁹, con lo cual se acentúa la vaguedad y la confusión de la figura de la “caducidad”. No es esta por cierto novedosa, si bien se la ha utilizado ante todo en otros campos¹⁷⁰⁰. Sólo recientemente —más entre nosotros— la doctrina se ha esmerado en precisarla en sus distintos aspectos y manifestaciones.

En Francia se acuñaron las expresiones *delai-préfix*¹⁷⁰¹ y *termino de perención (délai de forclusion)*, para destacar el hecho de que para el ejercicio de determinados derechos (poderes, atribuciones) la ley señala un plazo breve y, sobre todo, perentorio, cuyo transcurso sin que el interesado ejecute el acto idóneo comporta irremediabilmente la pérdida o extinción del respectivo derecho o de la posibilidad de hacer valer la prerrogativa, cancelación que se produce automáticamente por la sola expiración del término en blanco¹⁷⁰². En el derecho alemán la figura de la caducidad (*Verwirkung-Ausschlussfrist*) aparece adicionalmente como la pérdida de un derecho o una pretensión por el transcurso de determinado tiempo: “con la *Verwirkung* se declara inadmisibile el retraso desleal en el ejercicio de derechos frente al obligado”¹⁷⁰³, o sea cuando la omisión en el ejercicio de derechos o de posiciones jurídicas es contraria a la buena fe.

Prescripción, preclusión¹⁷⁰⁴, perención, caducidad, genéricamente coinciden en el resultado final de la extinción de un derecho, poder o facultad por la omisión de su ejercicio durante determinado tiempo¹⁷⁰⁵. En todas ellas, pues, el paso del tiempo influye adversamente para el titular inerte. Sobre este pesa la carga de realizar tempestivamente el acto necesario. Ahora bien, en tanto que en la prescripción la consideración primordial del interés particular en juego y del poder dispositivo de su titular exige la alegación de parte y se tienen en cuenta a su favor las condiciones y circunstancias personales propias para suspender la cuenta extintiva, como también el reconocimiento que el otro sujeto de la relación haga de su derecho y, consiguientemente la inoficiosidad de exigir el ejercicio de este en esa hipótesis (interrupción natural), a más de que se admite la renuncia de la

¹⁶⁹⁹ Así, también en cas. de 22 de febrero de 1995, CCXXXIV, 277, donde la Corte, luego de anotar que “se trata de un plazo prefijado por la ley para el ejercicio del derecho de acción, cuyo vencimiento produce fatalmente la *decadencia* del derecho a reclamar que se ponga en movimiento la rama jurisdiccional del Estado”, reitera que el término de dos años del art. 10.º de la Ley 75 de 1968 para la extinción de los efectos patrimoniales de la acción de estado es de caducidad y no de prescripción. Y en cas. de 23 de septiembre de 2002, exp. 6054, se emplea repetidamente la expresión “decadencia” para indicar “caducidad”: “Puede decirse, entonces, que la caducidad comprende la expiración (o decadencia) de un derecho o una potestad cuando no se realiza el acto idóneo previsto por la ley para su ejercicio, en el término perentoriamente previsto en ella”.

¹⁷⁰⁰ Piénsese en la caducidad del derecho para hacer valer ciertas faltas matrimoniales, o para impugnar la paternidad marital presunta, o la legitimación (reconocimiento) de hijo; la caducidad del derecho para reclamar contra actos de la administración pública; la caducidad (‘preclusión’) del derecho a proponer excepciones o recursos, o tomar opciones, en materia procesal.

¹⁷⁰¹ Piénsese en la caducidad del derecho para hacer valer ciertas faltas matrimoniales, o para impugnar la paternidad marital presunta, o la legitimación (reconocimiento) de hijo; la caducidad del derecho para reclamar contra actos de la administración pública; la caducidad (‘preclusión’) del derecho a proponer excepciones o recursos, o tomar opciones, en materia procesal.

¹⁷⁰² Cfr. cas. de 23 de septiembre de 2002, exp. 6054.

¹⁷⁰³ Así el Tribunal Supremo Federal de Alemania, en sentencia citada por W. FLUME. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1992, n.º 10, 3, a), Linberg, New York.

¹⁷⁰⁴ Sobre este concepto, cfr. cas. de 17 de diciembre de 1935, XLIII, 634.

¹⁷⁰⁵ Esbozos comparativos se encuentran en sentencia SNG de 1.º de octubre de 1946, LXI, 590, 13 de mayo de 1948, LXV, 194, y 25 de marzo de 1949, LXV, 837. En cas. de 14 de marzo de 2001, exp. 6550, n.º 6, la Corte dijo que “si bien en la caducidad se ataca la acción y no el derecho [?] mientras que en la prescripción se extinguen, tanto la acción como el derecho, en ambos casos la ley atribuye este fenómeno al vencimiento de ciertos plazos en ella señalados sin que se ejercite la acción correspondiente”.

otros casos, la ley individualiza el término como de prescripción, de manera que exige dicho tratamiento, a diferencia de otros ordenamientos (el francés, sobre todo), en los que doctrina y jurisprudencia en las mismas hipótesis se inclinan por la caducidad¹⁷¹²; a veces, no siendo perspicua la redacción del precepto, como tampoco palpable el ingrediente de orden público en la previsión normativa, la interpretación se resiente de perplejidad¹⁷¹³, de donde se sigue, en principio, una recomendación de optar por la prescripción, dado el régimen más estricto, de derecho imperativo, dijérase que excepcional, de la caducidad¹⁷¹⁴. En fin, hay algunos términos legales brevísimos, señalados para determinadas actividades, sin prevención ninguna específica para el evento de que estas no se realicen tempestivamente¹⁷¹⁵, que, por lo mismo, han de considerarse como prevenciones, con eventuales efectos probatorios indiciarios (conducta de las partes antes del proceso o durante su secuela).

719. la caducidad negocial

Otra cosa, que nada tiene que ver con la figura estudiada, es la denominada “caducidad” que se estipula como cláusula en negocios jurídicos (“caducidad negocial”), para fijar el momento hasta el cual se puede cobrar una prestación (p. ej., el premio de una lotería o rifa) o formular reclamo o hacer efectiva una garantía (p. ej., por imperfecciones del objeto o del servicio). En rigor se trata de una fijación, o mejor, de una reducción del término de prescripción de determinadas pretensiones por cláusula del negocio jurídico, por lo cual la cuestión ha de remitirse a lo dicho a ese propósito (cfr. *supra* n.º 715)¹⁷¹⁶

civil”.

¹⁷¹² Vienen derechos los ejemplos de la acción de saneamiento por evicción: “prescribe” (art. 1913 c. c.); de la acción redhibitoria: “durará seis meses [...] y un año...” (art. 1923 c. c.), pero “[h]abiendo prescrito la acción redhibitoria, tendrá todavía derecho el comprador para pedir la rebaja del precio...” (art. 1924 c. c.); “La acción prevista [redhibitoria] en los arts. 934 y 937 prescribirá en seis meses...” (art. 938 c. co.); “Las acciones concedidas por el art. anterior [saneamiento por evicción] [...] prescribirán en dos años [...] Tales acciones [de purga de gravámenes] prescribirán en dos años...” (art. 941 c. co.).

¹⁷¹³ Se traen a cuento los ejemplos de las acciones de entrega del faltante, *quantum minoris*, y de aumento del precio en la venta de predios por cabida: “*expiran* al cabo de un año contado desde la entrega” (arts. 1888 a 1890 c. c.; cas. de 22 de noviembre de 1985, XI, 196). “La responsabilidad del banco [por el pago de cheque falso o con cantidad alterada] cesará si el cuenta-correntista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago” (inc. 2.º art. 1391 c. co.).

¹⁷¹⁴ Por ello resulta inexplicable la afirmación terminante de que el término de la acción rescisoria por lesión enorme es de caducidad y no de prescripción en cas. de 23 de septiembre de 2002, exp. 6054, entre otros argumentos con el de al decir la norma que “la acción [...] expira”, “el legislador se abstuvo de calificar expresamente la naturaleza de ese plazo, [lo que] torna imperioso para el intérprete determinarla”, por lo cual “del mismo se ha predicado inveterada y uniformemente que comporta una de las condiciones de prosperidad de la pretensión rescisoria, o sea que uno de los requisitos esenciales de dicha acción estriba, justamente en que la misma debe ejercitarse en el anotado lapso”. Frente a lo cual como lo hizo la propia Corte repetidamente al resolver el conflicto de la caducidad frente a la notificación tardía de la demanda propuesta oportunamente, por maniobras elusivas de la demandada o desidia judicial, resulta oportuno transcribir este pasaje de la cas. de 17 de mayo de 1968: “En rigor la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución sosegada y firme, a todas luces provechosa”: CXXIV, 160.

¹⁷¹⁵ Así, el examen de la mercancía recibida por el consignatario: “se hará dentro de los tres días siguientes a la fecha de la entrega” (inc. 2.º art. 1028 c. co.); “El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer” (art. 1075 [1] c. co.).

