

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

(Coordinadora)

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

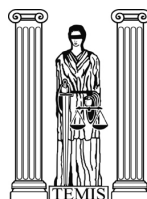
CON PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

TOMO IV

Segunda edición



**Universidad de
los Andes**



Bogotá - Colombia
2021

Nombre: Castro de Cifuentes, Marcela (Coord.)
Título: Derecho de las obligaciones
Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2021. | 832 páginas : 16 x 23 cm. | Biblioteca Jurídica Uniandina
Identificadores: ISBN 978-958-35-1875-1 (tapa dura) | 978-958-35-1876-8 (electrónico)
Materias: Obligaciones – Legislación – Colombia
Clasificación: CDD 346.03

Segunda edición: noviembre de 2021

© Marcela Castro de Cifuentes, Luis Carlos Gamboa Morales, Nelson Remolina Angarita, Juan Carlos Durán Uribe, Manuel Enrique Cifuentes Muñoz, Diego Romero Cruz, Mariana Bernal Fandiño, Arturo Solarte Rodríguez, Carlos I. Jaramillo J., 2021

© Ediciones Uniandes
Carrera 1ª núm. 18A-12
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 339 4999 ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

© Editorial Temis S. A., 2021
Calle 17 núm. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
gerencia@editorialtemis.com

Diseño de cubierta: Neftali Vanegas

ISBN 978-958-35-1875-1
3123 2021019400

ISBN ebook: 978-958-35-1876-8

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.538>

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 de 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 de 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero de 2015, Mineducación

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis núm. 41-17, Bogotá.

PRESENTACIÓN

El derecho de las obligaciones continúa siendo, no obstante los incesantes cambios normativos, las nuevas corrientes doctrinales y los nacientes campos del saber jurídico, la columna vertebral de las relaciones patrimoniales en nuestro derecho privado. Su estructura y sus principios se proyectan sobre todo el ordenamiento y proveen soluciones razonables a falta de disposiciones especiales.

Por ello resulta imperioso estudiarlo en forma continua con miras a su cabal comprensión y también a su mejoramiento. Este es el espíritu que inspira la segunda edición de la obra *Derecho de las obligaciones*, publicada inicialmente en 2009. Tras varios años en los que ha servido como texto universitario, como material de consulta profesional y con una exitosa reimpresión, llegó la hora de ponerlo al día revisando sus contenidos para incorporar no solo la bibliografía y la jurisprudencia más recientes, sino más importante aún, presentar propuestas de modernización formuladas por los autores en sus respectivos temas.

No es una casualidad que muchos países, varios de ellos herederos de los códigos napoleónicos, hayan emprendido esa tarea al valorar objetivamente las carencias y los vacíos de que adolecen los códigos civiles del siglo XIX. Es innegable el aporte que estas obras han hecho al desarrollo de muchos sistemas jurídicos, incluido el colombiano. Su larga vida ciertamente ha contribuido para que nuestro derecho privado goce, en gran medida, de la ansiada seguridad jurídica, y su vieja presencia ha propiciado un amplio conocimiento de sus normas por los especialistas, pero lo que es más importante, por los ciudadanos, que ya se sienten familiarizados con sus valores fundamentales. Además, en materia de obligaciones y contratos, hemos tenido el mismo Código Civil en toda nuestra experiencia republicana, permitiendo que las cortes y la academia decanten sus principios, lo que solo se logra cuando las instituciones han estado en vigor por muchos años.

Sin embargo, Colombia no puede en nombre de la nostalgia, ni como homenaje al Código Civil de BELLO, negarse a emprender las tareas de revisión de la normativa civil ni permanecer de espaldas a los movimientos de renovación del derecho privado. Por eso insistentemente desde la Universidad de los Andes hemos promovido la discusión en un tema tan delicado pero que debe abordarse con serenidad, determinación y rigor científico.

En las últimas décadas varios Estados han tomado el camino de la revisión de sus textos legislativos con miras a la modernización. Ejemplos notables de

renovación vienen de la provincia canadiense de Québec (1994)¹ y el Brasil (2002) con enmiendas totales, Alemania con la reforma más importante introducida al BGB (2001)² y Argentina³, Francia⁴ y España⁵ también trabajan en importantes proyectos para la modernización del régimen de obligaciones y contratos.

A estos movimientos renovadores han contribuido los instrumentos jurídicos con mayor repercusión en el ámbito mundial en los últimos años, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, acogida por muchos países, y los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales revisados en 2010, que como *soft law* y expresión de la *lex mercatoria*, han influido en la articulación de los sistemas jurídicos de derecho continental y de derecho anglosajón y han contribuido en la formulación de unas premisas básicas para todos los negocios jurídicos.

Gran resonancia también han tenido varios documentos académicos, preparados por los civilistas y comercialistas más destacados del mundo, respondiendo a la necesidad de contar con unos principios comunes para el nuevo derecho privado, particularmente el europeo, de cara a la armonización de los regímenes nacionales de los países miembros de la Unión. Deben citarse en este contexto el Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavia o Proyecto Gandolfi) 1995⁶, el *Draft common frame of reference* (Proyecto académico del profesor alemán CHRISTIAN VON BAR y otros académicos europeos, 2008)⁷ y los Principios de Derecho Europeo de Contratos, redactados bajo la dirección del profesor OLE LANDO en 2000⁸; pero esta lista de trabajos preparatorios no es exhaustiva, dado que muchos civilistas han contribuido a enriquecer este debate con sus propuestas⁹.

¹ Disponible en http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html

² Vigente desde 2002.

³ En octubre de 2014 se promulgó la ley 26.994, por la cual se adoptó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>

⁴ “Avant-projet de réforme du droit des obligations. Document de travail”. 23 octobre 2013. En <http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/document/0203242436733-document-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-643031.php>

⁵ Gobierno de España, Ministerio de Justicia, “Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil”, en *Boletín de información*, año LXIII, enero de 2009.

⁶ Disponible en www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC

⁷ Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

⁸ Disponible en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

⁹ JOSÉ HERNÁN MURIEL CICERI, “Contribuciones doctrinales a la armonización y el avance del derecho privado europeo”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, núm. 22, enero-junio de 2012, págs. 357 a 363. En este escrito, el autor subraya el “Study Group on a European Civil Code”, el “Research Group on EC Private Law (Acquis Group)” y la obra de los profesores Reiner Schulze y Jules Stuyck (Eds.) *Towards a European Contract Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011.

Pero a pesar de las voces que ven con cierto escepticismo el futuro de los mencionados trabajos en el contexto latinoamericano¹⁰, estos materiales han impulsado la discusión más allá de los confines de Europa y constituyen hoy referencias indispensables para la tarea de revisión de nuestros códigos que deben no solo unificarse, sino modernizarse para adecuarse al nuevo entorno.

No le falta razón a quien señaló que “[p]or la abstracción de los códigos civiles decimonónicos, estos han perdido en gran parte la función que tenían asignada, quedando reducidos a ser reproductores de meras fórmulas jurídicas que, para mantenerse vivas y útiles, son actualizadas por una constante labor jurisprudencial”¹¹.

En el caso alemán, se dijo que “[e]l BGB había dejado de ser, desde hace tiempo, el código de todos los ciudadanos. Muchas de las operaciones jurídicas que se realizaban diariamente, se hacían al margen del BGB. Con la reforma se integra en el BGB todo el derecho que hasta entonces había sido especial: la AGB-G y todas las leyes de contratos con consumidores. Lo que nunca debió haber salido del BGB vuelve a ser parte de él [...]. Solo de este modo, se considera, es posible que el BGB sea el código de todos los ciudadanos. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano”¹².

La reforma alemana de 2001, además de integrar varias disciplinas a un cuerpo común (consumidores, condiciones generales de la contratación), modernizó varias instituciones clásicas como los remedios por incumplimiento en el contrato de compraventa, revisó el régimen general de la prescripción de acciones y codificó varias de figuras creadas por la jurisprudencia. Todo ello perseguía revitalizar el BGB dotándolo de mayor claridad y coherencia, considerando que “[l]a claridad y la transparencia deben constituir una de las exigencias de cualquier ordenamiento jurídico que quiere estar cerca del ciudadano”¹³.

Nuestro derecho civil requiere y merece una profunda reforma, que puede y debe reflejarse en una nueva codificación. En particular, el régimen de las obligaciones y los contratos reclama una actualización juiciosa que recoja la experiencia acumulada, para consagrar en forma clara sus aciertos y corregir sus falencias.

Sobre el enfoque que debe tener el derecho civil actual, son muy persuasivas las reflexiones del profesor italiano PIETRO PERLINGIERI en su obra *El derecho civil*

¹⁰ LEYSSER LEON, “De la admiración a la recepción crítica. El apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 45, enero-junio 2011, Bogotá, Universidad de los Andes, Disponible en https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri53.pdf

¹¹ KLAUS JOCHEN-ALBIEZ (Coord.) *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Colección Atelier Civil, Barcelona, 2011, pág. 19 (consultado en Google Books).

¹² KLAUS JOCHEN-ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo derecho de las obligaciones: la reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-3, julio 2002, Ministerio de Justicia España.

¹³ JOCHEN-ALBIEZ, *op. cit.*

en la legalidad constitucional, recién publicada en Colombia¹⁴, que busca centrar el derecho civil en la persona misma, en su dignidad y en la satisfacción de sus necesidades¹⁵. Para este connotado profesor la igualdad, la solidaridad y el pleno desarrollo de la persona “se convierten en los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual que está por fundar como compromiso de una generación de juristas”. Y al refundarse el derecho civil, este “se vuelve a apropiar, con formas renovadas, de su originaria vocación de *ius civile*, destinado a desarrollar la tutela de los derechos civiles en una nueva síntesis”¹⁶.

Estima el autor en aspectos más técnicos que “[l]a obligación no se identifica en el derecho o en los derechos del acreedor; ella se configura cada vez más como una relación de cooperación. Ello implica un cambio radical de la perspectiva de cómo leer la disciplina de las obligaciones; esta última no se considera el estatuto del acreedor; la cooperación reemplaza la subordinación”¹⁷. Y reconociendo que la obligación es un deber ser, pone mayor acento en el concepto de “situación jurídica”: la del deudor, la del acreedor, la de los terceros, más que en los conceptos abstractos tradicionales a los que estamos acostumbrados¹⁸.

El derecho civil contemporáneo debe ser valorado en su complejidad y en sus contradicciones, expresa PERLINGIERI; además, el jurista debe saber apreciar tanto la tradición como la innovación, punto que no puede ser más acertado tratándose de un ejercicio de renovación normativa como el que aquí se propone¹⁹. Insiste el jurista en un sistema, que aunque sustentado en principios, no puede sino estar fundado en valores. “El perfil axiológico, al igual que el lógico, es connatural a cualquier ordenamiento jurídico”²⁰.

En fin, enseña el autor que para el jurista “subsisten amplios espacios de actividad, de empeño y de responsabilidad, que sustraen terreno a la desesperación del simple pensar y del mero hacer y que permiten indicar a las jóvenes generaciones de estudiosos y de operadores finalidades positivas a realizar con serenidad, con el entusiasmo necesario y con los pies bien firmes sobre el terreno de los conocimientos oportunamente adquiridos, pero con los ojos igualmente abiertos hacia horizontes nuevos de una sociedad tecnológica que sepa tener respeto por el hombre y por sus exigencias primarias, contribuyendo así a favorecer el paso crucial de la ley al derecho”²¹.

¹⁴ Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

¹⁵ PERLINGIERI, *op. cit.*, vol. I, pág. 59.

¹⁶ *Idem*, pág. 130.

¹⁷ PERLINGIERI, *op. cit.*, vol. II, pág. 1025.

¹⁸ *Idem*, págs. 749-750.

¹⁹ *Idem*, pág. 139.

²⁰ *Idem*, pág. 142.

²¹ *Idem*, pág. 143.

El propósito de esta segunda edición es, entonces, a más de refrescar sus contenidos después de transcurridos cinco años desde su primera publicación, presentar algunas contribuciones al gran debate que se vislumbra en nuestro país sobre el futuro del derecho privado. No invitamos al trasplante automático de instrumentos foráneos ni a la reforma legislativa apresurada. Consideramos muy provechoso el conocimiento riguroso de los procesos modernizadores que vienen desarrollándose a nuestro alrededor, como insumos valiosos en una tarea que nos espera en el futuro cercano y a la cual esperamos se unan los juristas colombianos provenientes de la academia, la judicatura y la práctica profesional.

MARCELA CASTRO RUIZ
Coordinadora de la obra
Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII
CAPÍTULO I	
TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES. VISIÓN PANORÁMICA Y PLAN DE TRABAJO	
MARCELA CASTRO DE CIFUENTES	1
CAPÍTULO II	
TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR CAUSA DE MUERTE: NOCIONES FUNDAMENTALES	
MARCELA CASTRO DE CIFUENTES LUIS CARLOS GAMBOA MORALES	
1. Importancia del tema en el estudio de las obligaciones	5
2. El patrimonio: concepto esencial en la transmisión de las obligaciones “mortis causa”	8
3. Concepto de sucesión “mortis causa”	10
4. El derecho de herencia	12
A) Concepto.....	12
B) Derechos trasmisibles por causa de muerte.....	14
a) Reales.....	15
b) Personales o de crédito	16
c) Inmateriales.....	16
d) Universales	17
C) Derechos no trasmisibles por causa de muerte.....	17
D) La adquisición del derecho real de herencia	19
a) Por sucesión por causa de muerte	19
b) Por la tradición o cesión de derechos hereditarios.....	19
c) Por prescripción extraordinaria.....	19
E) Cesión del derecho de herencia	19
a) Concepto	19
b) Efectos de la cesión del derecho de herencia.....	21
c) Responsabilidad del cedente.....	21

	PÁG.
5. La sucesión. Aspectos sustanciales.....	23
A) La apertura de la sucesión	24
B) El causahabiente o asignatario	25
C) Requisitos para suceder	27
D) La delación de la herencia. La aceptación de la herencia (arts. 1282 a 1303 del C. C.).....	27
a) Aceptación expresa y aceptación tácita	29
b) Aceptación pura y simple	31
c) Aceptación con beneficio de inventario.....	32
d) Repudiación	34
e) El beneficio de separación	36
E) El derecho de transmisión	38
F) La liquidación de la sociedad conyugal y de las sociedades patrimoniales	40
6. La sucesión intestada.....	43
A) Principales aspectos de la sucesión intestada.....	44
a) La igualdad sucesoral	44
b) Órdenes hereditarios	44
c) Derecho de representación.....	50
B) División de la herencia del “de cujus”	52
a) Primer orden	52
b) Segundo orden	58
c) Tercer orden	60
d) Cuarto orden	64
7. La sucesión testada.....	65
A) El testamento.....	66
B) Características del testamento	67
C) Requisitos para otorgar el testamento	67
D) Asignaciones testamentarias	68
a) Designación del asignatario.....	68
b) Asignaciones forzosas	69
c) División del patrimonio del “de cujus”	74
8. Deudas hereditarias y testamentarias y transmisión de obligaciones...	75
9. Los actos que tienen por objeto la sucesión futura. El artículo 1375 del Código Civil y la partición en vida	80
A) El alcance del artículo 1520 del Código Civil.....	80
a) Las donaciones bajo el artículo 1520 del Código Civil.....	81
b) La promesa de no asignar parte alguna de la cuarta de mejoras.	86
c) Partición por acto entre vivos o por testamento.....	86
B) La partición en vida.....	87

	PÁG.
10. La sucesión. Principales aspectos procedimentales.....	90
A) La sucesión judicial (Código General del Proceso, artículos 473 a 522).....	90
a) Características del proceso de sucesión.....	91
b) Partes del proceso de sucesión.....	91
c) Trámite.....	93
d) Partición de bienes.....	97
B) Trámites adicionales en el proceso de sucesión judicial	99
a) Requerimiento para aceptar la herencia (C. G. P., art. 492)	99
b) Aceptación por los acreedores del asignatario (C. G. P., art. 493)	99
c) Repudiación de asignaciones a favor de incapaces o ausentes (C. G. P., art. 494)	100
d) Opción entre porción marital y gananciales (C. G. P., art. 495)	100
e) Venta de bienes para el pago de deudas (C. G. P., art. 503).....	100
f) Entrega de legados en especie (C. G. P., art. 504)	100
g) Exclusión de bienes de la partición (C. G. P., art. 505)	101
h) Beneficio de separación (C. G. P., art. 506).....	101
i) Remate de bienes de la hijuela de deudas (C. G. P., art. 511).....	101
j) Partición adicional (C. G. P., art. 514)	101
k) Adjudicación adicional (C. de P. C., art. 514)	101
C) La sucesión notarial (decreto 902 de 1988)	103
a) Requisitos	103
b) Trámite.....	104
11. Propuestas de modernización	105
12. Bibliografía.....	107