¹⁷¹⁶ El art. 2965 *codice civile* SUHYp ³(V QXOR HO SDFWR PHGLDQWH HO FXDO VH HVWDEOHFHQ WpUPLQRV H[FHVLYDPHQ GLR FLO HO HMFUFLR GH GHUHFKR D XQD GH ODV SDUWHV

modos extintivos propios de
las obligaciones negociales*

capítulo primero
El acuerdo disolutorio y la determinación unilateral

720. del mutuo disenso (“distracto”) y la revocación**

Las expresiones “el contrato es una ley para las partes” (art. 1602 c. c.) o “tiene fuerza de ley para quienes lo celebraron” (arts. 1134 [1] *code civil fr.* y 1372 [1] *codice civile*) se convirtieron en un apotegma: corresponden a la naturaleza o, diríase mejor, a la esencia compromisoria o vinculante del ejercicio de la autonomía privada, y reflejan el sentimiento y la aspiración de las comunidades en el desenvolvimiento de sus relaciones fincado en su iniciativa individual. Esto permite a los particulares disponer de sus intereses, sólo que su ejercicio los ata. Más todavía, lo cierto es que la autonomía encuentra su razón de ser en esa vinculación y su empleo tiene por función obtener dicho resultado. De ahí el corolario de que la relación generada por medio del negocio jurídico, vinculante para su autor o sus autores, es firme y no puede ser cancelada caprichosamente, sin miramiento por los demás, y en el caso del contrato, unilateralmente por ninguna de las partes. Al propio tiempo que se consagra el principio del arbitrio de ellas juntas para deshacer lo hecho con la cortapisa de los intereses de terceros surgidos *medio tempore*: las figuras de la *contraria voluntas* o del *contrarius consensus*.

Los distintos preceptos que sientan el “dogma” de la autonomía privada en los términos transcritos, a renglón seguido añaden: “[las convenciones] no pueden ser *revocadas* [*code civil*] o [el contrato] *disuelto* [*codice civile*] o *invalidado* [c. c. chileno y colombiano] sino *por su consentimiento mutuo...*”. Lo que ha de resaltarse acá es la proyección del poder

* El segundo volumen de esta obra estará GHGLFDGR DO ‘QHJRFRLR’ MXUtGLFR’ \ \ \ \ HQ SDUWLFXODU DO FRQWUDWR explicaciones y comentarios que siguen se reducen a un panorama de los fenómenos que disolviendo un acto de autonomía privada extinguen consecuentemente las obligaciones por él generadas, aún pendientes de ejecución.

** Cfr. C. M. BIANCA. *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2.^a ed., Torino, 2000, n.º 408 y s.; S. MIRABAIL. *La rétractation en droit privé français*, Paris, 1997; R. VATINET. *Le mutui dissensus*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 2, Paris, 1987, p. 252 y ss.

Se dice que en general los negocios jurídicos unilaterales son revocables, para dar a entender que el único autor de ellos puede echarse atrás y sustraerse a la vinculación que pueda resultar¹⁷²⁴. A dicho propósito es menester diferenciar entre el negocio revocable¹⁷²⁵ y el irrevocable¹⁷²⁶, como también entre la revoca-bilidad *ad nutuum* y la vinculación de la responsabilidad de quien con la revocación causa perjuicio¹⁷²⁷. Así mismo es del caso tener en cuenta el momento a partir del cual termina la relación obligatoria; p. ej., en el contrato

¹⁷²⁷ Cfr. art. 1280 c. co.

¹⁷³³ □□□□□^a/D/YROXQWDG□GH□ODV□SDUWVHVDIQUINISOD□AHIVAYN/Vdderación expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer [...] Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la

posibilidad de obviar esa paralización *ad eternum* del contrato bilateral mutuamente incumplido, tomando ese incumplimiento bilateral como un desistimiento mutuo o una conducta concluyente en el sentido de destrata¹⁷³⁵. Hoy parece estabilizada su posición en el sentido de interpretar la coincidencia de ambas partes en su negativa de ejecutar sus obligaciones como un desistimiento o convenio de retractación, de manera de poder deshacer y liquidar razonable y equitativamente un contrato que habiendo surtido algunos efectos, las partes no quieren continuar ejecutando, pero tampoco quieren declarar terminado¹⁷³⁶.

capítulo segundo

Terminación de los contratos de larga duración
por el advenimiento de circunstancias que impiden
la realización de su función o su finalidad

722. terminación de los contratos de larga duración

De tiempo atrás, pero con mayor intensidad y, sobre todo, mayor trascendencia¹⁷³⁷ se ofrece la figura de la *relación obligatoria duradera* (*Dauerschuldverhältnisse*), o sea aquella cuyo

intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inexecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso [...] contra el resultado inaceptable de entenderlas sometidas a la indefinida expectativa de que ±en algún tiempo± pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común; o de que la acción implacable del tiempo le dé vigencia definitiva a través de la

¹⁷³⁴ Cas. de 5 de noviembre de 1979, CLIX, 309 y ss., dijo rectificar la doctrina sentada en cas. de 29 de noviembre de 1978, CLVIII, 298 \ V \ SDUD \ OXHJ \ GH \ DGYHUWLU \ TXH \ QR \ VLHPSUH \ TXH \ RFXUUD \ HO \ LQFXPSOLPLHQWR \ UHFtS coQ \ VXV \ REOLJDFLRQH \ SXHGH \ KDEODUVH \ GH \ GLVROXFLYQ \ GH \ FRQWUDWR \ SRU \ PXWXR \ GLVHQWLPLHQWR \ incumplida en una de sus obligaciones, ejecutó otra, que su contraparte aceptó). En cas. de 7 de diciembre de 1982, CLXV, 345 y ss. \ OD \ &RUWH \ GLVSXVR \ HQ \ LQVWDQFLD \ PDQWHQHU \ OD \ UHVROXFLYQ \ GH \ FRQWUDWR \ VLQ \ LQGLV \ PXWXR \ GLVHQVR \ VLQR \ SRU \ LQFXPSOLPLHQWR \ UHFtSURFR \ VLPXOWiQR \ GH \ ORV \ FRQWUDWDQWHV \

¹⁷³⁵ Especialmente cuando, además, ambas partes han pedido (demanda y reconvenición) la resolución del contrato por incumplimiento: cas. de 23 de septiembre de 1974, CXLVIII, 246.

¹⁷³⁶ (O \ PHUR \ LQFXPSOLPLHQWR \ GH \ OD \ SDUWHV \ QR \ HV \ SUXHED \ LQHTX \ YRFD \ GH \ TXH \ OD \ SDUWHV \ D \ QR \ GHI \ contundHQWH \ FD \ de febrero de 1994, CCXXVIII, 139; el mismo planteamiento de la cas. de 20 de septiembre de 1978, CLVIII, 217 y s.

¹⁷³⁷ \$ \ OD \ GLVROXFLYQ \ GH \ GLFKR \ QH \ R \ HV \ SRVLEOH \ OOHJDU \ SRU \ HO \ FDPLQR \ GH \ PXWXR \ GLVHQVR \ R \ GLV \ dispuesto en los arts. 1602 y 1625 del código civil, el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo 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 anonadar su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito. Se trata, pues, de una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada gama de circunstancias que pueden dar lugar a la extinción sobrevenida de relaciones jurídicas de fuente contractual dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución del art. 1546 del código civil, toda vez que en tanto ésta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir por una causa legal, en la hipótesis del mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas, expresada ella en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo expreso o tácito, en el sentido de consentir la disolución del vínculo. En resumen, entre la disolución de un contrato bilateral por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y lo que acontece como consecuencia de la convención extintiva derivada del mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca pueden ignorar los jueces de instancia para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto. A través del primero y dada su naturaleza estudiada de vieja data por los doctrinantes, se pide de manera unilateral por el contratante cumplido que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que puede ofrecerse, el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el art. 1609 LEtGHP \ FD \ de marzo de 2000, exp. 5319.

¹⁷³⁷ A los ejemplos conocidos de los contratos de sociedad, de arrendamiento, de trabajo, se sumaron los de suministro y agencia

En respuesta a esas exigencias se tiene el recurso de dar por terminado el contrato mediante preaviso, mencionado atrás, como también el restablecimiento de su equilibrio económico, que se indicará adelante. Acá se quiere resaltar el hecho de que, demandando la relación duradera, en especial la que implica primordialmente cooperación¹⁷⁴⁰, una confianza más amplia y profunda, puede darse la necesidad de disolución del contrato por desaparecimiento de esa confianza recíproca y concurrente¹⁷⁴¹. Naturalmente al efecto es indispensable, a más de la comprobación de los hechos, que no se reducen al incumplimiento grave, que las normas sobre sociedad destacan, sobre todo la ocurrencia de fenómenos que, sin exigir culpa mayor o menor de esta o aquella parte, vienen a arruinar la base “afectiva” o “ética” o “de confianza” de la relación asociativa o de colaboración, y que deben ser apreciados con máxima ponderación por el juez, teniendo en cuenta la índole de aquella y el interés de todas las partes¹⁷⁴².

Advenimiento de la condición y expiración del plazo *

Los particulares pueden alterar los efectos finales de cualquier negocio jurídico patrimonial (p. ej., testamento, contrato, acto colectivo), mediante las llamadas modalidades:

[illegible]

condición¹, término, modo². Los derechos y deberes emanados de un negocio condicional existen, los sujetos negociales y los destinatarios se encuentran vinculados entre sí, solo que condicionalmente, y sus intereses son objeto de la tutela que corresponde (arts. 1550 y 1136 c. c.) y pueden ser transferidos en ese estado. Los derechos a término suspensivo o consuntivo están sometidos, en cuanto a la producción de sus efectos finales, en su orden, a un día cierto inicial o a uno terminal. Y en lo que respecta al modo, que es un ruego u orden de “aplicar a un fin especial” el bien objeto de la asignación patrimonial³, acá interesa aquel que lleva en sí una condición resolutoria, cuyo tratamiento es el de esta figura (arts. 1550 y 1148 c. c.)⁴.

Al no realizarse el hecho futuro e incierto incluido en el negocio jurídico como condición suspensiva, los efectos finales pendientes desaparecen definitivamente, como también se disuelve el vínculo y, en consecuencia, la obligación se extingue y el deudor queda libre. En tanto que al cumplirse la condición resolutoria surge un obstáculo definitivo para la continuidad de los efectos finales que venían dándose, el vínculo también se disuelve y las obligaciones pendientes se extinguen. Esto, aparte de la exigencia de restituciones mutuas entre las partes (art. 1544 c. c.), respecto de las cuales el cumplimiento de la condición viene a ser su fuente inmediata.

724. condición

Dentro de la amplitud de comportamiento de que gozan, los particulares pueden, en los más de los negocios (concretamente en los patrimoniales), subordinar la eficacia de sus dictados a la realización o a la no verificación de un suceso a la vez que futuro, incierto⁵. Es este el fenómeno de la condición que engendra un estado de “pendencia”. Las partes se hallan a la expectativa, pendientes de si el hecho se realiza o no, que, según se presenten las cosas, concreta y hace definitivo su derecho, o impone borrar toda huella que haya podido dejar en el entretanto la relación establecida.

Es frecuente aún leer o escuchar el aserto de que la relación sujeta a condición suspensiva no alcanza a constituir derecho, sino que es una mera expectativa y que el derecho nace sólo cuando se verifica la condición. Valga aclarar anticipadamente que el negocio jurídico, en cuanto se haya recorrido a plenitud la definición correspondiente, produce de suyo unos efectos comunes a todos: *efectos negociales*, que son reflejo de la naturaleza compromisoria de la figura, de que dan cuenta las expresiones: *lex contractus, pacta sunt servanda*, vertidas en todos los códigos en la regla: el contrato tiene fuerza de ley o es ley para las partes⁶. Pero, por cuanto las partes al disponer de sus intereses no proceden simplemente para vincularse en abstracto, sino para (en los negocios obligatorios) proveer al establecimiento de relaciones crediticias, cuya ejecución les dará la satisfacción anhelada en términos de bienes y servicios, se aprecia entonces el surgimiento de los llamados

¹ Cfr. cas. de 9 de abril de 1937, XLIV, 725.

² ³(VWD□SRVLELOLDG□GH□GLIHULU□GH□ORV□HIHFWRV□H□W□S□B□D□P□C□H□F□O□Z□V□B□D□P□C□H□E□M□Q□H□B□FLR□U□H□O□D□F□L□Y□Q□D□ORV□KHFKRV□MXU□GLFRV□R□D□ORV□S□E□G□N□X□M□H□Q□V□H□O□W□L□G□R□L□H□V□A□L□L□E□W□R□E□g□o□z□i□o□giuridico, Napoli, 1950, n.º 119, p. 290 y s. Cfr. Sala Civil, sentencia de 12 de septiembre de 1942, LV, 161.

³ Cfr. cas. de 9 de noviembre de 1971, CXXXIX, 219.

⁴ Cfr. SNG de 22 de febrero de 1943, LV, 160, relativa a donación con condición modal.

⁵ ¹L□Q□J□X□Q□D□G□L□I□F□X□O□W□D□G□V□X□U□J□H□S□R□U□T□X□H□H□O□Q□H□J□R□F□L□R□□D□H□L□V□W□H□Q□W□H□I□C□E□R□R□□H□O□L□G□G□S□M□S□U□G□L□F□D□□U□H□D□O□L□F□□H□Q□W□P□U□P□L□Q□R□V□H□Y□S□Q□W□K□D□O□H□V□□Contributo alla teoria del negozio giuridico, cit., n.º 135, p. 341.

⁶ Arts. 1134 code civil fr., 1372 codice civile, 1.3 Principios UNIDROIT.

*efectos finales*⁷, aquellos que corresponden a la función de la figura singular, identificados legalmente cuando los ordenamientos previenen que “los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se ha estipulado, sino a lo que les corresponde según la equidad, los usos y costumbres, las normas supletorias o dispositivas de ley” (integración del contenido negocial)⁸.

La condición puede ser positiva o negativa, según que la relevancia del hecho se prevenga en su realización, o en su ausencia (art. 1531 c. c.), y suspensiva o resolutoria, según que el suceso influya de modo de diferir y hacer eventual la iniciación de la eficacia final, o de manera de destruir los efectos producidos (art. 1536 c. c.); y que si la condición suspensoria falla, ninguna eficacia final logrará el negocio, y si la condición resolutoria se sucede, los efectos realizados deben destruirse, se borrarán en la medida de lo posible (arts. 1544 y 1545 c. c.). En tales circunstancias el negocio condicional origina obligaciones que pueden extinguirse en cuanto ocurra o deje de sucederse el acontecimiento.

Con lo cual se realiza el efecto extintivo de las obligaciones pendientes de ejecución que tienen la no ocurrencia de la condición suspensiva y la ocurrencia de la condición resolutoria. Y a propósito de esta, es del caso subrayar la importancia que tiene la así llamada “condición resolutoria tácita”, locución con la cual se alude a la acción resolutoria del contrato de prestaciones correlativas que compete al contratante cumplido o presto a cumplir sus obligaciones, contra el otro contratante, moroso o incumplido, alternativamente con la acción para el cumplimiento específico de su obligación (arts. 1546 y 1930 c. c.; 870 c. co.), que para el caso de la compraventa por falta de pago del precio (art. 1870 c. c.) puede reforzarse con el pacto comisorio (arts. 1935 y 1937 c. c.)⁹⁻¹⁰.

725. expiración del plazo consuntivo

Al llegar el *dies a quo* cesa el derecho de crédito sujeto a él y se extingue la obligación correspondiente. La normatividad se ocupa de las “obligaciones a plazo”, únicamente a propósito de aquellas cuya exigibilidad está pospuesta hasta una determinada fecha u oportunidad (arts. 1551 y ss. c. c.; 829 c. co.), es decir, del *dies ad quem*: a partir de, y no del día hasta cuando.

Las distintas obligaciones, por la propia índole de la prestación, y más por disposición particular, directamente o por referencia a la función de aquella, pueden estar concebidas y surgir de modo de satisfacer un interés transitorio del acreedor, a quien le importa tener a su disposición un bien por un período y no indefinidamente, o disfrutar de un servicio, o tener la seguridad de una abstención, o de un amparo transitoriamente, o puede tratarse de obligaciones de ejecución continuada, en las que, por esa misma índole, el interés del acreedor se proyecta positivamente en la sucesión cronológica, en tanto que la obligación del deudor se prolonga correlativamente, sin que sea concebible un pago anticipado y

⁷ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 286 y ss.; 319 y ss.; ID. *Contratti in generale*, en *Tratatto* a cura di GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, n.º 55, (*Teoría General del contrato*, trad. esp. de F. HINESTROSA, Bogotá, 1983; 2.ª reimpr. 1996. 3.ª ed., 1972, 2.ª reimpr., 1977); F. HINESTROSA. *Derecho civil, Obligaciones*, reimpr., Bogotá, 1969, p. 346 y ss.

⁸ Arts. 1135 *code civil fr.*, 1374 *codice civile*, 1603 c. c. y 871 c. co.

⁹ GREUHOD³ UHVROXFLyQ^{MX} CHAUDO CHABUS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1090 y ss., p. 1141 y ss.

¹⁰ Cfr. arts. 1038 c. co. (terminación del seguro por rechazo de parte del asegurado), 1060 [4] c. co. (terminación por falta de notificación de la modificación del riesgo), 82 Ley 45 de 1990, 1068 c. co. (terminación automática por no pago de prima, norma imperativa).

acumulado. El derecho del acreedor se extiende hasta el vencimiento del término¹¹, y otro tanto ha de decirse, como contrapartida, de la obligación del deudor.

Acudiendo a ejemplos elementales de las distintas clases de prestación, pueden señalarse el derecho del arrendatario a utilizar el bien durante el tiempo que sea: hasta tal día, por tantas cosechas, o el del huésped durante la temporada turística; el derecho del patrono o del contratante de servicios inmateriales a la colaboración personal del trabajador u operador: por tantas unidades de tiempo, o por el tiempo de la elaboración de tantas unidades de productos, o durante la zafra, mientras el tratamiento o el proceso; o en el del acreedor de una abstención: exclusividad mientras esté vigente el respectivo contrato, por tantos años, mientras la producción o el rendimiento alcanza determinado nivel; o el del asegurado por tanto tiempo. Y, por supuesto, obsérvese en cada ejemplo la obligación correlativa.