CAPÍTULO III

TRANSFERENCIA SINGULAR DE CRÉDITOS

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Noción y antecedentes.....	111
2. Función económica.....	115
3. Requisitos	116
4. Obligaciones y responsabilidades de las partes.....	122
5. Efectos	122
6. Excepciones del deudor. El caso de la compensación	124
7. Cesión parcial	126
8. Propuestas de modernización	127
9. Bibliografía.....	129

CAPÍTULO IV

LA SUBROGACIÓN.
(PAGO POR UN TERCERO)

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

	PÁG.
1. Noción	133
2. La subrogación legal.....	137
A) El que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidia- riamente (num. 3)	138
B) El heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia (num. 4)	139
C) El que paga una deuda ajena, con consentimiento expreso o tácito del deudor (num. 5)	139
D) Cuando un acreedor paga a otro acreedor de mejor derecho al tener este privilegios o hipotecas de que carece el primero (num. 1)	140
E) Quien compra un inmueble hipotecado y es obligado a pagar a los acreedores hipotecarios (num. 2)	141
F) Quien ha prestado dinero al deudor para que efectúe el pago (num. 6)	142
3. La subrogación convencional	143
4. La subrogación y la cesión de créditos	144
5. Efectos de la subrogación	145
6. Subrogación parcial	145
7. Propuestas de modernización	148
8. Bibliografía.....	149

CAPÍTULO V

CESIÓN DE DEUDAS

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Generalidades	151
2. Transmisión a título universal por causa de muerte	151
3. Cesión singular de deudas	152
4. Asunción singular de deuda.....	155
5. Mecanismos de transmisión de deuda mediante actos entre vivos pre- vistos en la ley colombiana.....	163
A) Cesión de posición contractual (C. de Co., arts. 887-896).....	164
B) Enajenación de establecimientos de comercio (C. de Co., arts. 525-531)	165
C) Fusión de sociedades (C. de Co., arts. 172-180).....	166
D) Escisión de sociedades (ley 222 de 1995, arts. 3º-11).....	166

6. Conclusiones.....	167
7. Propuestas de modernización	167
8. Bibliografía	169

CAPÍTULO VI

LA CESIÓN DE CONTRATOS

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Concepto.....	171
2. Función económica.....	177
3. La cesión no requiere la aceptación del contratante cedido	179
4. Requisitos de la cesión	181
A) Contratos que pueden cederse	182
B) Formalidades de la cesión	184
5. Efectos de la cesión y las responsabilidades consiguientes.....	189
A) Efectos entre las partes de la cesión (cedente-cesionario): reemplazo en la posición contractual	189
B) Efectos entre el cesionario y el cedido, partes del contrato a partir de la notificación o aceptación. El contrato permanece sin solución de continuidad, tal como existía en cabeza de los contratantes originales.....	189
C) Efectos entre el cedente y el cedido	190
D) Efectos frente a terceros	191
6. ¿Qué se transmite?.....	191
7. La cesión parcial.....	193
8. Cesión de contrato y subcontrato	197
9. La cesión del contrato de arrendamiento	200
10. Crítica y conclusiones.....	202
11. Propuestas de modernización	204
12. Bibliografía.....	206

CAPÍTULO VII

CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Noción	209
2. Requisitos	215

	PÁG.
3. Efectos	217
A) Entre el cedente y el cesionario	218
B) Entre el cedente y el demandado cedido	219
C) Entre el cesionario y el demandado	220
4. Derecho de retracto litigioso	220
5. Efectos del retracto	225
6. Sucesión procesal	225
7. Excepciones al derecho de retracto	228
8. Propuestas de modernización	228
9. Bibliografía	230

CAPÍTULO VIII

TRANSMISIÓN DE UNIVERSALIDADES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Enajenación del establecimiento de comercio	234
A) Noción y naturaleza jurídica del establecimiento de comercio	234
B) Enajenación del establecimiento	238
a) Entre las partes: efecto relativo	239
b) Ante terceros: efecto “erga omnes”	240
c) Derecho de oposición de los acreedores	241
d) Efecto jurídico de la enajenación	242
2. La fusión y escisión de sociedades	245
A) Fusión	247
B) Escisión	254
3. Venta de activos y pasivos de las SAS	260
4. Propuestas de modernización	261
5. Bibliografía	263

CAPÍTULO IX

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES VISIÓN PANORÁMICA Y PLAN DE TRABAJO

DIEGO ROMERO CRUZ

267

CAPÍTULO X

EL PAGO O CUMPLIMIENTO

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Concepto	273

	PÁG.
2. Requisitos	274
A) Que tenga causa.....	274
B) Que sea hecho por las personas legitimadas y recibido por las per- sonas legitimadas para el efecto.....	275
a) Personas legitimadas para pagar.....	275
b) Personas legitimadas para recibir el pago.....	281
C) Que se cumpla efectivamente lo debido. Forma del cumplimiento.....	283
D) Que se pague en el lugar y en la oportunidad que corresponda.....	285
3. Efecto del pago.....	286
4. Pago con subrogación.....	286
5. Imputación de pagos.....	287
A) Imputación cuando hay varias deudas.....	288
a) Imputación por las partes.....	288
b) Imputación por la ley.....	288
B) Imputación cuando hay una deuda, con capital e intereses.....	288
6. Prueba y presunciones de pago.....	290
7. Dación en pago.....	291
A) Concepto.....	291
B) Requisitos.....	293
C) Naturaleza jurídica. La dación en pago y figuras afines.....	294
D) Efecto.....	300
E) Lesión enorme en la dación en pago.....	301
F) Impugnabilidad de la dación en pago.....	302
8. Pago por consignación.....	303
A) Concepto.....	303
B) Requisitos.....	304
C) El trámite procesal del pago por consignación.....	306
9. Pago con cesión de bienes.....	309
10. Pago con beneficio de competencia.....	311
11. Propuestas de modernización.....	313
12. Bibliografía.....	313

CAPÍTULO XI

PAGO CON TÍTULOS-VALORES
DE CONTENIDO CREDITICIO

NELSON REMOLINA ANGARITA

1. Introducción.....	317
2. Aproximación internacional.....	318

	PÁG.
3. Regulación nacional	320
A) Regulación “remisionista”.....	321
B) Regulación general.....	322
4. Alcance del artículo 882 del Código de Comercio.....	323
A) ¿Existe contradicción entre los artículos 643 y 882 del Código de Comercio?	323
B) ¿Está obligado el acreedor a recibir títulos valores como forma de pago?	325
C) ¿Qué requisitos deben darse para que se entienda extinguida la obligación mediante la entrega de títulos valores?.....	325
D) ¿Qué consecuencias acarrea la condición resolutoria prevista en el artículo 882 del Código de Comercio?.....	326
E) ¿A partir de qué momento se entiende extinguida la obligación para cuyo pago se entregaron al acreedor títulos-valores de contenido crediticio?	327
F) Si el título es rechazado o no pagado, ¿a partir de qué momento se entiende que el deudor está en mora del cumplimiento de la obligación causal?	328
G) ¿Cuáles alternativas jurídicas tiene el acreedor que recibió como medio de pago un título que fue rechazado o no pagado?	329
H) ¿Cuáles son las condiciones necesarias para que proceda la acción causal de una obligación para cuyo pago se entregó un título valor de contenido crediticio?	330
I) ¿Qué ocurre cuando la acción cambiaria directa o de regreso del título dado en pago prescribe o caduca?.....	332
J) ¿Cuál es la finalidad de la acción de enriquecimiento cambiario?	334
K) ¿Qué requisitos deben confluir para que proceda la acción de enriquecimiento cambiario?	338
L) ¿Cuál es el término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario y desde qué momento se cuenta?	339
M) ¿La acción de enriquecimiento cambiario vulnera el principio constitucional del “non bis in idem”?.....	341
N) Para probar el empobrecimiento o el enriquecimiento, ¿basta allegar el título al proceso?	342
5. Bibliografía.....	344

CAPÍTULO XII

PAGO DE OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

JUAN CARLOS DURÁN URIBE

1. Introducción.....	349

	PÁG.
2. Nacimiento de la obligación en moneda extranjera	350
A) Noción y objeto de la obligación en moneda extranjera	351
a) Noción.....	351
b) Naturaleza jurídica: dinero y soberanía monetaria	351
c) Licitud del objeto.....	355
d) Los intereses en moneda extranjera.....	356
B) La causa de la obligación en moneda extranjera: ¿qué motiva a las partes a contraerlas?	360
a) Seguridad y salvaguarda monetaria	360
b) Inversión y especulación.....	361
c) Justa contraprestación y obtención de ganancias en operaciones de comercio exterior	362
d) Diversificación en fuentes de financiación	362
3. Ejecución de la obligación en moneda extranjera y el riesgo cambiario	363
A) El riesgo cambiario: su previsión y asignación mediante mecanismos contractuales	363
a) La fijación convencional de la tasa de cambio	364
b) Las cláusulas de adaptación y de suspensión	369
c) Contratos derivados	377
B) Materialización del riesgo cambiario	379
a) Teoría de la imprevisión: tres subreglas jurídicas.....	379
b) ¿Imposibilidad de ejecución por fuerza mayor?.....	384
4. Extinción de la obligación en moneda extranjera: el pago.....	385
A) Regla general sobre la validez del pago en moneda extranjera en Colombia	386
B) Excepciones.....	388
a) Las operaciones de cambio.....	388
b) Operaciones internas pagaderas por medio de cuentas de compensación	390
c) Pagos del Banco de la República para su normal funcionamiento	391
d) Otras operaciones internas excepcionales	391
C) Pago forzoso de obligaciones en moneda extranjera	392
a) Pago forzoso de operaciones internas en moneda extranjera	393
b) Pago forzoso de operaciones de cambio.....	393
5. Propuestas para la modernización	394
A) ¿Qué dicen los instrumentos de armonización y la legislación comparada?	394
B) Elemento por considerar: la obligación en moneda extranjera como obligación facultativa	396
6. Conclusiones.....	398
7. Bibliografía.....	399

CAPÍTULO XIII

PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ

	PÁG.
1. Del pago en general	403
2. Amplitud conceptual del pago por medios electrónicos.....	409
3. Pago electrónico de obligaciones dinerarias.....	417
A) Aspectos generales	417
B) Delimitación de la materia	419
a) Integridad financiera	423
b) Protección al consumidor	423
c) Volatilidad y otros riesgos	424
d) Derecho de la competencia	424
e) Carácter transnacional	424
f) Fiscalidad y tributación.....	424
g) Soberanía monetaria	424
4. Regulación de los sistemas de pago	425
A) Noción de sistema de pagos	427
B) Distinción entre sistemas de pagos de bajo y alto valor.....	428
C) Intereses regulatorios vinculados a la regulación de los sistemas de pago de bajo valor	433
D) Actores de los sistemas de pago.....	436
a) Entidades administradoras de sistemas de pagos de bajo valor...	436
b) Las franquicias.....	441
c) Los participantes.....	444
d) Entidad receptora.....	448
e) Proveedores de servicios de pago	449
f) Usuarios de los sistemas de pago.....	454
g) Estado	455
E) Componentes transaccionales	457
a) Medios de pago.....	457
b) Instrumentos de pago.....	457
c) Orden de pago o transferencia de fondos	458
d) Tecnologías de acceso o canales de pago	458
e) Operaciones	458
f) Formación de precios.....	459
g) Compensación y liquidación de operaciones.....	460
h) Gestión de riesgos inherentes	461
5. Bibliografía.....	463

CAPÍTULO XIV

LA NOVACIÓN

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

DIEGO ROMERO CRUZ

	PÁG.
1. Concepto.....	467
2. La novación en el derecho romano y su legado en los sistemas jurídicos actuales.....	468
3. En el derecho moderno, sus elementos estructurales son los siguientes.....	471
A) Una obligación preexistente.....	471
B) Una obligación nueva.....	472
C) Diferencia entre ambas obligaciones que las haga incompatibles ...	473
D) Intención de efectuar la novación mediante la extinción de la primera y la creación de la segunda (“animus novandi”).....	474
E) Capacidad de disponer del crédito.....	475
4. Efectos de la novación.....	475
5. Propuestas de modernización.....	476
6. Bibliografía.....	476

CAPÍTULO XV

LA REMISIÓN

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Concepto.....	479
2. Requisitos y naturaleza jurídica.....	480
A) Es un acto dispositivo.....	480
B) Es un acto unilateral.....	480
C) Es un acto gratuito.....	484
D) Puede originarse en un acto inter vivos o por causa de muerte.....	485
3. Remisión expresa y tácita.....	486
4. Remisión total y parcial. Las garantías.....	487
5. Remisión y donación.....	487
6. La insinuación.....	488
7. En obligaciones solidarias.....	489
8. Revocabilidad de la remisión.....	489
9. Conclusiones.....	490
10. Propuestas de modernización.....	491
11. Bibliografía.....	492

CAPÍTULO XVI

LA CONFUSIÓN

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

	PÁG.
1. Concepto.....	493
2. Confusión por transmisión “mortis causa”.....	496
3. Confusión por transmisión “inter vivos”.....	500
4. Efecto.....	500
A) Confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor...	501
B) Confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor...	502
5. Posibilidad de que la obligación resucite cuando pierde eficacia el hecho o negocio que origina la confusión.....	502
6. Propuestas de modernización	505
7. Bibliografía.....	506

CAPÍTULO XVII

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Concepto y fundamento.....	507
2. Requisitos para que opere la prescripción	511
A) Transcurso del tiempo previsto por la ley	511
B) Que ese tiempo sea continuo.....	511
C) Que haya inacción del acreedor durante todo el tiempo	511
D) Que el deudor la alegue.....	512
E) Que la acción sea prescriptible.....	513
3. Prescripción adquisitiva (usucapión) y prescripción extintiva.....	514
4. ¿Orden público o interés particular?	516
5. Plazos de prescripción	518
A) Acción ejecutiva y acción ordinaria (llamadas de largo tiempo)	518
B) Prescripciones de corto tiempo previstas por el Código Civil	520
C) Prescripciones especiales	521
D) Otras prescripciones especiales, que no nacen de ciertos actos y contratos en particular	523
6. Interrupción	524
7. Suspensión.....	527

	PÁG.
8. Renuncia	528
9. Modificación convencional de los plazos de prescripción	531
10. Efecto de la prescripción	535
11. Prescripción extintiva y caducidad	536
12. Propuestas de modernización	545
13. Bibliografía	547

CAPÍTULO XVIII

LA COMPENSACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO PRIVADO

MARIANA BERNAL FANDIÑO
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

1. Introducción	551
2. Naturaleza jurídica de la compensación	552
3. Fundamento de la compensación	554
4. Evolución histórica de la compensación	556
5. La compensación en el derecho positivo colombiano	561
A) Clases de compensación	561
a) Compensación legal	561
b) Compensación convencional	573
c) Compensación facultativa	574
d) Compensación judicial	574
B) Casos en los que no procede la compensación	575
C) Efectos	578
D) Compensación y cesión de derechos	580
E) La compensación en el derecho comercial	581
6. La compensación en el derecho comparado, en las modernas iniciativas de reforma al régimen de las obligaciones y en los instrumentos de armonización legislativa	582
A) La compensación en el derecho francés	582
B) La compensación en el derecho alemán	583
C) La compensación en el derecho anglosajón	585
D) La compensación en los instrumentos internacionales de armonización legislativa	586
7. Propuesta de modificación al Código Civil colombiano	588
8. Conclusiones	591
9. Bibliografía	592

CAPÍTULO XIX

LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO
PRIVADO COLOMBIANO

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

	PÁG.
1. Agradecimiento y sumario esbozo del tema.....	597
2. Prolegómenos	601
3. Importancia, cometidos cardinales y ventajas de la transacción	602
4. Diferentes aproximaciones a la figura de la transacción: etimológica, corriente, normativa, jurisprudencial y doctrinal	611
5. Ubicación de la figura de la transacción en el ámbito de la codificación civil	617
6. Naturaleza jurídica de la transacción.....	620
A) ¿Es la transacción un contrato o una serie de negocios jurídicos uni- personales conexos o coligados?.....	621
B) ¿Es el contrato de transacción un modo de extinguir las obligacio- nes?.....	628
C) ¿Es la transacción un acto declarativo, dispositivo, traslativo o cons- titutivo?.....	630
D) ¿Es la transacción un título ejecutivo?	640
7. Perfeccionamiento y características generales de la transacción.....	641
8. Presupuestos genéticos y rasgos definitorios de la transacción.....	650
A) La incertidumbre en que, al comienzo, se hallan las partes	652
a) Teoría de la “res dubia”	654
b) Teoría de la “res litigiosa”	658
c) Un justo y plausible medio	659
B) Las concesiones recíprocas que realizan las partes “aliquid datum, aliquid retentum”	661
C) La intención o el “animus” extintivo.....	667
9. Efectos de la transacción	668
A) La discusión fundada en la naturaleza jurídica de la transacción ...	668
B) Efecto extintivo	669
C) En cuanto al efecto de cosa juzgada en última instancia.....	670
10. La interpretación del contrato de transacción. Su carácter restrictivo ...	676
11. Otros temas de interés referentes a la transacción.....	682
A) El principio de relatividad en el acuerdo transaccional (“res inter alios acta”).....	683
B) La invalidez e ineficacia del acuerdo transaccional	686
C) La inaplicación de la doctrina del “venire contra factum proprium non valet”. Efectos de cosa juzgada	694