Salta, pues, a la vista, que la relación jurídica crediticia, o elípticamente, la obligación, se extingue con el vencimiento del término: hasta ese día, hasta ese momento estuvo obligado el deudor, que ahora es libre, respecto de esa deuda, en razón de la expiración del término. En el lenguaje usual se dice: se acabó o terminó el contrato. El deudor recupera su libertad.

capítulo cuarto

Nulidad, rescisión, terminación del negocio jurídico

726. invalidez del negocio obligatorio

Las obligaciones que tienen su fuente en una disposición particular de intereses, *rectius*, negocio jurídico, y, con mayor frecuencia, en un contrato, pueden extinguirse, además de por los medios generales o comunes a toda relación jurídica de esta clase, porque el acto de autonomía privada que las engendró resulta ineficaz como reacción del ordenamiento que priva de alcances al ejercicio irregular de aquella.

Los negocios jurídicos son el instrumento con que cuentan los particulares para disponer de sus intereses, para regular sus relaciones entre sí en lo atinente al intercambio de servicios y de productos y la asociación, dentro de un sistema político y económico basado en la iniciativa privada (arts. 333, 335 y 58 C. P.).

Pero el ordenamiento no otorga ni reconoce a los individuos un poder ilimitado o arbitrario, sino que somete el reconocimiento de la disposición particular al lleno de ciertos requisitos de variada índole, los generales, indispensables a todos los negocios, otros singulares, prescritos en atención a la naturaleza propia de ciertas categorías, otros, en fin, que obedecen a la necesidad de proteger a individuos o sectores o clases, que el Estado de siempre o al compás de la sensibilidad social de la comunidad estima que deben ser asistidos más intensa y precisamente. Y los interesados en obtener los efectos que la sociedad y el ordenamiento reconocen y otorgan a los negocios jurídicos han de cuidar de ajustar su conducta estrictamente a las exigencias legislativas (carga de legalidad), so pena de ver contrariado su propósito, o sea de no alcanzar los objetivos esperados.

La invalidez del negocio es la reacción negativa del ordenamiento frente a determinadas transgresiones de normas fundamentales, imperativas, llamadas a encauzar el ejercicio de la autonomía privada, que se expresan en la exigencia de llenar ciertos requisitos o de cumplir

¹¹ ³(O□ YHQFLPLHQWR□ GH□ WpUPLQR□ H[WLQWLYR□ FRPSRUWD□ OD□ H[WLQFLyQ□ GH□ OD□ REOLJDFLyQ□ >□□□@□/D□ S□ sino por un acuerdo entre las partes DQWHV□ GH□ OD□ OOHJDGDZAGHO□ GH□ BAS. *Leçons, Obligations, Théorie générale*, cit., n.º 1084, p. 1136.

ciertos trámites, o en la prohibición de determinadas actividades o giros o estipulaciones¹⁷⁴³. O sea que ha de distinguirse entre lo que son los requisitos legales para la celebración del negocio jurídico en general, y de determinadas clases o figuras en singular, y el *ius cogens*: el *Diktat* ético-político del Estado, en el que también pueden advertirse radios o diámetros de distinta longitud, según la clase de actividad y las comunidades o sectores involucrados¹⁷⁴⁴. De conformidad con el criterio del legislador (técnico y político) no sólo los requisitos pueden ser más o menos minuciosos y exigentes, sino que la reacción represiva a causa de su incumplimiento puede ser más o menos drástica. Y en cuanto a la dirección política del Estado: ejecución de su deber de proveer al desarrollo de un Estado social de derecho, que implica efectividad del respeto de los derechos fundamentales, dirección de la economía, bienestar y seguridad sociales, ética cívica; las normas de orden público, en las distintas acepciones de este, no se reducen a establecer prohibiciones, sino que, además, imponen deberes positivos, en general, pero más concretamente con relación a determinadas actividades, a cuya transgresión son especialmente sensibles las autoridades administrativa y jurisdiccional¹⁷⁴⁵.

Dada esa variedad y la exigencia de atender atinadamente a las distintas eventualidades, es natural que existan diferentes medidas de represión o de invalidez, que van desde la privación de todo efecto hasta la simple inoponibilidad a terceros, comprendidas dentro del concepto: la nulidad absoluta, la nulidad relativa, nulidad, anulabilidad, la rescisión por lesión, la reductibilidad por el exceso, la modificación o la terminación judiciales por onerosidad sobrevenida, la revocación por fraude a los acreedores, la simple inoponibilidad¹⁷⁴⁶.

A propósito de la “invalidez” como modo de extinguir las obligaciones negociales, baste recalcar el hecho de que, al ser inherente a la declaración de nulidad la orden de volver las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato” (art. 1746 [1] c. c.), análogamente a lo anotado respecto de la condición resolutoria (art. 1544 c. c.), las relaciones crediticias en curso pierden su sustento, terminan, las obligaciones se extinguen, y deudor y garantes quedan libres, al margen de las obligaciones restitutorias que surjan por virtud de la misma declaración de nulidad (art. 1746 [2] c. c.). Y en tal sentido, son los mismos los efectos de la nulidad absoluta que los de la relativa (arts. 1740 a 1743 y 1746 c. c.; 2.º Ley 50 de 1936; 899 y 900 c. co.).

727. rescisión del negocio lesivo

En los negocios jurídicos conmutativos (art. 1498 c. c.) y en los de distribución (art. 1405 c. c.), pueden presentarse desequilibrios que, por exceder determinados límites numéricos o derivar de aprovechamientos indebidos de debilidades ajenas o de posición dominante propia, según los distintos criterios, los ordenamientos a lo largo de la historia han tratado de conjurar y reprimir¹⁷⁴⁷. El ordenamiento nacional prevé expresamente la relevancia de la lesión, en la compraventa de inmuebles (art. 1946 c. c.), en la aceptación de la herencia (art. 1291 c. c.), en la partición de bienes comunes (art. 1405 c. c.), en la cláusula penal (art.

¹⁷⁴³ Cas. de 13 de mayo de 1968, CXXIV, 136 y ss. ESSER und SCHMIDT. *Schuldrecht*, I, 1, cit., § 10, II, p. 160 y ss.

¹⁷⁴⁴ ESSER und SCHMIDT. *Schuldrecht*, I, 1, 8.ª ed., Heidelberg, §§ 10, III, 1995, p. 170 y ss.

¹⁷⁴⁵ Así, cas. de 21 de mayo de 1968, CXXIV, 167 y ss.

¹⁷⁴⁶ Cfr. cas. de 13 de mayo de 1968, CXXIV, 136 y ss. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., n.º 136, p. 342 y s.; HINESTROSA. *Obligaciones*, cit., p. 436 y ss.

¹⁷⁴⁷ Cfr. cas. de 4 de mayo de 1968, CXXIV, 92 y s.

1601 c. c.), en los intereses (arts. 1601 [3] y 2231 c. c.; 884 c. co.). La jurisprudencia extendió la posibilidad de rescisión por lesión enorme a la permuta de inmuebles (art. 1958 c. c.), a la dación en pago con inmueble, a la cesión a título oneroso del derecho real de herencia (art. 1967 c. c.)¹⁷⁴⁸, y con la misma lógica habría de incluirse también la aportación a título oneroso de inmueble a una persona jurídica. En unos casos (cláusula penal e intereses), con la medida de la reducción del exceso (en los intereses comerciales, con su pérdida); en otros (compraventa y partición; permuta, dación en pago, cesión de herencia, aportación a persona jurídica), con la rescisión, evitable por el demandado vencido a quien se invita a equilibrar la operación (arts. 1948 y 1405 c. c.); en otro, en fin (la aceptación de herencia), con la sola rescisión. Esta es una sanción legal cuyos efectos consisten en la vuelta de las cosas al *status quo ante*, tal como está prevenido para la nulidad¹⁷⁴⁹, solo que sin afectar a terceros de buena fe que hayan adquirido derechos reales sobre la cosa en el entretanto (arts. 1951 y 1953 c. c.).

El corolario es entonces elemental, roto (rescindido) el acto o contrato, las obligaciones que hubiera generado y que no se hubieran ya extinguido por cualquier otro medio, se extinguen por la rescisión de su fuente, y el deudor queda libre. También aquí, valga la nota clarificadora de que otra cosa son las obligaciones restitutorias que surgen por el decreto judicial de rescisión.

728. terminación del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida *

Tema arduamente debatido con sucesivas alternativas, es el de la teoría de la imprevisión. ¿Cuando el contrato es conmutativo y su desarrollo es de tracto sucesivo o, incluso, de ejecución diferida, y en el curso de su ejecución cambia intempestiva y gravemente la base económica sobre la cual se celebró, habrá lugar a someter a las partes a la intervención del juez, sea para imponerles o proponerles una modificación del valor de las prestaciones a fin de restablecer el equilibrio exigido por la propia definición del contrato, o si no, para decretar su terminación? Los conocidos brocárdicos *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, llevados y traídos en esta materia, reflejan las dos posturas enfrentadas a lo largo de la historia, para afrontar el problema de la *difficultas* económica del deudor para ejecutar una prestación ciertamente posible, pero cuya ejecución, de paritaria, se tornó en inicua por razones ajenas a las partes, no previsibles y, en todo caso, no previstas.

Dejando el estudio de esta figura, como es apenas natural, para la materia de eficacia e ineficacia del negocio jurídico, ahora ha de ponerse de presente que, habiendo sido acogida jurisprudencialmente la teoría de la imprevisión por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 1935¹⁷⁵⁰, en la práctica desapareció del derecho privado, habiendo

¹⁷⁴⁸ Cfr. en contra, cas. de 17 de agosto de 1933, XLI, 499 y ss.; 9 de abril de 1940, XLIX, 226 y ss.; 11 de marzo de 1942, LIII, 111 y ss.; 12 de agosto 1948, LXIV, 708 y ss.

¹⁷⁴⁹ Por razones históricas (v. sect. VII, tit. III, liv. 4e., arts. 1304 y ss. y 1674 *code civil fr.*) la sanción de nulidad relativa se denominó indistintamente nulidad y rescisión (así, el epígrafe del título XX del libro 4.º del c. c. (“De la nulidad y la rescisión”); arts. 1741 [3] y 1745 [1], 1750 [1] c. c. Inclusive el código de comercio, que introdujo la terminología italiana: nulidad y anulación (lib. 4.º, tit. I, cap. VII), sin embargo, al sancionar el negocio celebrado por el representante en contraposición con los intereses del *dominus*, dice que aquel podrá ser “rescindido” a solicitud de este (art. 838). La tendencia general, no sólo de la doctrina, sino de los códigos, es a reservar la expresión “rescisión” a la lesión (cfr. cap. XIII, lib. IV, arts. 1447 y ss. *codice civile*).

* Cfr. E. GABRIELLI. *Alea e rischio nel contratto*, Urbino-Napoli, 1997; cfr. M. CESÀRO. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; R. CARDILLI. *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanista*, en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, II, Bogotá, 2001; R. E. SPEIDEL. *Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts*, en *Norwestern Univesity Law Review*, vol. 76, n.º 3, 1981.

¹⁷⁵⁰ Cfr. cas. de 29 de octubre de 1936, XLIV, 455 y ss.; cas. de 23 de mayo de 1938, XLVI, 523 y ss. Sala Plena, 25 de febrero de

sido acogida normativamente¹⁷⁵¹ y desarrollada por la jurisprudencia con intensidad y profundidad en materia de contratación estatal, para, a la postre, haber recibido consagración legal en el código de comercio, que, por cierto, no ha tenido mayor empleo.

El art. 868 c. co. previene: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato...”. Así, queda en claro que cuando el juez decreta la terminación de un contrato por onerosidad excesiva sobrevenida, las obligaciones de cumplimiento futuro se extinguen.

En materia de seguro, el asegurador tiene derecho a revocar el contrato o exigir reajuste en el valor de la prima por modificación del riesgo: art. 1060 [3] c. co.

capítulo quinto

Desaparición del interés del acreedor

729. extinción del interés del acreedor

Como se anotó en oportunidad, el interés del acreedor es un “elemento funcional” de la relación obligatoria, como corresponde al concepto y a la función misma del crédito. Interés que, en las obligaciones provenientes de negocio jurídico, corresponde a la definición de la figura, o sea a su función práctico-social, de ordinario legal o socialmente típica, con las precisiones y giros derivados de las “estipulaciones de las partes” (arts. 1602 c. c. y 871 c. co.), y que en las restantes se puede individualizar tomando en consideración los antecedentes y la función de la respectiva fuente.

Ese interés no solamente ha de existir al momento de la generación de la relación crediticia, sino que ha de acompañarla indefinidamente, y su pérdida puede constituir un modo singular de extinción de la obligación¹. Con la nota de que el tema prácticamente está circunscrito a las relaciones crediticias contractuales, por cierto con un desarrollo mayúsculo en la actualidad, delante de los contratos de larga duración², y dentro de ellos, con especial acento en los de asociación o cooperación³.

La desaparición de dicho interés puede darse en fuerza de su satisfacción por otro conducto, figura que hace recordar el “concurso de causas” del derecho romano⁴, que algunos toman como una imposibilidad sobrevenida de carácter especial⁵, proveniente de un tercero o del

1937, XLIV, 613 a 623.

¹⁷⁵¹ Dcto. 222, Ley 80 de 1993 y otras normas sobre revisión de los contratos administrativos.

¹ Adversamente a la relevancia del interés del acreedor, como ya se anotó, CIAN. *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, en *Rivista di dir. civile*, Padova, 1968, I, p. 201, 225.

² Cfr. FRANCESCO MACARIO. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

³ La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro (1086 c. co.). El seguro cesa o se extingue por desaparición del interés asegurado o destrucción de la cosa asegurada por hecho o causas extraños a la protección del seguro (art. 1109 c. co.).

⁴ GAYO. *Instituciones*, 4, 4, JULIANO. D. 44, 7, 17 y 19. Cfr. BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*, cit., § 106, p. 415 y s.; BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 581.

⁵ Así WEACKER. *Leistungshandlung und Leistungserfolg im Schuldverhältnis*, 1965, cit., por BIANCA. *REOLJD*LRQH, n.º 272, p. 546, nota 54.

acaso⁶; o porque la prestación perdió significado o utilidad para el acreedor⁷. Ha de advertirse que la situación que acá se contempla es de la incumbencia exclusiva del acreedor, por lo cual, de una parte, mal podría continuar obligado el deudor, a quien tampoco se le podría tildar de incumplido por no ejecutar la prestación, que, por lo demás, en principio continuaría siendo ejecutable; y de otra parte, dicho deudor no tendría por qué resultar perjudicado en su condición de acreedor de la prestación correlativa. Y, por último, tener en cuenta que la extinción de la obligación puede resultar de la concurrencia de la desaparición del interés del acreedor con una imposibilidad sobrevenida de la prestación⁸.

bibliografía

I. obras generales de derecho civil

ALBALADEJO MANUEL. *Derecho civil*, I, *Introducción y parte general*, 15.^a ed., Barcelona, Bosch, 2002.

AUBRY, CHARLES MARIE e GASTON RAU. *Cours de droit civil français*, 5.^a ed., CH. FALCIMAIGNE (ed.), Paris, Librairie Joseph Gibert, 1897 (impresión 1905).

BÄHR, PETER (ver VON BÄHR, PETER).

BARASSI, LODOVICO. *Istituzioni di diritto civile*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1942.

BARROS ERRÁZURIS, ALFREDO. *Curso de derecho civil: según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado*, 2.º año, 1.^a parte, *Obligaciones*, 4.^a ed., Santiago de Chile, Nascimento, 1930, vols. 1, 2 y 4.

BRANCA, GIUSEPPE. *Istituzioni di diritto privato*, 4.^a ed., Bologna, Zanichelli, 1958.

BRECCIA, UMBERTO; LUCIANO BRUSCUGLIA, FRANCESCO DONATO BUSNELLI, FRANCESCA GIARDINA, ALBERTO GIUSTI, MARIA LEONARDA LOI, EMANUELA NAVARRETTA, MAURO

⁶ Vengan los ejemplos de la recuperación de la salud del paciente sin necesidad de la intervención quirúrgica pactada, o de la nave encallada que por ascenso de la marea sale a flote, de modo de hacer superflua la operación de la grúa contratada al efecto.

⁷ La empresa que había contratado el suministro de materias primas o de piezas para ensamblaje suprime la fabricación de los respectivos productos; la feria para la cual se contrató la decoración de un pabellón fue cancelada; el tratamiento médico o la intervención quirúrgica ineficaces se cancelan porque el paciente recuperó su salud o se descartó clínicamente esta solución; y un ejemplo dramático: la muerte de quien encargó un vestido o un abrigo.

⁸ Cfr. a propósito de la cuestión, BIANCA. *L'obbligazione*, cit., n.º 272, p. 546.

- PALADINI, DIANORA POLETTI y MARIO ZANA. *Diritto privato, parte prima*, Torino, Utet, 2003.
- BRUGI, BIAGIO. *Instituciones de derecho civil: con la aplicación especial a todo el derecho privado*, J. SIMO BOFARULL (trad.) México, Unión Tipográfico Editorial Hispano-Americana, 1946.
- CASATI, ETTORE e GIACOMO RUSSO. *Manuale del diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1950.
- CIAN, GIORGIO e ALBERTO TRABUCCHI. *Commentario breve al codice civile*, 2.^a ed., Padova, CEDAM, 1981.
- CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vols. 5 y 6, 2.^a ed., Santiago de Chile, Jurídicas de Chile, 1979.
- COLIN, AMBROSIO y HENRI CAPITANT. *Curso elemental de derecho civil*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia (trad.), D. DE BUEN (notas), J. CASTÁN TOBEÑAS y J. M. CASTÁN VÁZQUEZ (eds.), 3.^a ed. revisada y actualizada, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952-1957.
- COLIN, AMBROISE et HENRI CAPITANT. *Traité de droit civil*, 10.^a ed., L. F. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (ref.), Paris, Dalloz, 1953.
- COVIELLO, NICOLA. *Manuale di diritto civile italiano*, 3.^a ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1924.
- D'AVANZO, WALTER. *Istituzioni di diritto privato*, 6.^a ed., Roma, Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1976.
- DE LA MORANDIÈRE, LEÓN FRANCIS JULLIOT. *Précis de droit civil*, t. 2, 7.^a ed., Paris, Dalloz, 1939, (serie Petits Précis Dalloz).
- DEMOLOMBE, CHARLES. *Traite des contrats: ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, A. Lahure, 1880, tt. 24, 26, 28 (Serie Cours de Code Napoléon).
- DERNBURG, HEINRICH. *Pandekten*, 2.^a ed., Berlin, Verlag von H. W. Müller, 1888.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, vol. II, *La relación obligatoria*, 9.^a ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- DURANTON, ALEXANDRE. *Cours de droit français, suivant le code civil*, 3.^a ed., Liège, s. e., 1830.
- ENNECCERUS, LUDWIG; HANS CARL NIPERDEY, THEODOR KIPP y MARTÍN WOLFF. *Tratado de derecho civil alemán*, B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER (trads.), 3.^a ed., Barcelona, Bosh, 1950.
- FUEYO-LANERI, FERNANDO. *Derecho civil*, t. 4.º, *De las obligaciones*, vols. I y II, Valparaíso-Santiago de Chile, 1958.
- GALGANO, FRANCESCO. *Diritto privato*, 7.^a ed., Padova, CEDAM, 1992.
- GALLO, PAOLO. *Istituzioni di diritto privato*, 2.^a ed., Torino, G. Giappichelli, 2000.