	PÁG.
12. Reformas procesales a la transacción. Código General del Proceso	696
13. Recientes reformas a la normativa aplicable a la transacción en el ámbito iberoamericano (Código Civil y Comercial argentino).....	697
14. Normas del Proyecto de Código Civil Colombiano alusivas a la transacción	699
15. Bibliografía	700

CAPÍTULO XX

LA IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Enunciación general	705
2. Relación con los principios de responsabilidad civil contractual.....	706
3. La causa extraña	707
A) Que sea sobreviniente.....	713
B) Que sea externa al deudor	713
C) Que sea definitiva	714
D) Que sea absoluta.....	714
E) Que sea total	716
4. Imposibilidad de la ejecución.....	718
A) Imposibilidad objetiva.....	718
a) Obligaciones de dar y entregar	718
b) Obligaciones de hacer, distintas de entregar cosas	725
c) Obligaciones de no hacer.....	726
d) La teoría de los riesgos	726
B) Imposibilidad subjetiva	728
5. Prueba de la imposibilidad	730
6. Efectos de la imposibilidad	730
7. Conclusiones y propuestas de modernización.....	731
8. Bibliografía.....	733

CAPÍTULO XXI

MODOS INDIRECTOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

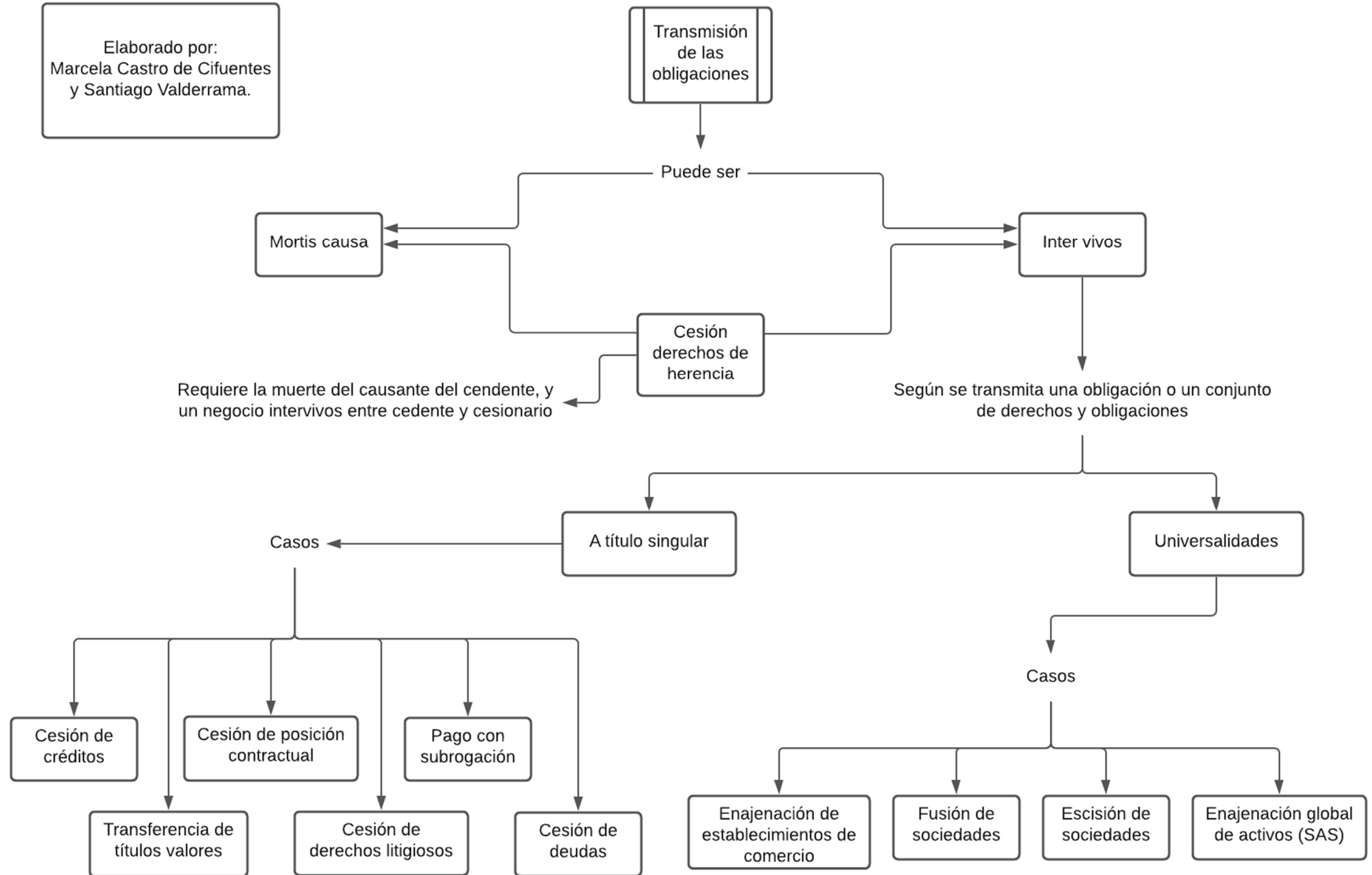
MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

DIEGO ROMERO CRUZ

1. Convención extintiva o mutuo disenso.....	738
A) Mutuo disenso expreso.....	739
B) Mutuo disenso tácito	739

	PÁG.
2. Revocación unilateral	741
3. Modos indirectos jurisdiccionales	742
A) La declaración judicial de nulidad	742
B) La rescisión por lesión enorme.....	744
C) La declaración judicial de simulación.....	745
D) La condición resolutoria.....	746
a) Condición resolutoria ordinaria	746
b) Condición resolutoria tácita.....	746
c) La condición resolutoria expresa (genérica) en los contratos bi- laterales	748
d) Pacto comisorio simple.....	749
e) Pacto comisorio calificado	749
4. El efecto retroactivo. Precisiones adicionales sobre la extinción de las obligaciones en los modos indirectos jurisdiccionales.....	751
A) El efecto retroactivo en la declaración de nulidad	751
B) Efecto retroactivo en la resolución por incumplimiento	754
5. Bibliografía.....	756
Índice de autores	759
Índice de disposiciones	763
Índice de materias	773

Elaborado por:
Marcela Castro de Cifuentes
y Santiago Valderrama.



CAPÍTULO I

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES. VISIÓN PANORÁMICA Y PLAN DE TRABAJO*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

Una vez formada, la relación obligatoria se radica en el patrimonio del deudor y en el del acreedor. Para el primero, la deuda forma parte del pasivo y se traduce en una prestación de dar, hacer o no hacer algo susceptible de valoración pecuniaria, y para el segundo, el crédito o derecho personal se integra a sus activos como facultad subjetiva de exigir tal prestación al deudor. El vínculo suele permanecer inmóvil en cabeza de los mismos sujetos desde su nacimiento y hasta su extinción, pero puede suceder que en virtud de un hecho o acto jurídico, durante la vida de la obligación, haya mutación en el titular del derecho crediticio o en la persona que tiene a su cargo la satisfacción del débito.

El cambio de las personas que se ubican en los extremos de la obligación sin que haya solución de continuidad en el vínculo mismo es lo que de manera genérica se estudia bajo el acápite de la “transmisión de las obligaciones” como su faceta dinámica. Siendo elementos del patrimonio, la posición activa y la pasiva son susceptibles de circular en el tráfico jurídico trasladándose de un sujeto a otro sin solución de continuidad y sin perder sus características originales. El movimiento de estos vínculos de un patrimonio a otro constituye un mecanismo de vital importancia para la protección del crédito (caso de la sucesión *mortis causa*) y para las necesidades del tráfico económico (negocios de transferencia por actos entre vivos).

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.539>.

** Abogada, Universidad de Los Andes. Master en Derecho Comparado, Universidad de Illinois como becaria Fulbright. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Profesora Titular de la misma Universidad, docente e investigadora en derecho civil y comercial. Ha sido Directora de la Revista de Derecho Privado y actualmente es Directora del Área de Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Autora de libros y artículos especializados en derecho privado. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. (Correo elec.: macastro@uniandes.edu.co).

El modo de transmisión por excelencia, aceptado desde el derecho civil romano, es la sucesión por causa de muerte en virtud de la cual no solo los derechos reales sino las deudas y los créditos de una persona natural que fallece no desaparecen sino que se trasladan a sus sucesores, salvo contadas excepciones establecidas legal o convencionalmente. Los herederos ocupan, para todos los efectos legales, la misma posición del causante, de manera que el vínculo obligatorio conserva todas sus prerrogativas y vicisitudes. En el *ius civile*, no era de recibo la sustitución de los extremos subjetivos de la obligación por negocios jurídicos distintos nacidos de la autonomía de la voluntad pues el vínculo era esencialmente personal: “[...] el derecho romano se caracterizó por el formal rechazo a la posibilidad de que alguno de los extremos humanos de la relación obligacional pudiera sustituirse, sin que se operara la extinción de la obligación y el nacimiento de una nueva”¹.

El Código Civil colombiano consagra, al lado de la transmisión universal *mortis causa*, unos pocos mecanismos para la transferencia de derechos entre vivos, a saber, la cesión de créditos, la subrogación personal y la transferencia de derechos litigiosos. En cambio, no prevé expresamente la posibilidad de ceder deudas a título singular, por lo que confiere a este negocio el tratamiento de una novación por cambio de deudor (delegación perfecta), produciendo la extinción de la primera obligación y el surgimiento de otra. Es decir, nuestro estatuto civil no formula reglas explícitas para la asunción de deudas por terceros no intervinientes en la relación original como fenómeno de transmisión sino que la encuadra como un modo de extinguir los vínculos jurídicos patrimoniales.

Por su parte, el derecho mercantil, atendiendo su función histórica de facilitar la circulación de la riqueza en condiciones de agilidad y seguridad, ha sido más creativo y audaz al permitir un repertorio importante de mecanismos que faciliten la transmisión de la posición activa o pasiva que las personas naturales y jurídicas tengan en una obligación. En este orden de ideas, nuestro estatuto comercial regula figuras no previstas por el derecho común: desde la cesión de posición contractual y la transferencia de títulos valores hasta negocios más complejos donde se transfieren universalidades, a saber, la enajenación de establecimientos de comercio, así como la fusión y escisión de sociedades.

Es del caso notar que el artículo 822 del Código de Comercio no incluyó el punto de la transmisión de las obligaciones entre aquellos que

¹ ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 281.

se enumeran para dar aplicación a los principios de derecho civil a los negocios jurídicos mercantiles, cuando la ley comercial no establece otra cosa. Esta norma, considerada la “piedra angular” de las obligaciones y los contratos en materia mercantil y que constituye un postulado hermenéutico de primer orden en nuestro derecho de los negocios, dispone: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa [...]”.

Esta omisión puede interpretarse como un divorcio entre el derecho civil y el comercial en torno a los dispositivos propios de la transferencia de los créditos y las deudas, al tener cada uno su campo propio de aplicación. La sucesión *mortis causa* es, sin duda, como lo ha expresado con acierto GARRIGUES, una materia intransferible del derecho común, que pertenece solo al campo de las relaciones patrimoniales de carácter civil.

Sin embargo, estimamos que tratándose de negocios entre vivos, la ausencia de mención de los principios relativos a la transmisión de las obligaciones en el citado artículo 822 no impide que el intérprete utilice la analogía para aplicar las reglas del derecho común de transmisión para negocios comerciales donde la ley especial no haya previsto cosa distinta: las de cesión ordinaria de créditos y de la subrogación cuando el *solvens* es una persona distinta del deudor, cuando se trate de negocios mercantiles² ni que sea improcedente la cesión de derechos litigiosos cuando las pretensiones tengan su origen en actos de naturaleza comercial. En sentido inverso cabe preguntarse si, por analogía, el régimen de la cesión de contratos previsto en la legislación comercial es de recibo en materia civil; el artículo 887 del Código de Comercio permite la sustitución contractual en los “contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva”.

En lo referente a la enajenación de establecimientos de comercio, sus reglas pertenecen de manera exclusiva al derecho comercial por ser una operación que recae sobre bienes que la ley cataloga como mercantiles y que no tienen paralelo en el mundo civil. Y en cuanto a las operaciones de fusión y escisión de sociedades, si bien se encuentran previstas en normas del Código de Comercio y leyes complementarias como la 222 de 1995 y sus destinatarias son, en principio, las sociedades comerciales,

² Véase, por ejemplo, el inciso final del art. 660 del C. de Co.: “El endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de la cesión ordinaria”.

tales mecanismos pueden aplicarse también a las compañías con objeto civil, puesto que el artículo 100 del Código de Comercio dispone que “[...] cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.

Los capítulos que siguen versarán sobre los mecanismos aludidos, iniciando con los conceptos fundamentales de la sucesión por causa de muerte, para examinar posteriormente los distintos modos de transmitir las obligaciones *inter vivos* que disciplina nuestro derecho privado. Se estudiarán desde los más tradicionales negocios civiles como la cesión singular de derechos personales, la subrogación en la posición de acreedor del tercero que paga³ —haciendo por supuesto referencia al problema de la asunción singular de deuda—. La cesión de derechos herenciales, aunque es indudablemente un acto jurídico traslativo de derechos patrimoniales entre vivos reglado por el Código Civil (arts. 1967-1968), se estudiará en el capítulo de la sucesión por causa de muerte, por tratarse de un negocio que recae sobre el derecho real de herencia.

Posteriormente, pasaremos a los mecanismos más recientes y complejos introducidos por la legislación mercantil para la cesión de posición contractual, terminando con una síntesis de los principios que rigen la enajenación de universalidades (establecimientos de comercio; fusión y escisión de sociedades)⁴.

La cesión de derechos litigiosos, prevista en el Código Civil, se examinará en la parte final del capítulo como un mecanismo aceptable tratándose de créditos inciertos derivados de relaciones jurídicas tanto civiles como mercantiles.

³ Aunque tradicionalmente en los tratados de obligaciones se estudia el pago con subrogación como una forma especial de “pago” como modo principal de extinguir las obligaciones, en la presente obra examinaremos esta subrogación en el capítulo de la transmisión de los vínculos obligatorios. El pago por una persona diferente del deudor, además de desinteresar al acreedor puede producir, en virtud de la ley o del negocio jurídico, el traspaso del crédito del acreedor original al tercero que ha fungido como *solvens*.

⁴ La transferencia de los títulos valores de tipo nominativo, a la orden y al portador se rige por normas especiales del Código de Comercio (C. C., art. 1966; C. de Co., arts. 619, 648-670). Los títulos a la orden son transferibles por endoso; los nominativos por la inscripción en el registro que lleva el creador de los mismos y la tradición de aquellos emitidos al portador se efectúa por la simple entrega. Este tema corresponde a los tratados sobre títulos valores y no se encuentra incluido en la presente obra.

CAPÍTULO II

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR CAUSA DE MUERTE: NOCIONES FUNDAMENTALES*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

LUIS CARLOS GAMBOA MORALES***

1. IMPORTANCIA DEL TEMA EN EL ESTUDIO DE LAS OBLIGACIONES

Dentro del plan de estudios del derecho de las obligaciones es indispensable hacer referencia a la transmisión de ellas cuando llega el fin de las personas naturales al acaecer su fallecimiento¹. Si bien el régimen especial de las sucesiones por causa de muerte —contenido en el Libro

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.540>.

** Abogada, Universidad de los Andes. Master en Derecho Comparado, Universidad de Illinois como Becaria Fulbright. Especialista en Derecho Financiero, Universidad de los Andes. Profesora Titular y docente del curso de Obligaciones de la misma Universidad. La autora agradece a Santiago Valderrama su apoyo como asistente de investigación. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

*** Abogado, Universidad de los Andes. Profesor de Obligaciones en la misma Universidad, Socio de Gamboa & Chalela. Abogados. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá

¹ De conformidad con el art. 73 del C. C., las personas se dividen entre naturales y jurídicas. Estas pueden ser corporaciones civiles, fundaciones de beneficencia pública (C. C., art. 633), sociedades comerciales, conocidas en el C. C. como ‘industriales’ (C. C., art. 635), y las personas jurídicas en las cuales participan entidades estatales o están formadas con recursos públicos. La existencia de las personas naturales termina con la muerte (C. C., art. 94). Esta puede ser real o presunta por desaparecimiento (C. C., arts. 96-97).

En contraste, el fin de las personas jurídicas ocurre con su disolución y la ulterior liquidación de su patrimonio (C. de Co., arts. 218-222 en lo que se refiere a las comerciales). La extinción de estas sucede luego de disponer el pago del pasivo —generalmente mediante la realización de sus activos—, el cobro de los créditos y el reembolso de los aportes a los asociados o su distribución de acuerdo con los estatutos (C. de Co., arts. 247-249). Las personas jurídicas no tienen, como las naturales, sucesores legales.