- GAZZONI, FRANCESO. *Manuale di diritto privato*, 7.^a ed., Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1998.
- HUC, THÉOPHILE. *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Paris, F. Pichon, Successeur, 1892-1903.
- JOSSERAND, LOUIS. *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2.^a ed., Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 2.^a ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA y M. A. PARRA LUCÁN, Madrid, Dykinson, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; JESÚS SANCHO REBULLIDA, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ y JOAQUÍN RAMS ALBESA. *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.^o, *Parte general, Teoría del contrato*, 2.^a ed., revisada por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, Dykinson, 2000.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE. *Curso de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- LAURENT, FRANÇOIS. *Principes de droit civil*, t. 1, 4.^a ed., Paris, A. Maresca, 1887.
- MACHADO, JOSÉ OLEGARIO. *Exposición y comentario del código civil argentino*, 2.^a ed., Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso, 1912.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentarios al código civil español*, 6.^a ed., Madrid, Reus, 1951.
- MARCADÉ, VICTOR NAPOLEÓN. *Explication théorique et pratique du code civil*, 8.^a ed., Paris, Delamotte et fils, 1884.
- MEDICUS, DIETER. *Bürgerliches Recht: e. nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 8.^a ed., Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1978.
- MESSINEO, FRANCESCO. *Manual de derecho civil y comercial*, t. 4, *Derecho de las obligaciones, Parte general*, S. SENTÍS MELENDO (trad.), 8.^a ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.
- MITTEIS, HEINRICH y HEINZ LIEBERLICH. *Deutsches Privatrecht*, 7.^a ed., München, Beck, 1976 (serie Juristische Kurz-Lehrbücher).
- MORANDIÈRE, LEÓN FRANCIS JULLIOT DE LA (ver DE LA MORANDIERE, LEÓN FRANCIS JULLIOT).
- MOURLON, FRÉDÉRIC. *Répétitions écrites sur le code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 13.^a ed., Ch. DE MANGEÂT (ed.), Paris, Garnier frères, 1896.
- PLANIOL, MARCEL FERDINAND et GEORGES RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil. Conforme au programme officiel des facultés*, vol. 7, tt. 1 y 2, *Obligations*, P. ESMEIN, J. RADOUANT y G. GABOLDE (cols.), Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1931.

- PLANIOL, MARCEL FERDINAND et GEORGES RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*, vol. 6, *Las obligaciones*, P. ESMEIN, J. RADOUANT y G. GABOLDE (cols.), M. DÍAZ CRUZ (trad.), Habana, Cultural, 1946.
- RESCIGNO, PIETRO. *Manuale del diritto privato italiano*, 11.^a ed., 3 reimpr., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997.
- ROPPO, VINCENZO. *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 1994.
- ROTONDI, MARIO. *Instituciones de derecho privado*, F. Villavicencio (trad.), 6.^a ed., Barcelona, Labor, 1953 (Enciclopedia de ciencias jurídicas y sociales).
- TORRENTE, ANDREA e PIERO SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*, 12.^a ed., Milano, Dott. A. Giuffrè, 1985.
- TOULLIER, CHARLES-BONAVENTURE MARIE. *Le droit civil français: suivant l'ordre du code*, 5.^a ed., Paris, J. Renouard, 1842.
- TRABUCCHI, ALBERTO. *Istituzioni di diritto civile*, 26.^a ed., Padova, CEDAM, 1983 (serie Manuali di Scienze Giuridiche).
- TRIMARCHI, PIETRO. *Istituzioni di diritto privato*, 9.^a ed., Milano, Dott. A. Giuffrè, 1991.
- TROPLONG, RAYMOND THÉODORE. *Droit civil expliqué, de la prescription*, Paris, C. Hingray, 1857.
- TUHR, ANDREAS (ver von Tuhr, Andreas).
- VÉLEZ, FERNANDO y LUIS ANGEL ARANGO. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. 6, 2.^a ed., Paris, Imprenta Paris-América.
- VON BÄHR, PETER und ROLF VON HOFFMANN. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, München, Verlag Franz Vahlen, 1976 (serie Lernbücher für Wirtschaft und Recht).
- VON TUHR, ANDREAS. *Derecho civil: Teoría general del derecho civil alemán*, TITO RAVÀ (trad.), de *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Buenos Aires, Depalma, 1946, (serie Biblioteca Jurídica, sección Derecho Civil, n.º 4).
- WINDSCHEID, BERNHARD JOSEPH HUBERT. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1 y 2, 8.^a ed., Frankfurt, Literarifche, 1900.
- WINDSCHEID, BERNHARD JOSEPH HUBERT. *Tratado de derecho civil alemán*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), t. 1, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987.
- ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, CARL SALOMO. *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 6.^a ed., S. PUCHELT (col.), Heidelberg, E. Mohr, 1875.

II. obras sobre obligaciones en particular *

* En el encabezamiento de los temas específicos se encuentra la lista de las obras especializadas consultadas al respecto.

- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. *Las obligaciones*, Santiago, Jurídica de Chile, 1993.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *Derecho civil: Teoría de las obligaciones, versiones taquigráficas de la Cátedra del Derecho Civil*, Bogotá, El Profesional, 1983.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; OSCAR JOSÉ AMELA y ROBERTO LÓPEZ CABANA. *Curso de obligaciones: ajustado a los programas de derecho civil II y obligaciones civiles y comerciales vigentes en universidades nacionales y privadas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; OSCAR JOSÉ AMELA y ROBERTO LÓPEZ CABANA. *Curso de obligaciones: ajustado a los programas de derecho civil II y obligaciones civiles y comerciales vigentes en universidades nacionales y privadas*. 3.^a ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, t. 2.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; OSCAR JOSÉ AMELA y ROBERTO LÓPEZ CABANA. *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- ALVAREZ FAGGIONI, ALEJANDRO. *Estudio de las obligaciones en el derecho civil ecuatoriano*, 1.^a ed. en 1 t. y 4.^a ed. en 2 tt., Guayaquil, Publicaciones Universidad de Guayaquil, s. f.
- ARTEAGA, JESÚS MARÍA y JAIME ARTEAGA CARVAJAL. *Curso de obligaciones*, Bogotá, Temis, 1979.
- AZÚA REYES, SERGIO. *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1993.
- BARASSI, LODOVICO. *La teoria generale delle obbligazioni*, 2.^a ed., Milano, Dott. A. Giuffré, 1948.
- BARBERO, DOMENICO. *Il sistema del diritto privato*, GIORGIO FLORIDA e ANTONIO LISERRE (eds.), Torino, UTET, 1988.
- BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO. *Las obligaciones en el derecho moderno*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1995.
- BECERRA TORO, RODRIGO. *Obligaciones civiles: fuentes y formas*, Bogotá, Temis, 1987.
- BELLISSENT. *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 1987, cit.
- BÉNABENT, ALAIN. *Droit civil: Les obligations*, 3.^a ed., Paris, Montchrestien, 1991 (serie Domat Droit Privé).
- BÉNABENT, ALAIN. *Droit civil: Les obligations*, 5.^a ed., Paris, Montchrestien, 1995 (serie Domat Droit Privé).
- BETTI, EMILIO. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1953-1954.
- BETTI, EMILIO. *Teoría general de las obligaciones*, J. L. DE LOS MOZOS (trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970.
-