Tercero del Código Civil— y su problemática jurídica se abordan con profundidad por los autores especializados en la materia, resulta imperioso para un estudio de las obligaciones, conocer los principios que rigen este mecanismo particular de transmisión de los vínculos jurídicos patrimoniales que existen entre acreedor y deudor, nacidos de las distintas fuentes de la obligaciones.

Ocurrido el hecho jurídico de la muerte, surgen importantes efectos en derecho. Por un lado, desaparecen todos los derechos subjetivos de carácter extrapatrimonial por ser inherentes al sujeto y pertenecerle exclusivamente a él, los cuales, por la misma razón, no se transmiten a otras personas conocidas como sus causahabientes. Estos derechos están fuera del patrimonio económico de las personas, no son apreciables en dinero y en vida del titular, tienen las características que se resumen a continuación:

(i) Son inalienables: están fuera del comercio y no pueden ser objeto de negocios jurídicos de disposición ni de embargo;

(ii) Son irrenunciables: el derecho corresponde al titular por ministerio de la ley y este no puede abandonar su goce y ejercicio;

(iii) Son intransmisibles: no pueden cederse ni traspasarse a otras personas por actos entre vivos ni por causa de muerte;

(iv) Son imprescriptibles: no se ganan ni se pierden por el transcurso del tiempo o por no ejercitarse;

(v) Son intransigibles: como el titular no tiene la libre disposición de ellos y no pueden renunciarse, los derechos extrapatrimoniales no son materia transigible. Ello significa que no pueden ser objeto de acuerdos donde las partes, haciendo recíprocas concesiones, buscan de manera directa poner fin a una controversia.

Pertenecen a esta categoría extrapatrimonial, los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política y los derechos humanos.

Desaparecen también con la muerte los derechos políticos, los derivados de las relaciones de familia y los personalísimos, es decir, aquellos que siendo de contenido patrimonial, no pueden transmitirse *mortis causa* ni por actos *inter vivos*. En esta clase se encuentran los derechos reales de uso y habitación², los alimentos futuros³, los derechos del fideicomisario que fallece antes de que tenga lugar la restitución del bien fideicom-

² C. C., art. 878.

³ C. C., art. 424.

tido⁴, los derechos que surgen del pacto de retroventa⁵, aquellos que se han convenido en consideración de la persona y que se extinguen por su muerte, así como los que por acuerdo expreso de las partes terminan con el fallecimiento de una de ellas.

Por otro lado, con interés especial para el presente estudio, los elementos activos del patrimonio de quien fallece —los derechos reales y crediticios— así como los pasivos, no desaparecen ni se extinguen, sino que tienen vocación de transmitirse a sus sucesores. La transferencia de estos elementos del patrimonio por causa de muerte, consagrada en el sistema colombiano, ha sido mecanismo aceptado desde el derecho civil romano: “[...] como el heredero sucedía a la persona del difunto *in universum ius*, venía a considerarse como la continuación de aquella persona y se fijaban en él todas las relaciones jurídicas, así activas como pasivas, de que había sido sujeto el causante”⁶.

Dado que las situaciones y las relaciones jurídicas de orden patrimonial tienen la vocación de transmitirse a los sucesores, cuando una persona se obliga, estipula no solo para sí sino para sus herederos universales quienes no son, en sentido jurídico, terceros sino parte en los negocios respectivos. Como lo ha señalado POTHIER, “Del mismo modo que somos reputados como estipulando para nuestros herederos todo lo que nosotros estipulamos, de la misma manera nosotros somos reputados prometer por nuestros herederos, y obligarlos a todo lo que nosotros nos comprometemos, a menos de que lo que sea objeto de nuestra obligación sea un hecho que nos sea personal, o que hubiera una cláusula contraria a lo dicho”⁷.

Así lo ha reiterado nuestra Corte Suprema de Justicia al afirmar que “[...] quien contrata no solo lo hace para sí sino también para sus sucesores universales. Porque es verdad irrecusable que quien a este título obra, es el continuador del patrimonio del causante, se identifica con él, le recibe todos los elementos patrimoniales transmisibles, y en consecuencia se torna, incluso sin saberlo, en acreedor o deudor de las relaciones patrimoniales de aquel, salvo apenas algunas excepciones. Vistas desde este ángulo las cosas, entonces, los herederos a ese título no son literalmente

⁴ C. C., art. 821.

⁵ C. C., art. 1942.

⁶ CARLOS MEDELLÍN ALDANA, *et al.*, *Lecciones de derecho romano*, 14ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2000, pág. 188.

⁷ ROBERT JOSEPH POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, trad. de Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires, Heliasta, 2007, págs. 46-47.

terceros, desde luego que, sobrevenida la muerte del autor del contrato, inmediatamente ocupan allí su lugar [...]”⁸.

Como enseña CLARO SOLAR, “las obligaciones por regla general son también transmisibles. Si corresponden a gravámenes o derechos reales que afectan los bienes de la sucesión, los herederos o legatarios, sin excepción tienen que cumplirlas y respetar, en consecuencia, los derechos que los terceros o acreedores pueden ejercitar respecto de dichos bienes. Si son obligaciones personales del difunto, los herederos están obligados a solucionarlas, porque es entendido, que quien contrata lo hace por sí y por sus herederos”⁹.

De allí que resulte de trascendencia repasar el régimen legal de transmisión *mortis causa*, en el marco del derecho de las obligaciones, como un mecanismo particular para su transmisión.

2. EL PATRIMONIO: CONCEPTO ESENCIAL EN LA TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES “MORTIS CAUSA”

Para comprender la transmisión de las obligaciones por causa de muerte es indispensable subrayar la importante función que cumple el patrimonio. Desde el punto de vista jurídico, el patrimonio es un atributo de la personalidad que integran elementos apreciables pecuniariamente, a saber: derechos —reales y personales— por un lado, y obligaciones por el otro. Constituye “una masa móvil cuyo activo y pasivo no puede disociarse”¹⁰ y aunque permanece fijo como atributo del titular, su contenido es variable en razón de los hechos y actos jurídicos que ocurren durante la existencia de aquel.

Así las cosas, durante su vida, la persona puede realizar innumerables negocios jurídicos que repercuten directamente en el monto de sus activos y pasivos, ya sea aumentándolos o reduciéndolos, según sea el caso. Por ejemplo, habrá incremento en los activos cuando el titular recibe bienes por concepto de una herencia o legado; en cambio habrá disminución de ellos cuando realiza actos dispositivos a título gratuito. Por el lado de los

⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 enero 2006, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. exp. 1995-29402-02.

⁹ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo XIII, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1940, pág. 14.

¹⁰ ALBERTO TAMAYO LOMBANA, *Manual de las sucesiones mortis causa*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2008, pág. 17.

pasivos, serán mayores cuando en virtud de sus actividades, el interesado aumenta su nivel de endeudamiento, y descenderá su monto cuando realiza abonos o liquida totalmente una deuda por pago o mediante alguno de los modos de extinguir las obligaciones. En suma, la persona siempre tendrá un patrimonio (atributo de personalidad); lo que puede variar es su contenido y su valoración pecuniaria.

El patrimonio tiene el carácter de universalidad jurídica cuya función se encuentra prevista especialmente por la ley. Por un lado, sirve de prenda general de los acreedores, conforme lo indica el artículo 2488 del Código Civil; y por otro, tiene vocación para transmitirse como un todo a los herederos tras la muerte del titular. Como lo señala LAFONT, toda persona ha de tener durante su vida un patrimonio, y todo difunto ha de dejar alguna herencia¹¹.

Además de que el patrimonio es un atributo inseparable de la personalidad humana, el patrimonio constituye una unidad. Lo anterior no se opone a que “diversas masas de bienes obedezcan a estatutos propios, en ciertos casos, y para satisfacer determinadas necesidades jurídicas”. En tales casos, como recuerda CARRIZOSA PARDO “ficticia pero no realmente, se forman masas de bienes separadas”¹², como es el caso del establecimiento de comercio que se conforma por una pluralidad de bienes dispuestos por el empresario con una finalidad específica: la explotación como unidad económica para lograr los fines de la empresa (C. de Co., arts. 515 y ss.).

De acuerdo con la teoría civilista clásica, a cada sujeto de derecho le corresponde un patrimonio y solo uno. Aunque esta premisa mantiene su vigencia particularmente en materia de sucesión por causa de muerte, el derecho contemporáneo concibe figuras que la alteran parcialmente con el objeto de facilitar la realización de determinados negocios. Así, en la fiducia mercantil se constituye un patrimonio autónomo cuyo titular es un fiduciario para los efectos de perseguir el objeto previsto en el negocio constitutivo. Este patrimonio autónomo es distinto al patrimonio propio del fiduciario (C. de Co., art. 1227), como también lo es de fideicomisos diferentes constituidos por otras personas (C. de Co., arts. 1226-1244).

Así mismo, la empresa unipersonal refleja esta tendencia, con miras a la limitación de responsabilidad del empresario (ley 222 de 1995, arts.

¹¹ PEDRO LAFONT PIANETTA, *Derecho de sucesiones. Parte general y sucesión intestada*, tomo I, 10ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2017, pág. 165).

¹² HERNANDO CARRIZOSA PARDO, *Las sucesiones*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Lerner, 1959, pág. 10.

71 y ss.). Otro ejemplo de lo anterior es la regulación de los efectos producidos por la aceptación de la herencia con beneficio de inventario (C. C., arts. 1316 y 1728) y los generados por el beneficio de separación (C. C., art. 1435), a los que se hará referencia más adelante.

La Corte Constitucional ha ido más allá al afirmar que “el patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar”¹³.

Para CARRIZOSA PARDO, dicha universalidad “[e]s un atributo inseparable de la personalidad humana de que el hombre no puede ser despojado mientras viva, como reflejo que es de su propia persona. Y como el vivo siempre está compenetrado con esa universalidad jurídica, sin que pueda ser desposeído de ella por otros, y sin que pueda tampoco, por acto voluntario suyo, de tal universalidad apartarse, no se concibe la acción reivindicatoria del patrimonio de un vivo; solo el patrimonio de un muerto puede ser reclamado por sus herederos, si alguien, usurpando sus derechos, indebidamente lo ha ocupado. Esta acción de los herederos es la que se llama petición de herencia”¹⁴.

3. CONCEPTO DE SUCESIÓN “MORTIS CAUSA”

La sucesión *mortis causa* consiste, entonces, en el fenómeno jurídico por medio del cual se transmite el patrimonio de una persona difunta a otra u otras personas vivas. La ley civil considera que constituye un modo de adquirir el dominio (C. C., art. 673), aunque el efecto es mucho

¹³ C. Const., sent. T-537 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

En otra sentencia, con referencia al patrimonio, la Corte sostuvo: “Las principales características del patrimonio son entre otras, que solo las personas (naturales o jurídicas) son titulares de él; toda persona posee un patrimonio, así este solo esté conformado por deudas, pues la mayor o menor cantidad de bienes no significa que una persona tenga varios patrimonios; no es transmisible sino por causa de muerte ya que nadie en vida puede transferir la totalidad de los bienes que lo conforman. Se dice entonces, que el patrimonio es personalísimo, inagotable, indivisible e inalienable, pero sí puede ser objeto de embargo y de expropiación en lo que se refiere a la tenencia de bienes materiales por razones de utilidad pública o de interés social” (sent. T-553 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara).

¹⁴ CARRIZOSA PARDO, *Las sucesiones*, op. cit., pág. 9.

más amplio porque el heredero o causahabiente adquiere la universalidad jurídica del patrimonio del difunto¹⁵. El bloque de activos y pasivos que existen en cabeza del *de cuius* al momento de su muerte, se traslada intacto a los herederos (causahabientes). La ley “para regir la sucesión por causa de muerte, atiende al conjunto de todos los derechos del difunto, comprendiendo todo su activo y su pasivo porque orienta su criterio la unidad del patrimonio”¹⁶.

Por lo tanto, en razón del fallecimiento del causante, los herederos adquieren la universalidad jurídica que constituye el patrimonio de aquel. El dominio singular sobre los bienes y haberes que integran el patrimonio del causante tan solo lo adquirirán cuando les sean adjudicados en la partición o división de los bienes del patrimonio del causante.

Para que opere la sucesión *mortis causa* “es imprescindible la defunción y consiguiente extinción de la personalidad jurídica de un sujeto, a la par que la existencia de otras personas con vocación para sucederle, y un conjunto de derechos y obligaciones de carácter económico en cabeza del extinto que, al quedar sin titular, deban ser objeto de la transmisión hereditaria”¹⁷. En el derecho colombiano, dicha sucesión puede ocurrir a título universal o a título singular. En el primer caso, unas personas —llamados herederos— son continuadores de las relaciones jurídicas del causante, ora en todos sus derechos y obligaciones transmisibles —todo el patrimonio— o en una cuota de él. En el segundo, el sujeto —llamado legatario— sucede al difunto, en razón de la muerte, en uno o más derechos determinados (C. C., art. 1008).

De otra parte, la sucesión puede ser testamentaria o intestada o *ab intestato*, si ocurre en virtud de un testamento o en virtud de la ley, respectivamente (C. C., art. 1009), es decir si la designación de los herederos o legatarios, proviene de la voluntad del causante, o son señalados por la ley.

La transmisión universal, a su turno, puede tener lugar en una sucesión testada o en una intestada, mientras que la singular solo acaece en razón de estipulaciones del testador. Tal clasificación, recogida en el artículo 1011 del Código Civil, da origen y explica el alcance de las expresiones ‘heredero’ y ‘legatario’ y sus diferencias. “El código llama ‘heredero’ al asignatario universal, sucesor del *de cuius* en todo su patrimonio, o en

¹⁵ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁶ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 10.

¹⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2006, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 68001-31-10-006-2000-00578-01.

una cuota del patrimonio, y ya derive su vocación del testamento o de la ley, y llama ‘legatario’ al asignatario a título particular, sucesor en bienes determinados, que siempre deriva su vocación del testamento”¹⁸. Se sigue de lo anterior que el heredero o asignatario universal, lo puede ser en virtud del testamento o de la ley, y apunta a la transmisión de la totalidad o de una cuota de la universalidad jurídica que se denomina patrimonio. El legatario, por su parte, únicamente podrá obtener la transmisión de unos bienes determinados.

Son entonces determinadas por la ley las condiciones necesarias para que se produzca la transmisión de derechos y obligaciones por causa de muerte. Dentro de los principios que rigen en esta materia, debe considerarse de manera importante la ineficacia de los pactos sobre sucesión futura; la ley condena con nulidad absoluta los actos onerosos o gratuitos que tengan como objeto el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva (C. C., art. 1520), norma sobre la cual se volverá más adelante.

Pasamos entonces a examinar los conceptos fundamentales que se involucran en este importante mecanismo de transmisión de las obligaciones.

4. EL DERECHO DE HERENCIA

A) *Concepto*

La palabra herencia tiene dos acepciones fundamentales. La primera de ellas alude a la masa herencial o por distribuir, y la otra, a un derecho real, es decir, aquel que se tiene sobre una cosa sin consideración a determina persona tal y como lo define el artículo 665 del Código Civil. Así, “[...] la palabra herencia considerada subjetivamente, representa el acto de heredar y equivale a ‘sucesión’¹⁹; y considerada objetivamente representa la universalidad del patrimonio o conjunto de derechos o relaciones patrimoniales que constituyen su objeto”²⁰.

¹⁸ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁹ En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “si la sucesión *mortis causa* es el fenómeno por medio del cual se sustituye al causante a título universal o singular en un conjunto de relaciones patrimoniales de distinta índole que se denomina herencia, relaciones en las cuales, no obstante el cambio de titular se mantiene su continuidad, es claro que por derechos sucesorales debe entenderse los que de manera concreta conciernen con esa aptitud para sustituir al *de cuius*”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 mayo 1996, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 4479.

²⁰ CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo XIII, *op. cit.*, págs. 19.

La herencia es una universalidad jurídica, “un derecho que comprende el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, que recaen sobre las cosas materiales o inmateriales que constitúan el patrimonio objeto de la sucesión”²¹. Se encuentra integrada por el bloque de activos y pasivos que queda tras la muerte de una persona y mantiene dicha condición mientras no se adjudiquen definitivamente los bienes y deudas a los causahabientes conforme a las reglas legales o las disposiciones testamentarias.

Por ello, “[e]n el interregno entre la delación y la partición, el heredero no goza de dominio singular en los bienes de la herencia”²². Se trata, por consiguiente, de una situación provisional que finaliza cuando los herederos consolidan en su propio patrimonio los derechos reales y personales, así como las deudas que pertenecían al causante. La comunidad herencial está destinada a disolverse para ser sustituida por los bienes singulares y concretos que le correspondan a cada uno de sus titulares puesto que los coasignatarios no están obligados a permanecer en la indivisión (C. C., art. 1374)²³.

Para la Corte Suprema de Justicia la herencia es “una comunidad *sui generis* sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de este por conducto de los herederos que hayan aceptado a título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias”²⁴.

Desde la perspectiva procedimental, la misma autoridad judicial ha explicado, con razón, que la sucesión ilíquida no es un ente moral o jurídico con capacidad procesal con un interés distinto al de los herederos; como detrás de los bienes relictos se puede percibir a los herederos, como personas físicas, se ha sostenido que, cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión, el extremo procesal —pasivo o activo respectivamente— lo constituye quienes tienen esa calidad²⁵.

²¹ *Ibid.*, pág. 20.

²² CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 23.

²³ LAFONT PIANETTA. *op. cit.*, págs. 178-179.

²⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 1939, M. P. Arturo Tapias Pilonieta., “G. J.”, tomo XLVIII, págs. 463-470. Citada también en sent. de 19 junio 1950, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, tomo LXVII, págs. 396-399.

²⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 julio 2009, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. C-0500131100112004-00787-01. Sobre el tema véase también la sent. de 5 diciembre 2008, M. P. William Namen Vargas, ref.: 11001-0203-000-2005-00008-00.

En cuanto al derecho de herencia, en línea con lo dispuesto por el artículo 665 del Código Civil, la Sala de Casación Civil lo ha definido como “un derecho real sobre una universalidad de bienes, con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes de los que constituyen la comunidad universal llamada herencia”²⁶.

Como derecho real es oponible *erga omnes* y se protege con acciones reales como la petición de herencia (C. C., art. 1321). Del artículo 665 del Código Civil se desprende que, por tratarse de un derecho real, el derecho de herencia corresponde a las facultades que ostenta el heredero respecto de esa universalidad jurídica que es el patrimonio del causante, el cual se adquiere por la muerte de una persona. Por corresponder a un derecho que tiene un sujeto sobre una cosa, es oponible a “todo el mundo” o *erga omnes*. Como lo recuerda CARRIZOSA PARDO: “La Corte Suprema de Justicia ha dicho: «Por la muerte de un individuo el heredero adquiere *per universitatem* el dominio de los bienes de la sucesión, pero no el dominio singular respecto de cada uno de ellos»”²⁷.

En este orden de ideas, “el derecho de herencia establece relación directa entre el nuevo titular y el patrimonio hereditario”²⁸, pero “el heredero o herederos no adquieren en su cabeza, por el solo hecho de la muerte del causante los derechos singulares que este concretamente tuviera sobre los bienes relictos, sino [...] un derecho real distinto cuyo objeto es la universalidad jurídica o patrimonio de aquel”²⁹.

B) *Derechos transmisibles por causa de muerte*

Los derechos susceptibles de transmisión por causa de muerte son aquellos que se integran en una unidad, formando la universalidad jurídica denominada herencia³⁰. En términos generales, los derechos subjetivos patrimoniales tienen la cualidad de ser transmisibles y se clasifican en cuatro grupos:

²⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1940, M. P. Daniel Anzola, “G. J.”, tomo XLIX, págs. 817-822.

²⁷ CARRIZOSA PARDO, *ob. cit.*, pág. 23.

²⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1955. M. P. José Hernández Arbeláez, “G. J.”, tomo LXXXI, págs. 192-199.

²⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 enero 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández, “G. J.”, tomo CXXXIII, págs. 29-42.

³⁰ ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, tomo VI, Sucesiones”, 7ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1988, pág. 9.

a) *Reales*. Los derechos *reales* son aquellos poderes que ostenta una persona —titular del derecho real— sobre uno o más bienes. Estos derechos, según lo dispone el artículo 665 del Código Civil, se tienen sobre una cosa sin que puedan vincularse o asociarse con una determinada persona —sin respecto a determinada persona, dice la ley—, y se hallan consagrados por la ley de manera taxativa (*numerus clausus*). Los derechos reales confieren al titular los derechos de preferencia y de persecución y de ellos nacen las acciones reales³¹.

Tienen carácter principal los derechos reales de propiedad, usufructo, servidumbre activa, así como los derechos de uso y habitación y, en todos ellos, el titular ejerce un poder directo sobre la cosa, que se manifiesta en facultades más o menos amplias, según el derecho del que se trate³². Llamamos la atención que en la lista de derechos reales que consagra el artículo 665 del Código Civil, se encuentra el de herencia, esto es, como ya se dijo, el derecho que ata a los causahabientes con la universalidad jurídica denominada patrimonio, derecho real que también podrá ser transferido *mortis causa* y explica la figura de la transmisión hereditaria, y puede ser cedido, mediante acto entre vivos, fenómenos a los cuales se hará referencia más adelante.

Son transmisibles también los derechos reales accesorios o de garantía, es decir, aquellos que se constituyen para la seguridad de una obligación principal y confieren al titular atribuciones mediatas sobre el bien hipotecado (inmueble), o pignorado (mueble), o afecto al pago de una obligación mediante una garantía mobiliaria de las que trata la ley 1676 de 2013. Los bienes gravados, por regla general, podrán subastarse judicialmente a solicitud del acreedor hipotecario o prendario, según sea el caso, si el deudor no satisface la prestación convenida, con la salvedad prevista en el artículo 60 de la mencionada ley 1676 que permite la satisfacción del crédito directamente con el bien gravado con una garantía mobiliaria.

³¹ Persecución: el bien puede perseguirse por el titular del derecho, en manos de quien esté.

Preferencia: el producto de la venta del bien se aplica de manera preferente al pago de la obligación insoluta que se encuentra garantizada. Si concurren varios acreedores, el acreedor hipotecario o prendario tiene derecho a que se le pague antes que a otros deudores que no tengan privilegios legales o preferencias.

³² Por ejemplo, el propietario tiene las más amplias facultades de usar, aprovechar los frutos de la cosa y disponer de ella, al paso que el uso confiere al titular la posibilidad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa y en la habitación, se goza de la utilidad de morar en una casa.

Sin embargo, los derechos reales cuya duración se encuentra condicionada a la vida del causante, como el usufructo (C. C., art. 832) o el de uso o habitación (C. C., art. 878), se encuentran exceptuados de este grupo de derechos susceptibles de transmisión.

b) *Personales o de crédito*. Son los *derechos* que tienen los acreedores para exigir las prestaciones patrimoniales —de dar, hacer o no hacer— a sus respectivos deudores en aquellos vínculos obligatorios en los que el causante era sujeto activo a su muerte. Por ser transmisibles los derechos crediticios, los sucesores sustituyen al acreedor fallecido y pasan a ser acreedores de los deudores que tuviera el causante al momento de morir. De igual forma, los herederos deberán pagar las deudas que tuviere el causante.

c) *Inmateriales*. En esta categoría se encuentran los derivados de la propiedad intelectual, a saber, los derechos de autor y la propiedad industrial. Los primeros corresponden a los creadores de obras fruto del talento humano, en el campo artístico o intelectual (pintura, escultura, literatura, música, para citar solo unos ejemplos). El disfrute del derecho en su contenido económico mediante el aprovechamiento de la obra y la prerrogativa de evitar que otros lo hagan sin autorización es transmisible a los herederos. Sin embargo, el denominado derecho moral de autor, referente a la autoría o paternidad de la obra es intransmisible, por ser extrapatrimonial y personalísimo.

En el campo de la propiedad industrial, se protegen los signos distintivos que se emplean en una actividad económica para identificar al empresario (nombres comerciales), sus establecimientos (enseñas), sus productos y servicios (marcas). Este tipo especial de propiedad comprende también la protección temporal de invenciones a través de las patentes de invención, las de modelos de utilidad, los diseños industriales o los secretos empresariales, que facultan al titular su explotación exclusiva. Estos derechos inmateriales, cuando pertenecen a personas naturales, pasan a los causahabientes a la muerte de aquellas.

d) *Universales*. Son los que recaen sobre ciertas universalidades jurídicas y son igualmente transmisibles por causa de muerte. Es el caso del propio derecho de herencia, enumerado como derecho real en el artículo 665 del Código Civil, cuyo objeto especial es la masa patrimonial de otra persona difunta como totalidad o una cuota de ella, la que es objeto de transmisión a los herederos de conformidad con lo previsto en el artículo 1014 del Código Civil, fenómeno conocido como “transmisión” sobre el cual se volverá más adelante.

Además de los anteriores, pueden transferirse a los sucesores:

a) *Los derechos en formación*: aquellos en los cuales, habiéndose cumplido algunos supuestos para su nacimiento, el potencial titular muere sin que el derecho se haya consolidado en el patrimonio. Los causahabientes, como continuadores del *de cuius*, pueden cumplir los supuestos que hagan falta para la formación del derecho (por ejemplo, los derechos derivados de la promesa de contrato, de la opción o la preferencia);

b) *Los derivados de la posesión*: cuando muere el poseedor, transmite a sus sucesores el derecho a continuar ostentando la cosa con ánimo de señor y dueño, y a ganar el dominio por usucapión o prescripción adquisitiva. Los herederos pueden comenzar una nueva posesión o añadir a su posesión la de su causante tal como se desprende de los artículos 778 y 2521 del Código Civil, y

c) *El derecho de accionar*: La facultad de pedir a los jueces la ejecución de una obligación o la definición de una situación incierta de carácter patrimonial a través de los procesos declarativos es transmisible *mortis causa*. En consecuencia, todas las acciones de contenido patrimonial se transmiten a los herederos, con excepción del derecho que nace del pacto de retroventa (C. C., art. 1942). A título ilustrativo mencionamos la acción ejecutiva, la reivindicatoria, la de responsabilidad civil, la de nulidad, la resolutoria, la rescisoria por lesión enorme, la pauliana, la de simulación, o la de pago por consignación. Del mismo modo, se transfiere la facultad de oponer defensas legales para la tutela de los derechos, tanto en sede judicial mediante las excepciones procesales, como extrajudicialmente como ocurre con el derecho de retención que cabe en ciertos casos.

C) *Derechos no transmisibles por causa de muerte*

Como se señaló anteriormente, existen atribuciones y facultades jurídicas que son inherentes a la persona, por lo cual no se traspasan a nadie, sino que terminan con la muerte de su titular (personas físicas). La Corte Suprema ha señalado que “así como hay derechos esencialmente personales, que no pueden transmitirse a los herederos, porque muerto el sujeto investido de ellos no pueden subsistir, tales como el derecho de goce que el padre de familia tiene sobre los bienes del hijo no emancipado; el usufructo no convencional; el derecho de uso y habitación; las acreencias y deudas alimenticias y otros varios, así también existen condiciones legales, positivas unas, como las calidades jurídicas de marido, esposa,

hijo, tutor, etc., y negativas otras, como las relativas a la incapacidades legales, que son intransmisibles a los herederos”³³.

En este sentido, no son trasmisibles³⁴:

a) Los derechos extrapatrimoniales³⁵, dentro de los que se encuentran los derechos de la personalidad, los cuales, al ser inherentes a la persona humana no pueden separarse de ella y los derechos familiares, que se extinguen de igual manera con la muerte;

b) Los derechos políticos, como el derecho al voto y a ser elegido, así como los derechos de participación ciudadana;

c) Los derechos patrimoniales de carácter personalísimo como el de uso, usufructo y habitación, los que tienen carácter *intuitu personae* y aquellos cuya duración, por convención, se limitan a la vida del titular; y

d) Las acciones que se relacionan con el estado civil de las personas, salvo la acción de investigación de la paternidad natural (ley 75 de 1968, art. 10).

³³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 noviembre 1927, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, tomo XXXV, págs. 52-58.

³⁴ Para una enumeración completa y una explicación amplia de los derechos de contenido patrimonial, que son intransmisibles, véase LAFONT, *op. cit.*, págs. 165-167. Entre ellos: el derecho que tiene el fideicomisario al fideicomiso, cuando su fallecimiento ocurre antes de la restitución; el derecho que tiene un donatario a aceptar o no la donación, cuando su muerte ocurre antes de su manifestación; la acción revocatoria de una donación por causa de ingratitud excepto cuando la acción ya había sido intentada judicialmente durante su vida y cuando el hecho ofensivo haya ocasionado la muerte del donante o ejecutándose después de ella; el estatus de socio de una sociedad que se disuelve con la muerte de aquél; la relación contractual del mandato, salvo cuando el contrato está destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante; la relación contractual del comodato y los derechos del comodatario, salvo que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse; la relación contractual del depósito, salvo que se trate de un depósito especial que no pueda diferirse o suspenderse; la relación contractual de la renta vitalicia y, por ende, el derecho de goce, salvo cuando el tercero de cuya existencia pende la duración de la renta, sobrevive a la persona que debe gozarla.

³⁵ Si bien la indemnización de los perjuicios morales persigue el resarcimiento de la lesión causada a bienes extrapatrimoniales, la jurisprudencia contencioso administrativa ha considerado que el derecho a reclamar tal compensación tiene carácter patrimonial y por tanto, la persona legitimada para pedirlos en juicio transmite ese derecho a sus herederos. C. de E., Sala de lo Contencioso-Administrativo, sent. de 26 abril 2006, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 14908, y sent. de 26 marzo 2008, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 16403.

D) *La adquisición del derecho real de herencia*

El derecho real de herencia puede adquirirse por tres modos:

a) *Por sucesión por causa de muerte* (C. C. art., 1008 y ss.). La *sucesión* por causa de muerte se origina por el fallecimiento del causante. Dado que la sucesión del causante se abre en el momento de su muerte (C. C., art. 1012), fenómeno que anticipamos es distinto de la apertura del proceso de sucesión así en muchos casos tiende a confundirse, en dicho momento y en razón de ella, el heredero adquiere, *ipso jure*, el derecho real de herencia. Sin embargo, el causahabiente debe aceptar o rechazar el derecho de herencia que ya adquirió. Más adelante se encontrará una explicación del fenómeno conocido como apertura de la sucesión³⁶.

b) *Por la tradición o cesión de derechos hereditarios* (C. C., arts. 1967 y 1968). Es la enajenación hecha por el heredero a un tercero de los derechos hereditarios que adquirió debido a la muerte del causante. El objeto del acto de disposición es la atribución patrimonial que, a título testamentario o *ab intestato*, ha de corresponderle al cedente de los bienes relictos, y no la calidad personal de heredero, pues esta es intransmisible³⁷.

c) *Por prescripción extraordinaria* (C. C., arts. 2518 y 2533, num. 1). Por tratarse de un derecho real y en los términos del inciso 2º del artículo 2518 del Código Civil, el falso o pseudo heredero que ha ocupado o poseído la herencia durante cierto periodo de tiempo, llega a adquirir este derecho.

E) *Cesión del derecho de herencia*

a) *Concepto*. La cesión del derecho real de herencia es la enajenación efectuada por el heredero del derecho hereditario adquirido por él con ocasión de la muerte del causante y vinculado al patrimonio del *de cuius*. La cesión del derecho real de herencia no es un contrato; es un efecto jurídico que se surte mediante la celebración de un contrato traslativo del derecho, como una venta, permuta, una donación, etc.³⁸. En virtud de la cesión del derecho real de herencia, se transfiere el derecho que,

³⁶ EUSTORGIO MARIANO AGUADO MONTAÑO, *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Leyer, 2002, pág. 45.

³⁷ GUILLERMO CARDONA HERNÁNDEZ, *Tratado de sucesiones*, Pereira, Ediciones Abogados Librería, 1992, pág. 35.

³⁸ CARDONA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 35.

en razón del fallecimiento del causante y, por ende, de la apertura de la sucesión, se ha radicado en cabeza del heredero.

Aunque recae sobre la porción hereditaria que puede caber a una persona en la sucesión de otra, la cesión de herencia es un acto entre vivos, en el cual interviene un heredero como cedente o enajenante del derecho y un tercero como cesionario o adquirente. Es fundamental precisar que lo que es objeto del acto de disposición es la atribución patrimonial que, a título testamentario o *ab intestato*, ha de corresponderle al cedente de los bienes relictos, no la calidad personal del heredero dado que esta es intransferible³⁹. Como señala GÓMEZ ESTRADA, “cuando se habla de cesión del derecho de herencia, ha de entenderse siempre que lo que es objeto del acto de disposición respectivo es la atribución patrimonial que, a título testamentario o por llamamiento de la ley, haya de corresponderle al cedente en los bienes dejados por el causante. Es decir, que la condición misma de heredero, que es personal e intransferible, no queda comprendida por la cesión”⁴⁰.

Por tanto, los requisitos para la cesión del derecho de herencia son:

(i) La enajenación del derecho debe efectuarse una vez fallecido el causante. La cesión anterior a la muerte del causante es jurídicamente imposible, ya que la ley sanciona con nulidad absoluta por objeto ilícito los pactos sobre sucesión futura (C. C., art. 1520)⁴¹.