- BIANCA, CESARE MASSIMO. *Diritto civile*, vol. 4, *L'obbligazioni*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1990.
- BLOMEYER, ARWED. *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin-Frankfurt, Verlag Franz Vahlen, 1953.
- BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA. *Tratado de las obligaciones*, 2.^a ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- BORDA, GUILLERMO A. *Manual de obligaciones*, 11.^a ed., Buenos Aires, Emilio-Perrot, 1998.
- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, 5.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1983.
- BORJA SORIANO, MANUEL. *Teoría general de las obligaciones*, MANUEL BORJA MARTÍNEZ (ed.), 9.^a ed., México, Porrúa, 1984.
- BORJA SORIANO, MANUEL. *Teoría general de las obligaciones*, FRANCISCO BORJA MARTÍNEZ e IGNACIO BORJA MARTÍNEZ (coords.), 15.^a ed., México, Porrúa, 1997.
- BRECCIA, UMBERTO. *Le obbligazioni*. GIOVANNI LUDICA y PAOLO ZATTI (ed.), Milano-Padova, Dott. A. Giuffré, 1991 (serie *Tratato di diritto privato*).
- BRENES CÓRDOBA, ALBERTO. *Tratado de las obligaciones*, 5.^a ed., San José, Juricentro, 1977-1984 (colección Escuela Libre de Derecho).
- BUCHER, EUGEN VON (ver VON BUCHER, EUGEN).
- BUFFELAN-LANORE, Y. *Droit civil, deuxième année*, Paris, 2000.
- CANARIS, C. W. *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002.
- CARBONNIER, JEAN. *Droit civil: les biens et les obligations*, t. 2, *Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957.
- CARBONNIER, JEAN. *Théorie des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962.
- CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. *El derecho de las obligaciones*, t. 3, *Modos de extinción*, Lima, s. e., 1954.
- CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. *Instituciones de derecho civil: el derecho de las obligaciones*, vol. 1, *Teoría general de las obligaciones*, Lima, s. e., 1958.
- CAZEAUX, PEDRO NÉSTOR y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1986.
- COLAGROSSO, ENRICO. *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, Dell'Ateneo, 1946.
- COLMO, ALFREDO. *De las obligaciones en general*, P. Calatayud (Pról.), 3.^a ed. ampliada y corregida, Buenos Aires, Perrot, 1961.
- COOKE, PHILIPPE JOHN and DAVID W. OUGHTON. *The Common Law of Obligations*, London,

- Butterworths, 1989.
- COSENTINI, FRANCESCO. *Code international des obligations en 3115 articles*, Paris, Institut Américain de Droit et de Législation Comparée, 1937 (serie Etudes et Documents, n.º 9).
- COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO DE (ver DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO).
- CUBIDES CAMACHO, JORGE. *Obligaciones*, JUANITA CUBIDES DELGADO (compl.), 2.ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1991 (colección Profesores, n.º 3).
- CUBIDES CAMACHO, JORGE y JUANITA CUBIDES DELGADO. *Obligaciones*, 4.ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999 (colección profesores, n.º 3).
- CUPIS, ADRIANO DE (ver DE CUPIS, ADRIANO).
- DE LA VEGA, ANTONIO. *Bases del derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Bogotá, Editorial Revista del Derecho Colombiano, 1978.
- DELEBECQUE, PH. *Droit des obligations, régime général*, Paris, 2000.
- DELEBECQUE, PH. y F.-J. PANSIER. *Droit des obligations, régime général*, Paris, 1999.
- DEMOGUE, RENÉ. *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923-33.
- DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de derecho civil: obligaciones y contratos*, t. 1, *Parte general*, M. DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y J. L. ALFONSO (revisión y actualización), Madrid, Civitas, 1988.
- DE CUPIS, ADRIANO. *Istituzioni di diritto privato*, vol. 2, *Diritti d'obbligazione*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1975.
- DE GÁSPERI, LUIS. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- DELEBECQUE, PHILIPPE et FRÉDÉRIC-JÉRÔME PANSIER. *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, Paris, Litec, 2000.
- DELEBECQUE, PHILIPPE et FRÉDÉRIC-JÉRÔME PANSIER. *Droit des obligations: régime général*, Paris, Litec, 1999 (serie Objectif Droit).
- DE PINA VARA, RAFAEL. *Elementos de derecho civil mexicano*, vol. 3, *Obligaciones civiles y contratos en general*, 8.ª ed., México, Porrúa, 1993.
- DE RUGGIERO, ROBERTO. *Istituzioni di diritto civile*, 4.ª ed., Messina-Roma, G. Principato, 1926.
- DÍAZ MORALES, SANTOS NICOLÁS. *Curso didáctico de obligaciones patrimoniales*, 2.ª ed., Bogotá, Editorial Revista de Derecho Colombiano, 1985.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, vol. 2, 4.^a ed., Madrid, Tecnos, 1986.

DRUFFIN-BRICCA, S. *Droit civil: les obligations*, Paris, 2001.

DUPICHOT, JACQUES. *Derecho de las obligaciones*, ROSANGELA CALLE (trad.), Bogotá, Temis, 1984.

DUPONT DELESTRAINT, PIERRE et GÉRARD LÉGIER. *Droit civil: Les obligations*, 12.^a ed., Paris, Dalloz, 1990 (serie Moments Dalloz, Droit Privé).

EHMANN, H. *Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*, München, 2002.

EMILIANI ROMÁN, RAIMUNDO. *Efectos, modalidades y extinción de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999 (serie Universidad Sergio Arboleda, serie Major, n.º 18).

ENGEL, PIERRE. *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1973.

ENGEL, PIERRE. *Traité des obligations en droit suisse*, 2.^a ed., Berne, s. e., 1997.

ESPÍN CANOVAS, DIEGO. *Manual de derecho civil español*. vol. 3, *Obligaciones y contratos*, 6.^a ed. revisada y ampliada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Comparado, 1983.

ESSER, JOSEF und EIKE SCHMIDT. *Schuldrecht: ein Lehrbuch*, vol. 1, *Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Heidelberg, Müller, 1995.

ESSER, JOSEF. *Schuldrecht*, vol. 1, *Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Karlsruhe, Verlag Müller Karlsruhe, 1968.

FERRERO COSTA, RAÚL. *Curso de derecho de las obligaciones*, 2.^a ed., Lima, Cultural Cuzco, 1988.

FIKENTSCHER, WOLFGANG. *Schuldrecht*, 6.^a ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1976.

FLOUR, JACQUES et JEAN-LUC AUBERT. *Droit civil. Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 5.^a ed., Paris, Armand Colin, 1991 (collection U. Droit Prive).

FLOUR, JACQUES et JEAN-LUC AUBERT. *Droit civil. Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, Armand Colin, 2000 (collection U. Droit Prive).

FUEYO LANERI, FERNANDO. *Derecho civil*, vol. 4, tt. 1 y 2: *De las obligaciones*, vol. 6, tt. 1 a 3, *Derecho de familia*, Santiago de Chile, Imprenta Universo, 1958.

GALGANO, FRANCESCO. *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, t. 1, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, CEDAM, 1990.

GALINDO GARFIAS, I. *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 2000.

GAMARRA, JORGE. *Estudios sobre obligaciones*, Montevideo, Medina, 1956.

GANGI, CALOGERO. *Le obbligazioni: concetto, obbligazioni naturali; solidali; divisibili e indivisibili*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1951.

- GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Lecciones de derecho civil II: Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- GÁSPERI, LUIS DE (ver DE GÁSPERI, LUIS).
- GAUDEMET, EUGÈNE; HENRI DESBOIS et JEAN GAUDEMET. *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937 (serie Traites Sirey).
- GAZZONI, FRANCESCO. *Obbligazioni e contratti*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1993.
- GIORGI, JORGE. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, vols. 1 a 3, 5, 6, 8 y 9, 2.^a ed., Madrid, Reus, 1928.
- GIORGIANNI, MICHELE. *Corso di diritto civile, L'obbligazione: concetti generali. I soggetti*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1997.
- GIORGIANNI, MICHELE. *La obligación: la parte general de las obligaciones*, EVELIO VERDERA y TUELLS (trads.), Barcelona, Bosh, 1955.
- GIORGIANNI, MICHELE. *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1968.
- GHRSI, CARLOS ALBERTO. *Obligaciones civiles y comerciales: complementado con análisis económico y constitucional*, G. GRAMANO et ál. (colabs.), Buenos Aires, Astrea, 1994.
- GOMES, ORLANDO. *Obrigações*, Sao Pablo, Forense, 1961.
- GOMES, ORLANDO. *Obrigações*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- GAUCH, PETER VON (ver VON GAUCH, PETER).
- GUIHO, PIERRE. *Cours de droit civil*, vol. 4, *Les obligations*, Paris, L'Hermes, 1983.
- GUHL, THEO [KOLLER, A., und J. N. DRUEY], *Das Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8e., Zürich, Schulthess, 1991, Nachdruck, 1995.
- GUHL, THEO [KOLLER, A., A. K. SCHNYDER und J. N. DRUEY], *Das Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 9e., Zürich, Schulthess, 2000.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Derecho de las obligaciones*, Puebla, Cájica, 1961.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Derecho de las obligaciones*, 11.^a ed., México, Porrúa, 1996.
- HEIDEL, Th., M. LEPA y G. RING. *Das neue Schuldrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002.
- HÉMARD, JOSEPH. *Précis élémentaire de droit civil*, t. 2, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1932 (serie Licence en Droit).
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO y ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. *Derecho de obligaciones*, Madrid, Ceura, 1983 (serie Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces).
- HUBER, P. *Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht*, München, 2002.

JÉROME, F. *Droit civil: les obligations. Régime général*, Paris, 2000.

INZITARI, BRUNO. *Profili del diritto delle obbligazioni: interessi legali e convenzionali, euro, divieto d'anatocismo*, Padova, CEDAM, 2000.

KOZIOL, HELMUT und RUDOLF WELZER. *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, vol. 1, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, Wien, Manzsche Verlags, 1983 (serie Manzsche Kurzlehrbuch - Reihe, n.º 1).

KOZIOL, H., RUDOLF WELZER, B. JUD, und CH. RABL. *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 12.ª ed., Wien, 2001.

LARENZ, KARL. *Derecho de obligaciones*, JAIME SANTOS BRIZ (trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958 (serie Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público, vol. 40).

LARENZ, KARL. *Lehrbuch des Schuldrechts*, 7.ª ed., München y Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964.