(ii) La cesión de derechos hereditarios supone la existencia de un título traslativo de dominio. El contrato que se celebre, mediante el cual se haga la cesión del derecho de herencia, tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1857 del Código Civil, debe hacerse por escritura pública, pues es un acto solemne.

(iii) La doctrina ha señalado que solo deben cederse bienes indeterminados, ya que los derechos del heredero no están vinculados a un bien específico de la herencia, por lo cual, la cesión del derecho de herencia se refiere a la cuota o parte proporcional que el derecho hereditario cedido representa dentro de esa universalidad. No obstante, nada impide que un heredero por medio del contrato de compraventa, por ejemplo, ceda su derecho de herencia vinculado a un bien inmueble del patrimonio herencial⁴², que es una situación diferente a la venta de un inmueble.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *Los principales contratos civiles*, Bogotá, Editorial Temis, pág. 174.

⁴¹ AGUADO MONTAÑO, *op. cit.*, pág. 48.

⁴² Sin embargo, en esta hipótesis la Corte ha señalado que “el cesionario no adquiere de inmediato el dominio en esa forma singularizado, pero tiene la capacidad plena para

b) *Efectos de la cesión del derecho de herencia*. El principal efecto de la cesión de derechos herenciales es que el cesionario ocupa el lugar del cedente en la relación sustancial hereditaria, pero no adquiere la calidad de heredero⁴³. Por lo tanto, el cesionario puede solicitar la posesión efectiva de la herencia, intervenir en la administración de los bienes relictos, solicitar la apertura de la sucesión, intervenir en la partición de los bienes y que se le adjudiquen los que le correspondan en el acervo líquido en proporción al derecho herencial cedido etc. Además debe responder de las cargas que corresponderían al heredero. “En términos generales puede afirmarse que está legitimado para intervenir en todos aquellos asuntos que puedan afectar el acervo patrimonial del causante. Sin embargo, no puede sostenerse que también esté legitimado para intervenir en representación de la persona del difunto en aquellos que suponen la intransferible calidad de heredero”⁴⁴.

En fin, a partir de la cesión, el cesionario recibirá las mismas consecuencias patrimoniales que hubiese tenido el heredero cedente.

c) *Responsabilidad del cedente*. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “el derecho de herencia, como todo derecho patrimonial, es cesible a cualquier título, pero con resultados y consecuencias diferentes

intervenir en la liquidación de la herencia, en defensa del interés que le permita alcanzar que se le adjudiquen aquellas cosas a que se dijo estar vinculado el derecho hereditario. Y tiene el cesionario, por encima de todo, el derecho perfecto a que su cedente le respete y resguarde la titularidad que él mismo le ha dado. Es para el cesionario una capacidad de actuar en defensa de sus intereses conforme a derecho, aunque en definitiva no haya de lograr que la adjudicación sobrevenga, como sería, v. gr., en el caso muy claro de que el pasivo absorba en su integridad el activo hereditario”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1955, M. P. José Hernández Arbeláez, “G. J.”, tomo LXXXI, págs. 192-199.

⁴³ “En efecto, por mandato del artículo 1155 del Código Civil, los asignatarios a título universal, sean llamados por el total o una cuota de la universalidad, son herederos y como tales ‘representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles’, siendo lógico que tal representación corresponda al heredero y no al cesionario dada la circunstancia que este es causahabiente del cedente y no del causante”. “El *de cuius*, ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, es causante; quienes dependen directamente de él y lo heredan, son sus causahabientes. El causahabiente deriva su derecho rectamente del causante. De esta suerte, solo los herederos y los legatarios son causahabientes del *de cuius*”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 septiembre 1984, M. P. Horacio Montoya Gil, “G. J.”, tomo CLXXVI, págs. 270-279).

⁴⁴ *Ibid.*

según la manera de cederlo y según sea gratuita u onerosa la cesión, por lo que toca a la responsabilidad del cedente.

”La herencia puede cederse contractualmente como una universalidad comprensiva de especies determinadas, cuando el cedente especifica detalladamente los efectos de que se compone la herencia, lo cual equivale a ceder en forma determinada, los bienes que se enumeran con todas las consecuencias que a un acto semejante señalan las reglas generales, tales como responder de la entrega de cada una de las cosas y de salir a su saneamiento.

”Puede hacerse también la cesión del derecho de herencia sin especificar los efectos o bienes de que se compone, y entonces, si el título es gratuito el cedente no responde de nada, y si es oneroso, no se hace responsable sino de su calidad de heredero [...]”⁴⁵.

“La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (artículo 1967 C. C.), de manera que más allá de este elemento esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial definitivo de la cesión, pendiente, además, de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley, a la naturaleza del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1438 del C. C., en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra, y en los cuales, por esta circunstancia no procede la acción rescisoria por lesión enorme que implica la equivalencia obligatoria en las prestaciones de los contratantes”⁴⁶.

A pesar de lo anterior, es claro que “en la compraventa de derechos herenciales no puede descartarse de plano la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme bajo el pretexto de que tal contrato es aleatorio, ya que cuando el negocio se verifica después de practicada la diligencia de inventarios y avalúos, conociéndose así el monto del caudal hereditario,

⁴⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 1942, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, tomo LIII, págs. 111-116.

⁴⁶ *Ibid.* En efecto, “la acción rescisoria de lesión enorme no es procedente en tratándose de contratos onerosos de cesión de derechos de herencia sin determinación de especie, porque estando en estos casos legalmente restringida la responsabilidad del cedente a su calidad de heredero, no podría deducirse acción por lesión del comprador [...]”. Sobre este particular, véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 noviembre 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 00684-01.

se sabe a ciencia cierta quiénes son los herederos del *de cuius*, la eventualidad o incertidumbre, que es nota consustancial del contrato aleatorio, queda completamente despejada y, por ende, la compraventa en esta circunstancia celebrada debe calificarse como contrato conmutativo”⁴⁷.

En resumen, “si por regla general la venta de derechos hereditarios sin determinación de especie, es contrato aleatorio, habrá casos en que ella tenga carácter conmutativo, siendo procedente entonces la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieren al tiempo del contrato más de la mitad de su justo precio”⁴⁸.

En conclusión, se trata de un negocio traslaticio especial en cuanto a su objeto y a sus efectos, en la medida en que se enajena el derecho real de herencia, quedando el adquirente o cesionario en el lugar del heredero cedente en lo que a derechos patrimoniales se refiere (activos y pasivos). La responsabilidad del cedente es más amplia cuando el negocio se celebra a título oneroso, es decir, en el evento en que el cesionario se obligue a pagar una contraprestación por el derecho que recibe. Por último, la cesión puede configurarse como negocio aleatorio, sin que haya determinación de los efectos que integran la herencia, caso en el cual el cesionario no tiene certeza de su contenido al momento de celebrar el acuerdo. Pero la cesión de herencia también puede celebrarse con posterioridad a la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión. En esta hipótesis, existe plena identificación de los activos y pasivos que la componen, por lo cual la cesión toma el carácter de contrato conmutativo con los efectos que corresponden en relación con el equilibrio financiero de la operación, para lo cual deben tenerse en cuenta los principios y requisitos que rigen la lesión enorme.

5. LA SUCESIÓN. ASPECTOS SUSTANCIALES

En esta sección presentaremos brevemente los principios y nociones que, de manera más relevante, permiten entender la transmisión de obligaciones por causa de muerte, para luego mencionar algunos aspectos básicos de naturaleza adjetiva que ilustran cómo opera dicho traspaso

⁴⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1967, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, tomo CXIX, págs. 27-35. Sobre la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme véase también la sent. de 23 abril 1981, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, tomo CLXVI, núm. 2407, págs. 408-420.

⁴⁸ *Ibid.*

a los herederos para radicarse en su patrimonio con carácter definitivo. Finalmente, aludiremos de manera breve a la liquidación del patrimonio herencial mediante juicio o ante notario.

A) *La apertura de la sucesión*

En primer lugar, debemos hacer referencia a un concepto básico en el régimen de las sucesiones y, por ende, en la transmisión de las obligaciones por causa de muerte: el de la apertura de la sucesión. Como lo recuerda CARRIZOSA PARDO “se llama apertura de la sucesión el hecho que marca la transmisión de un patrimonio por causa de muerte”⁴⁹. “Este hecho, según la ley, es la muerte de la persona de cuya sucesión se trata”⁵⁰. La apertura de la sucesión coincide entonces y por tanto, con el fallecimiento del individuo, momento en el cual el patrimonio queda sin titular, se extinguen todos los derechos intransmisibles y se fija el derecho de herencia en el patrimonio de los sucesores⁵¹.

Pero, además, con la apertura de la sucesión se generan otros efectos:

(i) se determina quiénes son los herederos y qué calidad tienen para heredar. Cuando son dos o más nace entre ellos la comunidad a título universal cuyo objeto es la herencia;

(ii) se puntualiza la ley que ha de regirla, que corresponde a la del domicilio en que se abre (C. C., art. 1012);

(iii) permite calificar la validez de las disposiciones testamentarias en cuestiones de fondo;

(iv) a partir de ella, pueden los herederos y quienes tengan interés en la herencia, solicitar la práctica de medidas preventivas y la guarda de los bienes del causante (C. G. P., arts. 476 y ss. y C. C., arts. 1279 y ss.)⁵²;

(v) la apertura de la sucesión da nacimiento a los derechos que la ley o el testamento les confiere a los herederos —legales o testamentarios— respecto del patrimonio del *de cuius* o herencia.

Como se observa, el concepto de apertura de la sucesión entraña significativos efectos. La regla según la cual la sucesión se abre por el simple hecho de la muerte se observa en el artículo 1012 del Código Civil. Dicho momento coincide, además, con el llamamiento que hace la ley a los

⁴⁹ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*

⁵⁰ CARDONA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 41.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 41.

⁵² *Ibid.*, pág. 42.

herederos para que acepten o repudien la herencia, fenómeno conocido como delación de la herencia (C. C., art. 1013) a la cual nos referiremos párrafos abajo.

Esta regla técnica debe diferenciarse claramente de lo que se entiende por apertura del proceso de sucesión, que consiste en una actuación procedimental por la cual los herederos, el cónyuge, el compañero permanente con sociedad patrimonial reconocida, los acreedores u otros interesados⁵³ solicitan al juez o al notario la iniciación del trámite encaminado a la partición y ulterior adjudicación de los derechos y obligaciones dejados por el *de cujus*.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “sucesión quiere decir tanto la transmisión de los bienes, derechos y cargas del difunto, en las personas de sus herederos, como también la universalidad o conjunto de dichos bienes que deja el difunto. Este último concepto lo toma el artículo 2324 del Código Civil al llamarla ‘herencia’, en la cual representan los herederos al causante en todos sus derechos y obligaciones”⁵⁴.

En esta medida, “la sucesión, al ser una masa de bienes que forman el activo y el pasivo del causante, no es una persona jurídica y, por lo mismo, no es propiamente el sujeto de los derechos y obligaciones, ni la entidad que pueda comparecer en juicio con capacidad para ser parte y litigar. Son los herederos los sujetos del derecho de herencia, radicado en su cabeza al morir el causante, los llamados a responder de las obligaciones dejadas por este, o a reclamar los derechos del patrimonio sucesoral del mismo”⁵⁵, tal y como se mencionó previamente.

B) *El causahabiente o asignatario*

El causahabiente es el beneficiario de la asignación que se le ha diferido en razón de la apertura de la sucesión. Las asignaciones por causa de muerte las efectúa la ley —en las sucesiones intestadas— o el testamento en las testadas (C. C., art. 1010).

De conformidad con el artículo 1008 del Código Civil, el asignatario puede serlo a título universal o a título singular. “Cuando el asignatario es

⁵³ C. G. P., art. 488 y C. C., art. 1312.

⁵⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 mayo 1925

⁵⁵ Véanse C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 1961, M. P. Arturo C. Posada, “G. J.”, tomo xcv, págs. 475-479; y Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp. 7935.

llamado a suceder en el todo, en una cuota parte, o en el remanente, su título es universal, porque su vocación hereditaria tiende, no a cosas singulares del activo, sino al conjunto de derechos y obligaciones que forman el patrimonio del difunto, es decir a la universalidad de la herencia; y cuando el asignatario es llamado a suceder en una o más especies o cuerpos ciertos, o en una o más especies indeterminadas de cierto género, su título es singular, precisamente porque el llamamiento solo le da derecho a esas precisas cosas o cantidades singularmente consideradas”⁵⁶. Como ya se señaló en aparte anterior, “quien sucede a título universal es heredero, y se llama legatario quien sucede a título singular”⁵⁷ (C. C., art. 1011).

En este punto debe precisarse que “el carácter de heredero de una persona se adquiere por la defunción del *de cujus*, que lo haya instituido como tal en su testamento, sin condición, o porque por los lazos de parentesco se halle en el caso de ser considerado como tal. Además de lo anterior se requiere, como ya se mencionó, la aceptación de este carácter (artículos 1289, 1290 y 1304 C. C.)”⁵⁸. No es suficiente, para adquirir la calidad de heredero, la existencia de lazos de parentesco o ser designado como tal en un testamento. “Además de esto se requiere de la clara e inequívoca voluntad del interesado de recoger la herencia, manifestada en forma expresa o tácita, según se tome el título de heredero o se ejecute un acto que suponga necesariamente la intención de aceptarla, cumplido lo cual no es dable rescindir esa manifestación, salvo fuerza, dolo o lesión grave (artículos 1289 y 1292 del Código Civil)”⁵⁹.

En otras palabras, “la calidad de heredero depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación. La primera surge de los vínculos de parentesco que ligan a la persona con el causante, si se trata de sucesión intestada, o de las disposiciones del testador, si de sucesión testada. La segunda es la clara e inequívoca manifestación de la voluntad del asignatario de recoger la herencia, que puede ser expresa o tácita, según que se tome el título de heredero o que se ejecute un acto que supone necesariamente su intención de aceptar”⁶⁰.

⁵⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 octubre 1977, M. P. Germán Giraldo Zuluaga, “G. J.”, tomo CLV, págs. 272-279.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1951, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, tomo LXX, págs. 370-379.

⁵⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 julio 2009, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. C-0500131100112004-00787-01.

⁶⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 1991, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, “G. J.”, tomo CCVIII, págs. 186-194.

C) *Requisitos para suceder*

Los artículos 1018 y 1019 del Código Civil establecen los requisitos necesarios que debe reunir una persona para ser heredero o legatario. Según estas disposiciones, para que tenga efecto la sucesión por causa de muerte, en relación con el causahabiente, se requiere ser capaz y no ser indigno:

(i) Es capaz, para efectos sucesorales, quien exista al tiempo de abrirse la sucesión. Respecto de este punto es de recordar que si bien, en los términos del artículo 90 del Código Civil, la existencia de toda persona natural “principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” siempre que haya sobrevivido a la separación “un momento siquiera” (inc. 2º del art. 90), los concebidos, que aún no han nacido, gozan de capacidad para efectos sucesorales en los términos de los artículos 91 y 93 del Código Civil según los cuales “la ley protege la vida del que está por nacer” y los derechos que se deferirían al concebido pero que aún no ha nacido “si hubiese nacido y viviese, estarán en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe”, caso en el cual el recién nacido entrará a gozar de tales derechos como si hubiese existido al momento en que se difirieron. Se trata de una típica condición suspensiva en los términos del artículo 1536 del Código Civil.

(ii) La indignidad es una sanción de carácter civil, impuesta al heredero culpable de haber inferido un agravio grave al *de cuius* o a su memoria. Estos agravios, por ser un castigo o pena civil, se encuentran expresamente establecidos en los artículos 1025 a 1029 del Código Civil⁶¹.

D) *La delación de la herencia. La aceptación de la herencia* (arts. 1282 a 1303 del C. C.)

Desde el momento en el que se abre la sucesión, el heredero o legatario es llamado a aceptar o repudiar la asignación que se le ha deferido, fenómeno que se conoce como *delación* de la herencia⁶². Como se explicó previamente, para que se produzca la sucesión *mortis causa* debe haber,

⁶¹ ROBERTO SUÁREZ FRANCO, *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2003, pág. 109.

⁶² “La delación es la designación de la persona a quien corresponde o que es favorecida con la asignación; es la oferta que se le hace de la asignación a que es llamada la persona al abrirse la sucesión con la muerte del *de cuius*” (CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 25).

por un lado, la apertura de la sucesión, la delación de la asignación (sea esta legal o testamentaria), y por otro, su aceptación⁶³.

Ocurrida la muerte del *de cuius*, tiene lugar la apertura de la sucesión, es decir, tiene lugar el nacimiento de los derechos que la ley confiere a los herederos o legatarios. Una de las consecuencias de la apertura de la sucesión, es la delación de la herencia que no es nada distinto que el llamado que hace la ley para que los asignatarios acepten o repudien la herencia (C. C., art. 1013). Es la oferta, como la define CLARO SOLAR, que la ley hace a los herederos o legatarios para que expresen su voluntad de aceptar o rechazar la herencia. La delación de la herencia coincide con la apertura de la sucesión como lo precisa el inciso 2º del artículo 1013 del Código Civil al indicar que “la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata”.

La aceptación de la asignación es requisito esencial para colocar al sucesor en condiciones suficientes para reclamar lo que le corresponde. No basta la muerte del causante ni que exista uno o más herederos. Es necesario que estos expresen la voluntad de serlo, mediante la aceptación de la herencia⁶⁴.

El heredero y el legatario gozan de la facultad de aceptar la herencia o legado, caso en el cual hace definitiva y concreta su condición, o de repudiarla, caso en el cual pierde para siempre su derecho. No puede aceptarse en forma parcial como lo enseña el artículo 1285 del Código Civil, ni someterse la aceptación a condición o plazo (C. C., art. 1284). Como lo recuerda CARRIZOSA PARDO: “[...] el asignatario adquiere su derecho hereditario desde que la asignación se defiere⁶⁵, [...] Pero estos hechos no son definitivos ni obligatorios; depende del asignatario confirmarlos definitivamente por un acto de su propia voluntad, aceptando la asignación, o rechazarlos para siempre, repudiándola. La opción del heredero es, pues, el derecho de aceptar o repudiar”⁶⁶.

En los términos del artículo 1296 del Código Civil, la aceptación de la herencia o su repudiación, tienen efectos retroactivos “al momento

⁶³ CLARO SOLAR señala que “aceptar o abrir una sucesión no es otra cosa que atestiguar la voluntad que se tiene de ser heredero o legatario de una persona difunta cuya asignación se defiere” (*ibid.*, pág. 35).

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 26.

⁶⁵ La herencia o legado se defiere al heredero o legatario al momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (C. C., art. 1013).

⁶⁶ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, págs. 52-53.

en que esta haya sido deferida”, es decir, al momento del fallecimiento del *de cuius*. En otras palabras, la aceptación de la herencia, que puede ocurrir con posterioridad significativa a la apertura de la sucesión y a la delación de la herencia, tiene efectos retroactivos al momento en que esta fue deferida al heredero que, en los términos del artículo 1013 del Código Civil, coincide con el fallecimiento de la persona.

Esta aceptación puede ser expresa o tácita, pura y simple o con beneficio de inventario, como se explica a continuación. Si nada se dice, en los términos del artículo 488 del Código General del Proceso, se entenderá que acepta la herencia con beneficio de inventario.

a) *Aceptación expresa y aceptación tácita*. El artículo 1298 del Código Civil precisa que “la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente la intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho a ejecutar sino en su calidad de heredero”. La aceptación expresa se define como la asunción del título de heredero que, a voces del artículo 1298 del Código Civil, puede realizarse a través de una escritura pública o una privada (por un documento público o privado), u obligándose como heredero, o a través de una expresión judicial (C. C., art. 1299).

Por su parte, la aceptación tácita implica un acto que solo en la condición de heredero hubiera podido ser ejecutado. Ejemplo de lo anterior es “la enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objeto de administración urgente, si no ha sido autorizada por el juez a petición del heredero”⁶⁷. Esto debido a que “la enajenación supone el dominio del que lo transfiere, y por tanto, la transferencia ejecutada por el heredero, por resolución suya únicamente, supone que ha aceptado la herencia, ya que sin esa aceptación no habría podido efectuar la enajenación”⁶⁸.

Lo anterior revela la diferencia que establece el Código Civil en su artículo 1300 entre actos de disposición y actos puramente conservativos, de inspección y administración provisoria urgente. “Los primeros suponen en el heredero que los ejecuta, la aceptación de la herencia porque su ejecución revela ordinariamente, en quien los hace, su ánimo de aceptar la herencia desde que en ese solo carácter ha podido ejecutarlos y son, por lo mismo, actos de heredero. Los segundos, aunque son actos de administración que un heredero puede o debe ejecutar en los casos

⁶⁷ C. C., art. 1301.

⁶⁸ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 38.

ocurrentes que los hagan necesarios, pueden ser ejecutados sin tener necesariamente la calidad de heredero y sin obligarse en esa calidad, y por consiguiente no son en sí mismos actos de heredero que importen aceptación tácita de la sucesión”⁶⁹.

(i) *¿Quiénes pueden aceptar?* Por regla *general* todo asignatario puede aceptar libremente la herencia, siempre que sea mayor de edad, persona capaz de obligarse y tenga la libre disposición de sus bienes. La ley 1996 de 2019, relativa a los mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de actos jurídicos, presume la capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad. Los artículos 8º y 9º consagran este principio, que es aplicable al acto de aceptación de la herencia y en general, a todos los actos jurídicos:

“Artículo 8º. *Ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad legal.* Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.

”La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.

”Artículo 9º. Mecanismos para establecer apoyos para la realización de actos jurídicos. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos.

”Los apoyos para la realización de actos jurídicos podrán ser establecidos por medio de dos mecanismos:

”1. A través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo;

”2. A través de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado proceso de adjudicación judicial de apoyos”.

(ii) *¿Cuándo y cómo puede aceptarse?* El asignatario solo podrá aceptar desde el momento en que la sucesión se abra, es decir, desde la muerte del *de cujus*⁷⁰ fecha que coincide con la oferta que realiza la ley

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 39.

⁷⁰ *Ibid.*, págs. 48-49.

o delación de la herencia. De conformidad con lo indicado en el artículo 1289 del Código Civil, todo asignatario estará obligado a declarar si acepta o repudia la herencia en virtud de demanda de interesado. La aceptación no puede ser condicional (C. C., art. 1284) y toda asignación debe ser aceptada en la forma en que es deferida y en su totalidad. Por tanto, no se puede aceptar una parte o cuota y repudiar el resto (C. C., art. 1285).

(iii) *Irrevocabilidad*. La aceptación de la asignación deferida es una declaración de voluntad definitiva e invariable, lo que significa que es irrevocable, aun cuando haya aceptado una herencia considerablemente gravada que imponga obligaciones superiores al valor de los bienes que constituyen su activo⁷¹. Sin embargo, la irrevocabilidad tiene dos excepciones: la fuerza o dolo en la aceptación y la lesión grave en la aceptación a causa de disposiciones testamentarias ignoradas. En estos casos el asignatario podrá pedir que se rescinda su aceptación (C. C., art. 1291).

b) *Aceptación pura y simple*. Esta es la aceptación que se hace sin limitación ni restricción alguna. Se llama heredero puro y simple a quien acepta llanamente la herencia. Refleja íntegramente la teoría de que el heredero continúa al causante: recibe la totalidad del patrimonio, pero de igual manera, sucede al causante en la totalidad de las obligaciones y su atención no queda limitada al valor ni a los bienes heredados, como sucede cuando se acepta con beneficio de inventario.

El heredero que acepta pura y simplemente asume el carácter de representante de la persona del difunto para sucederle en todos sus bienes y obligaciones transmisibles. El patrimonio sucesoral y el propio del heredero se confunden y, por ende, quien así acepta, queda obligado a la solución y pago de todas las deudas que gravan la masa de bienes dejados por el difunto, cualquiera que sea su monto y aunque excedan al valor de los bienes, derechos y acciones que constituyen el activo del patrimonio hereditario (C. C., art. 1302).

Las obligaciones se atienden *ultra vires hereditatis*, es decir, más allá de las fuerzas de la herencia, colocando al heredero en una posición de responsabilidad ilimitada por las deudas herenciales, garantizándolas incluso con sus propios bienes cuando los activos recibidos resultan insuficientes para la solución de las obligaciones dejadas por el causante, por lo cual no cabe distinguir entre acreedores propios y acreedores sucesorales. Cuando un heredero solvente acepta pura y simplemente

⁷¹ *Ibid.*, pág. 70.

una herencia deficitaria, de hecho, ofrece una garantía adicional que los acreedores no tenían antes de la apertura de la sucesión.

Desde otra perspectiva, este efecto conduce, así mismo, a señalar que desde el punto de vista de los acreedores del causante, al confundirse el patrimonio sucesoral con el patrimonio propio del heredero, los bienes heredados servirán igualmente, de prenda para los acreedores propios del heredero, lo cual puede conducir a una desmejora de su prenda que reflejaba en el patrimonio del causante, y que justifica la existencia de la figura del beneficio de separación que se le concede a los acreedores sucesorales y a la cual se hará referencia más adelante.

c) *Aceptación con beneficio de inventario*. Se explicarán su alcance, formalidades y efectos.

a') *Alcance*. Se trata de un “beneficio que la ley otorga al heredero para no obligarlo a responder como tal, sino hasta concurrencia de los bienes que reciba y que impide la confusión de sus propias obligaciones con las de la sucesión”⁷². Con esta medida se sustrae el heredero de la obligación de pagar el pasivo hereditario con el patrimonio propio, de tal suerte que debe ser el activo sucesoral el que debe responder por las deudas sucesorales⁷³.

Esta aceptación se hace, por tanto, con sujeción al valor de los bienes inventariados y hasta el valor total de dichos bienes, convirtiéndose en un punto medio entre la aceptación pura y simple y la renuncia o repudiación de la herencia⁷⁴. En esta modalidad de aceptación, son los bienes de la herencia (y no los propios) los que se encuentran afectados al pago de las deudas herenciales y testamentarias⁷⁵. De allí que el artículo 1316 del Código Civil disponga que “las deudas y créditos del heredero beneficiario, no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión”, regla que se repite en el artículo 1728 del Código Civil según el cual “los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios”.

Se llama *heredero beneficiario* el que acepta con este beneficio, el cual solo puede ejercerse por quienes tienen la calidad de herederos. El “beneficio de inventario no tiene ninguna utilidad para el legatario, porque

⁷² CARDONA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 57.

⁷³ FRANÇOIS TERRÉ, *op. cit.*, pág. 547.

⁷⁴ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 74.

⁷⁵ Véase LAFONT, *op. cit.*, págs. 347-348.

jamás responde de las deudas hereditarias, ni testamentarias, a menos que se le deje el legado con gravamen, pero la naturaleza de su llamamiento no comporta la obligación de pagarlas”⁷⁶.

Esta forma de aceptación se justifica cuando las deudas hereditarias son superiores a los activos de la sucesión y el heredero ve que su patrimonio queda expuesto al peligro inminente de ser perseguido por los acreedores del causante, efecto propio de la confusión de patrimonios que ocurre cuando se acepta de manera pura y simple. La opción que consagra la ley a favor de los herederos que se comenta, no desmejora en nada la posición de los acreedores del *de cujus* pues su garantía permanece igual a la que existía antes de la muerte de este. La prenda general para el pago de sus créditos continúa siendo exactamente la que integran los activos del patrimonio que tenía el causante en el momento de la apertura de la sucesión.

En este evento, la responsabilidad por las obligaciones opera *intra vires hereditatis*, es decir, “dentro de las fuerzas de la herencia”, por lo cual el heredero tiene, respecto de las obligaciones del causante, una responsabilidad limitada al valor de los bienes heredados.

Todo asignatario podrá aceptar libremente con beneficio de inventario, mientras no haya hecho acto de heredero (C. C., arts. 1306 y 1309). Sin embargo, el Código Civil establece unos herederos que forzosamente deben aceptar con dicho beneficio, dado que la ley considera que esta forma es la más conveniente a sus intereses. Son tres clases de herencias:

(i) Las herencias del fisco y de todas las corporaciones y establecimientos públicos (C. C., art. 1307, inc. 1°).

(ii) Las herencias que recaigan en personas que no pueden aceptar o repudiar, sino por el ministerio, o con la autorización de otras (es decir, las asignaciones a personas absoluta o relativamente incapaces, art. 1307, inc. 2° del C. C.). Este caso debe interpretarse en armonía con los artículos 8° y 9° de la ley 1996 de 2019 sobre personas mayores de edad con discapacidad, mencionada anteriormente.

(iii) Los herederos fiduciarios (C. C., art. 1308).

Adicionalmente, el artículo 1305 del Código Civil establece que “si de muchos coherederos, los unos quieren aceptar con beneficio de inventario y los otros no, todos ellos serán obligados a aceptar con beneficio de inventario”. Esta figura es aplicable al desarrollo de los fenómenos

⁷⁶ Los legados pueden tener causa onerosa sin el testador impone un gravamen al legatario, o causa lucrativa si no lo impone. Los primeros se rigen por el art. 1424 del C. C.

de transmisión y representación, en los cuales se presenta una condición conjunta de varios herederos respecto de una misma cuota hereditaria.

Para que la aceptación con beneficio de inventario pueda tener lugar, el heredero no debe haber aceptado llanamente la herencia ni debe haber hecho algún acto de heredero. Para gozar del beneficio, se requiere la existencia de un inventario; pero no supone o exige que el inventario se haya confeccionado previamente a la aceptación. “La ley no ha señalado tampoco un plazo determinado para la facción del inventario; de modo que el inventario puede hallarse confeccionado en el momento de la aceptación con beneficio de inventario o confeccionarse después de la aceptación”⁷⁷.

b’) *Formalidades del beneficio de inventario*. Para que se produzca la aceptación con beneficio de inventario se requiere que el heredero declare que desea tomar esta calidad bajo el mencionado beneficio y, adicionalmente, se necesita efectuar el inventario de los bienes y cargas de la sucesión en la forma que lo señala la ley (C. C., art. 1310).

c’) *Efectos*. Con el beneficio de inventario, el heredero beneficiario no se hace responsable de las deudas hereditarias y testamentarias, sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes que ha heredado (C. C., art. 1314); conserva en su integridad el patrimonio del difunto, sin que las deudas y créditos del heredero beneficiario se confundan con las deudas y créditos de la sucesión (C. C., art. 1316); hace del heredero beneficiario un administrador de la herencia con las responsabilidades consiguientes (C. C., art. 1317); obliga al heredero a rendir cuenta de su administración (C. C., art. 1319), y hace cesar la responsabilidad del heredero con la inversión de los bienes en el pago de deudas hereditarias o el abandono de los bienes (C. C., art. 1318). Cuando el heredero paga con su propio dinero las deudas de la herencia, se subroga por ministerio de la ley en la posición del acreedor satisfecho (C. C., art. 1668, num. 4)⁷⁸.

d) *Repudiación*. Explicaremos su alcance y clases.

a’) *Alcance*. Así como el asignatario puede aceptar la herencia, también tiene la opción de rechazarla o repudiarla. La repudiación es el acto mediante el cual el asignatario desecha o rechaza la herencia o legado que se la ha deferido, es decir, se despoja del derecho que esta calidad le confiere⁷⁹. La repudiación puede ser expresa o tácita.

⁷⁷ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 88.

⁷⁸ Sobre el particular véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 octubre 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3103-008-1996-0059-01.

⁷⁹ CARDONA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 61.

En el caso de la repudiación expresa, se requiere de una declaración de voluntad libre y exenta de vicios (C. C., art. 1294), y la capacidad para hacerlo, ya que el incapaz no puede repudiar por sí mismo, aunque sí lo puede hacer por medio de su representante legal (C. C., art. 1293). Estas disposiciones también deben interpretarse en armonía con los principios consagrados en la ley 1996 de 2019 sobre personas mayores de edad en condición de discapacidad.

La repudiación tácita “opera ante el silencio del asignatario constituido en mora de ejercer el derecho de opción, tal como lo prescribe el artículo 1290 C. C. Se trata de una presunción de derecho, cuando el heredero ha sido requerido para que ejerza el derecho de opción. [...] No se presume la repudiación tácita del incapaz (C. C., arts. 1289, 1290; C. P. C., arts. 591 y 593⁸⁰)”.⁸¹

Dicho caso es diferente de la aceptación tácita con beneficio de inventario a que se refiere el artículo 488 del Código General del Proceso pues en este último caso, ha existido una expresión de aceptación por parte del heredero o legatario pero no ha expresado la modalidad bajo la cual ha aceptado, distinta del silencio absoluto guardado en torno a la invitación que hace la ley para que el heredero o legatario acepte o repudie la herencia que se le ha deferido.

b’) *Repudiación forzada*. “El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos, será obligado a restituir el duplo” (C. C., art. 1288).

c’) *Repudiación intempestiva*. El inciso final del artículo 1283 del Código Civil señala que “se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que se le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella”.

En efecto, “la razón de la no validez de dicha repudiación radica en que los pactos sobre sucesión futura no valen y además en que la legítima es una asignación forzosa, que bien puede repudiarse, pero cuando haya causante, herencia y heredero”⁸².

⁸⁰ Hoy corresponden a los arts. 492 y 494 del C. G. P. Las disposiciones citadas deben interpretarse en armonía con los principios consagrados en la ley 1996 de 2019, sobre personas mayores de edad en condición de discapacidad.

⁸¹ CARDONA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 61.

⁸² *Ibid.*, pág. 63.