LARROUMET, CHRISTIAN. *Droit civil: Les obligations*, t. 3, Paris, Economica, 1986 (collection Droit Civil, serie Enseignement).

LARROUMET, CHRISTIAN. *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 2.ª ed., Paris, Economica, 1990.

LEÓN BARANDIARAN, JOSÉ. *Comentarios al código civil peruano: derecho de obligaciones*, t. 1, *Obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1954.

LEÓN BARANDIARAN, JOSÉ. *Tratado de derecho civil*, t. 3, *Las obligaciones*, Miraflores, Gaceta Jurídica, 1992.

LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL. *Derecho de obligaciones*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1988.

LONGO, GIANNETTO. *Diritto delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1950.

LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN. *Tratado de derecho civil: Obligaciones*, P. RAFFO VENEGAS (ed.), 4.ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1983.

MADURO LUYANDO, ELOY. *Curso de obligaciones III*, 3.ª ed., Caracas, Sucre, 1975 (serie Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho).

MALAURIE, PHILIPPE et LAURENT AYNÈS. *Cours de droit civil: Les obligations*, t. 6, 7.ª ed., Paris, Cujas, 1997; t. IV, vol. 2, *Les obligations: le régime général*, Paris, 2001.

MALINVAUD, PHILIPPE. *Droit des obligations: les mécanismes juridiques des relations économiques*, 5.ª ed., Paris, Litec, 1990 (collection Droit et Gestion).

MALINVAUD, PHILIPPE. *Droit des obligations*, 7.ª ed., Paris, Litec, 2001.

MARTÍNEZ ALARCÓN, JAVIER ANTONIO; LEONEL PÉREZNIETO CASTRO y MARÍA BEATRIZ BUSTOS

- RODRÍGUEZ. *Teoría general de las obligaciones*, 2.^a ed., México, Oxford University Press, 2000 (serie Textos Jurídicos Universitarios).
- MARTY, GABRIEL et PIERRE RAYNAUD. *Droit civil: Les obligations*, t. 2, Paris, Sirey, 1962, (serie Traites Sirey).
- MAZEAUD, HENRI; JEAN MAZEAUD et FRANÇOIS CHABAS. *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, t. 2, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1998.
- MEDICUS, DIETER [ver VON MEDICUS, DIETER].
- MICCIO, RENATO. *I diritti di credito*, vol. 1, Torino, UTET, 1971.
- MICCIO, RENATO. *Delle obbligazioni in generale*, Torino, UTET, 1957 (*Commentario del codice civile*).
- MICCIO, RENATO. *Delle obbligazioni in generale*, 3.^a ed., Torino, UTET, 1982 (*Commentario del codice civile*).
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS. *Curso de obligaciones*, 2.^a ed., Córdoba, Advocatus, 1998.
- NICOLÒ, R. *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, Giuffrè, 1962.
- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. *Lecciones de derecho de las obligaciones*, Montevideo, El Foro, 1998.
- ORTIZ MONSALVE, ALVARO. *Manual de obligaciones*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1997.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; E. OSPINA ACOSTA (ed.) *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1976.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Régimen general de las obligaciones*, 6.^a ed., Bogotá, Temis, 1998.
- OSTERLING PARODI, FELIPE. *Las obligaciones*, 4.^a ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992 (serie Biblioteca para leer el Código Civil, vol. 6).
- PACCHIONI, GIOVANNI. *Obbligazioni e contratti*, C. GRASSETTI (com.), Cesare, Padova, CEDAM, 1950.
- PEIRANO FACIO, JORGE. *Curso de obligaciones*, M. J. ROJO (taquígrafo), Montevideo, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, 1964.
- PÉREZ VIVES, ALVARO. *Teoría general de las obligaciones*, 2.^a parte, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951.
- PINA VARA, RAFAEL DE (ver DE PINA VARA, RAFAEL).
- PORCHY-SIMON, STÉEPHANIE. *Droit civil 2e année, Les obligation*, Paris, Dalloz, 2000 (Cours Dalloz, serie Hypercours).
- POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Traité des obligations, selon les regles tantdu for de la conscience, que*

du for extérieur, Paris, Chez Debure pere, 1768.

POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Tratado de las obligaciones*, M. C. DE LAS CUEVAS (trad.), Buenos Aires, Atalaya, 1947.

PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de derecho civil*, t. 1, vol. 2, *Derecho general de las obligaciones*, 3.^a ed. revisada, Barcelona, Bosch, 1985.

RESCIGNO, PIETRO. *Obbligazioni: nozioni generali*, en FRANCESCO CALASSO. *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1958-1995.

REZZÓNICO, LUIS MARÍA. *Manual de obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1959.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO. *Derecho de obligaciones: según los códigos civiles y la jurisprudencia española y panameña*, Madrid, Editorial Revista del Derecho Privado, 1965.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho civil mexicano*, t. 5, *Obligaciones*, 6.^a ed., México, Porrúa, 1995.

ROTONDI, MARIO. *Inchieste di diritto comparato*, vol. 3, *L'unité du droit des obligations*, Padova, CEDAM, 1974.

RUBINO, DOMENICO. *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative; obbligazioni in solido; obbligazioni divisibile e indivisibile, art. 1285-1320*, SCIALOJA e BRANCA (*Com. del Codice Civile, libro quarto delle obbligazioni*), 2.^a ed., Bologna, Zanichelli, 1961-1968.

RUGGIERO, ROBERTO DE (ver DE RUGGIERO, ROBERTO).

SALEILLES, RAYMOND. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3.^a ed., Paris, LGDJ, 1914 y 1925 (serie La mémoire du droit références).

SALVAT, RAYMUNDO MIGUEL. *Tratado de derecho civil argentino: Obligaciones en general*, 4.^a ed., Buenos Aires, G. Kraft, 1941.

SANTOS BRIZ, JAIME. *Derecho civil: teoría y práctica*. t. 3, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973 (serie Tratados Generales de Derecho Privado Público).

SAVATIER, RENÉ. *La théorie des obligations: vision juridique et économique*, 3.^a ed., Paris, Dalloz, 1974 (serie Moments Dalloz).

SAVIGNY, FEDERICO CARLO DI. *Le obbligazioni*, G. PACCHIONI (trad.), Torino, UTET, 1915.

SCHELECHTRIEM, PETER. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Tübingen, Mohr, 2000 (serie Mohr Lehrbuch).

SÉRIAUX, ALAIN. *Droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires, 1992 (serie Droit Fondamental).

STARCK, BORIS; HENRI ROLAND et LAURENT BOYER. *Droit civil: Obligations*, 2.^a ed., Paris, Litec, 1986.

STARCK, BORIS; HENRI ROLANDI et LAURENT BOYER. *Droit civil: Obligations*, t. 3, *Régime général*, 6.^a ed., Paris, Librairies techniques, 1999.

TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *Manual de obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, 2.^a ed., Bogotá, Rodríguez Quito, 1986.

TERRÉ, FRANÇOIS; PHILIPPE SIMLER et YVES LEQUETTE. *Droit civil: Les obligations*, 5.^a ed., Paris, Dalloz, 1993.

TOULET, VALÉRIE. *Droit civil: obligations responsabilité civile*, Paris, Centre de Publications Universitaires, 1998.

TUHR, ANDREAS (ver VON TUHR, ANDREAS).

URIBE HOLGUÍN, RICARDO. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contrato*, Bogotá, Temis, 1970.

URIBE HOLGUÍN, RICARDO. *De las obligaciones y del contrato en general*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1982.

VALENCIA ZEA, ARTURO y ALVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil, De las obligaciones*, t. 3, 9.^a ed., Bogotá, Temis, 1998.

VALLEJO MEJÍA, JESÚS. *Manual de obligaciones*, 2.^a ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1992.

VEGA, ANTONIO DE LA (ver DE LA VEGA, ANTONIO).

VISINTINI, GIOVANNA. *Tratatto breve delle responsabilità civile: fatti illeciti, Inadempimento, danno risarcibile*, Padova, CEDAM, 1996.

VON BUCHER, EUGEN. *Schweizerisches Obligationenrech, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.

VON GAUCH, PETER und WALTER R. SCHLUEP. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches*, 5.^a ed., Zürich, Schulthess, 1991.

VON MEDICUS, DIETER. *Schuldrecht: ein Studienbuch*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, München, Beck'sche Verlag buchhandlong, 1981 (serie Juristische Kurz-Lehrbücher).

VON MEDICUS, DIETER. *Tratado de las relaciones obligacionales*, A. MARTÍNEZ SARRIÓN (trad.), vol. 1, Barcelona, Bosch, 1995.

VON TUHR, ANDREAS. *Tratado de las obligaciones*, W. ROCES (trad.), Madrid, Reus, 1934 (serie Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, vol. 77).

WEILL, ALEX et FRANÇOIS TERRÉ. *Droit civil: Les obligations*, 2.^a ed., Paris, Dalloz, 1975 (Serie Moments Dalloz).

WEILL, ALEX et FRANÇOIS TERRÉ. *Droit civil: Les obligations*, 5.^a ed., Paris, Dalloz, 1993.

TERRÉ, FRANCOIS; PHILIPPE SIMLER et YVES LEQUETTE. *Droit civil les obligations*, 7.^a ed., Paris, Dalloz, 1999.

WOLF, ERNST. *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1 vol., *Allgemeiner Teil*, Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 1978.