No sobra rescatar que el derecho de repudiación, al igual que los restantes derechos, debe ser ejercido con lealtad frente a los acreedores, de manera que, si un asignatario repudia la herencia en detrimento de sus acreedores, estos pueden hacer uso de la llamada acción subrogatoria u oblicua, y podrán acudir al juez para que se les autorice la aceptación de la herencia en nombre del deudor en los términos señalados en el artículo 1295 del Código Civil.

e) *El beneficio de separación*. Cuando existe una aceptación pura y simple, el patrimonio proveniente del causante se confunde con el patrimonio del heredero y en tal virtud, el acreedor del causante o el acreedor hereditario pueden ver deteriorada su prenda (que correspondía a los bienes del causante), ya que los bienes sucesorales podrían ser perseguidos por los acreedores propios del heredero.

El artículo 1435 del Código Civil establece que, con el 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; y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias, con preferencia a las deudas propias del heredero”. Con arreglo al artículo 1439 del Código Civil, obtenida la separación por alguno de los acreedores de la sucesión aprovechará a los otros que la invoquen. “El beneficio de separación, al igual que el beneficio de inventario, constituye una excepción al principio de que las deudas hereditarias, al fallecimiento del causante, se transmiten a los herederos a prorrata de la parte o cuota en que cada uno de ellos participa en la sucesión, confundándose su patrimonio con el patrimonio del causante, y respondiendo el heredero ilimitadamente, tanto con los bienes heredados como con los bienes propios”⁸³.

Es evidente que este beneficio se encamina a la protección de los intereses patrimoniales de acreedores del difunto que pueden ver desmejorado su derecho de prenda general a causa de la confusión de patrimonios del causante y el heredero⁸⁴. Esta institución, que constituye una medida conservatoria del patrimonio del deudor, es especialmente útil cuando los activos herenciales son suficientes para el pago de las obligaciones

⁸³ PABLO RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones de derecho sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, vol. 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pág. 166.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 167.

dejadas por el causante y, en cambio, el patrimonio de los herederos se presenta como insolvente. En ausencia del beneficio de separación, los patrimonios se mezclarían y los bienes de la sucesión quedarían al alcance de los acreedores personales de los herederos, con evidente perjuicio para los acreedores del fallecido.

a') *Elementos esenciales*. Son los siguientes:

1) Es una facultad de los acreedores del causante para que no se confundan los patrimonios del causante y del heredero. Es un derecho de los acreedores del causante, no de los acreedores del heredero (C. C., art. 1438).

2) Se busca mantener intacto el derecho de prenda general de los acreedores del causante.

3) Su principal efecto es conseguir que los acreedores del causante se paguen, en relación a los bienes hereditarios, con preferencia a los acreedores de los herederos.

4) Se produce una separación de la prenda general de los acreedores del causante. Los activos de la sucesión son la fuente de pago de sus créditos.

b') *Características*. Se pueden definir como sigue:

1) Este beneficio no posterga ni impide la adquisición de la herencia. “Lo que sucede es que el heredero, dueño de los bienes que componen la herencia, tiene en su dominio bienes que quedan afectados, por disposición legal, a un cierto grupo de obligaciones que deben ser atendidas y solucionadas de preferencia con los bienes heredados. No se trata, por lo tanto, de una cuestión que se relacione con el dominio, sino con la responsabilidad civil de los bienes del heredero”⁸⁵.

2) Para que pueda pedirse el beneficio de separación no es necesario que lo que se deba sea inmediatamente exigible; basta que se deba a día cierto o bajo condición (C. C., art. 1436).

3) Una vez declarado el beneficio de separación, los acreedores del causante pierden el derecho de perseguir los bienes del heredero, hasta que hayan agotado los bienes comprendidos en el beneficio de separación (C. C., art. 1439).

4) El beneficio de separación produce una preferencia indirecta a favor de los acreedores del heredero sobre los bienes de este. Por lo tanto, una vez agotados los bienes comprendidos en el beneficio de separación, pueden los acreedores hereditarios perseguir los bienes del heredero, pero

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 168.

los acreedores de este pueden oponerse a esta acción hasta que se paguen los créditos personales del heredero. Por el beneficio de separación, los acreedores hereditarios tienen preferencia para pagarse con los bienes del causante, pero cuando estos se hayan agotado, los acreedores del heredero tendrán preferencia para pagarse con los bienes del heredero⁸⁶.

5) Este beneficio se mantiene mientras los créditos hereditarios no hayan prescrito y mientras subsistan los bienes comprendidos en el beneficio de separación.

6) El beneficio de separación no corresponde a los legatarios de especie o cuerpo cierto, ya que estos adquieren la cosa legada a la muerte del causante, por lo que no son acreedores testamentarios⁸⁷.

7) No pueden demandar el beneficio de separación los acreedores del causante cuyos créditos hayan prescrito, los acreedores que hayan reconocido expresa o tácitamente al heredero como deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del heredero, o un pago parcial de la deuda, y cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero o se han confundido con los bienes de este, de manera que no sea posible reconocerlos (C. C., art. 1437).

8) Los acreedores hereditarios que gocen del beneficio de separación, podrán pedir la rescisión de las enajenaciones de bienes del difunto, o la constitución de hipotecas especiales de estos mismos bienes hechas por el heredero en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que con el producto de las mismas no se hayan cubierto créditos hereditarios o testamentarios (C. C., art. 1441)

9) Cuando existan bienes inmuebles, el beneficio de separación se inscribirá en el registro de estos (C. C., art. 1442).

E) *El derecho de transmisión*

Dado que la apertura de la sucesión fija el momento a partir del cual se transmite el patrimonio del causante pero es necesaria su aceptación para consolidar el derecho de herencia, que, como ya se dijo tiene efectos retroactivos, surge la pregunta de si es posible que se transmita, también por causa de muerte, el derecho real de herencia que se le hubiere deferido a una persona que fallece sin haberla aceptado. A manera de ejemplo, piénsese en el padre que fallece dejando como descendencia a dos hijos,

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 170.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 172.

pero uno de ellos, a su turno fallece antes de haber ejercido su opción de aceptar o repudiar la herencia de su padre.

La primera reacción sería la de concluir que, si la herencia no ha sido aceptada, y por lo tanto no se ha consolidado el derecho real de herencia, nada puede transmitirse a sus herederos. Tal fue la solución que se adoptó en sus orígenes por el derecho romano. Pero la conclusión anterior conduce a serios desequilibrios ajenos al propósito plasmado en el artículo 1039 del Código Civil, que recoge el principio de igualdad sucesoral. De no contarse con una figura legal, como es la de la transmisión, la herencia sería recogida íntegramente por el hijo sobreviviente en detrimento de su hermano fallecido (el tío en detrimento del sobrino) lo cual no sucedería si la herencia del abuelo fallecido ya hubiese sido aceptada por el hijo que falleció aun cuando no estuviere liquidada.

De allí que el artículo 1014 del Código Civil consagre la figura jurídica de la transmisión. En virtud de ella cuando el “heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido”. CARRIZOSA PARDO describe el derecho de transmisión así: “[n]o se trata de un modo especial de suceder, sino una forma y manera ordinaria que tiene el heredero de heredar. Es la aplicación del derecho común. El heredero por transmisión no es heredero del transmitente [del *de cuius*]; del transmisor lo es tan solo”⁸⁸.

Como se observa, para que opere el derecho de transmisión, que es aplicable a la sucesión testada e intestada, se requiere que haya fallecido una persona y luego el heredero o legatario, quien a su turno falleció sin haber aceptado la herencia de aquel. Si los decesos ocurren en orden inverso, nada se habrá diferido al heredero y no tendrá lugar la transmisión. A lo sumo, podrá hablarse de representación, fenómeno distinto al cual se hará mención más adelante.

Y finalmente no puede dejarse de lado el evento de la muerte simultánea. El artículo 1015 del Código Civil en concordancia con el artículo 95 *ibidem* regulan este punto. El segundo de ellos enseña que si “por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiese saberse el orden en que han ocurrido los fallecimientos, se

⁸⁸ *Op. cit.*, pág. 87.

procederá en todos casos [*sic*] como si dichas personas hubieren perecido en el mismo momento y ninguna de ella hubiese sobrevivido a las otras”.

Y con arreglo al segundo, señala si de presentarse el fenómeno previsto en el artículo 95 y dos o más personas que fallecen en esas condiciones, estaban llamadas a suceder una a la otra, “*ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras*”. Se observa en el primero una presunción legal, que admite prueba en contrario (C. C., art. 66), y en virtud de ella, la ley presume que las dos personas fallecieron simultáneamente de manera que no se configura el supuesto de hecho para aplicar la figura de la transmisión. De probarse en contrario, es decir, si se llegare a desvirtuar el supuesto de hecho que conduce a la presunción legal (que A y B fallecieron simultáneamente), la figura de la transmisión tendría cabal aplicación.

F) *La liquidación de la sociedad conyugal y de las sociedades patrimoniales*

Muerta una persona con sociedad conyugal vigente, es decir, cuando existe la comunidad de bienes entre cónyuges o compañeros permanentes, esta se disuelve y debe liquidarse. El 50 por ciento de los bienes que componen el haber de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial, según sea el caso, se distribuye como gananciales al cónyuge sobreviviente, salvo que opte por porción conyugal. El restante 50 por ciento, más los bienes propios del causante (v. gr. un bien inmueble que hubiere heredado) se distribuyen entre los de propiedad exclusiva de los herederos del fallecido. Al efecto se imponen algunas aclaraciones puntuales e importantes en torno a la sociedad conyugal y sus efectos en la liquidación de herencia.

En primer lugar, debemos advertir que la sociedad conyugal es una sociedad patrimonial *sui generis*, pues si bien se forma por “el mero hecho del matrimonio” (C. C., art. 1774), no puede olvidarse que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de sus bienes, por lo que la formación de la sociedad conyugal únicamente podrá precisarse cuando se materializa una de las causales para su disolución y liquidación, como lo es la muerte de uno de los cónyuges, que conduce a la disolución del matrimonio y a la liquidación de la sociedad conyugal (C. C., arts. 152 y 1820).

Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 1º de la ley 28 de 1932, que indica: “Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él,

como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación”.

En segundo lugar, el régimen legal de la sociedad conyugal es subsidiario de la voluntad de los contrayentes, pues mediante las denominadas ‘capitulaciones matrimoniales’ —que dicho sea de paso deben celebrarse antes de contraer matrimonio— los esposos pueden fijar libremente el régimen patrimonial que habrá de aplicarse, total o parcialmente, a los bienes que se aporten al matrimonio o que se adquieran durante su vigencia (C. C., art. 1771). Solo en ausencia de dicho acuerdo, que debe celebrarse por escritura pública (C. C., art. 1772), se entenderá contraída la sociedad conyugal en los términos fijados por la ley.

Y, en tercer lugar, debe señalarse que no todos los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, o durante el matrimonio, engrosan el haber de la sociedad conyugal. El artículo 1781 del Código Civil, precisa los bienes que forman parte de la sociedad conyugal y, a su turno, los artículos 1782, 1783 y 1792 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1789 *ibidem*, puntualizan qué bienes son ajenos al haber de la sociedad conyugal.

En consecuencia, desde este punto de vista, la herencia por distribuir de una persona que fallece estando vigente la sociedad conyugal, estará formada por los bienes de su propiedad que se encuentran excluidos del haber de la sociedad conyugal [v. gr. un inmueble heredado, o un inmueble que haya sido adquirido con el producto de un bien heredado y haya sido subrogado (art. 1783 num. 1 en concordancia con el art. 1789 del C. C.)] más los bienes que le lleguen a corresponder en la liquidación de la sociedad conyugal, conocidos como gananciales.

La participación de cada uno de los cónyuges en el patrimonio de la sociedad conyugal toma el nombre de gananciales. Se comprende entonces, con lo anterior, que el cónyuge sobreviviente —salvo que se trate del tercer orden hereditario, o que opte por la porción conyugal— no tiene la condición de heredero. Lo dicho explica con suficiencia por qué resulta imperioso liquidar conjuntamente con la sucesión, la sociedad conyugal (si esta existe), pues tan solo una vez conocidos los gananciales del cónyuge fallecido se podrá conocer la masa herencial. Dicha liquidación, como se indica en el artículo 487 del Código General del Proceso, se adelanta en el mismo proceso de sucesión, salvo que previamente se

hubiere liquidado la sociedad conyugal como ocurre, por ejemplo, cuando se disuelve la sociedad conyugal por el mutuo acuerdo de los cónyuges [art. 1820 (5) del C. C.].

El mismo artículo 487 del Código General del Proceso ordena adelantar conjuntamente con el proceso de sucesión, la liquidación de las sociedades “patrimoniales” que por cualquier causa estén pendientes de liquidación a la fecha de la muerte del causante. Se refiere a las sociedades patrimoniales surgidas de la unión marital de hecho regulada por la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005. Se sigue entonces que un compañero permanente solo puede participar en la sucesión intestada de su compañero permanente fallecido cuando entre ellos se ha configurado una unión marital de hecho, es decir, cuando entre ellos ha existido comunidad de vida permanente y singular a lo menos por dos años y, a raíz de lo anterior, se ha formado una “sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”, cuya existencia se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

(i) Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante notario en que den fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que prevén los literales a) y b) del artículo 2º de la ley 54 de 1990, es decir, cuando se acredite que ha existido:

1) una unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, o

2) una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho

(ii) Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) del artículo 2º de la ley 54 de 1990 ya citados, o

(iii) Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, con conocimiento de los jueces de familia de primera instancia.

El artículo 6º de la ley 54 de 1990, según fue modificado por el artículo 4º de la ley 979 de 2005, es claro al señalar que “Cuando la causa de la

disolución y liquidación de la sociedad patrimonial sea la muerte de uno o ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre y cuando previamente se haya logrado su declaración conforme a lo dispuesto en la presente ley”. Confirma lo anterior que únicamente resulta procedente la participación del compañero permanente para la liquidación de la sociedad patrimonial en los términos del artículo 487 del Código General del Proceso, cuando se ha obtenido el previo reconocimiento de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Debe precisarse que, para la comprensión de la sucesión intestada y de los órdenes hereditarios que se estudian a continuación, debe aplicarse la regla de la sentencia C-283 de 2011, la cual declaró exequibles los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo. Por otra parte, de conformidad con la sentencia C-238 de 2012, la expresión “cónyuge”, contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil es exequible, siempre y cuando se entienda que ella comprende al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho.

6. LA SUCESIÓN INTESTADA

A esta especie de sucesión se refieren los artículos 1037 a 1054 del Código Civil.

La sucesión por causa de muerte, en lo que al patrimonio herencial se refiere, se rige, por regla general, por las disposiciones que el causante haya consagrado en su testamento. Solo en caso de faltar esta declaración de voluntad, la sucesión se someterá a las disposiciones legales que reglan la sucesión intestada.

En esta medida, las normas de la sucesión *ab intestato* tienen un carácter subsidiario, al solo poder aplicarse cuando el difunto no haya dispuesto expresamente de los bienes, o cuando habiendo dispuesto no lo hizo conforme a derecho, o cuando no han tenido efecto sus disposiciones. Se ha entendido que la ley interpreta la voluntad del difunto en el orden que se presume de sus afectos, por lo cual el testador tiene un

poder limitado para que no se sacrifiquen los intereses de la familia por los intereses personales del testador⁸⁹.

El artículo 1037 del Código Civil expone tres casos en los cuales la sucesión se regirá por los preceptos legales:

(i) Si no existe testamento vigente.

(ii) Si existe un testamento en el que el causante dispuso de sus bienes, pero no se ciñó a las disposiciones legales sobre la materia, como sería el caso del testador que no cumple con las asignaciones forzosas o cuando no observa las formalidades legales, comprometiendo la validez misma del acto testamentario.

(iii) Si otorgado el testamento, sus disposiciones no llegan a tener efecto. Tal sería el caso en que el testador ha designado un heredero universal, el cual repudia la herencia. En este evento, la vocación hereditaria se traspasa a otros herederos conforme a las leyes que regulan esas situaciones.

A los tres casos anteriores, habría de agregarse un cuarto, previsto en el artículo 1052 del Código Civil, y según el cual, cuando el testador dispuso parcialmente de su patrimonio, las reglas de la sucesión intestada son aplicables a la distribución de los bienes no involucrados bajo las reglas del testamento. Se trata de las denominadas sucesiones mixtas y su régimen se describe en la mencionada norma así: “Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y *ab intestato*, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente [es decir los bienes no sujetos a las reglas del testamento] se adjudicarán a los herederos *ab intestato* según las reglas generales”.

A) Principales aspectos de la sucesión intestada

En torno a la sucesión intestada deben destacarse los siguientes aspectos más relevantes:

a) *La igualdad sucesoral*. Todos los herederos reciben el mismo tratamiento legal. “En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura” (C. C., art. 1039).

b) *Órdenes hereditarios*. El derecho sucesoral establece diversos órdenes hereditarios para los casos en que hay transmisión *ab intestato*.

⁸⁹ FRANÇOIS TERRÉ e YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1997, pág. 7.

En ellos y atendiendo el orden fijado del primero al quinto, la ley indica las personas que tienen el privilegio de heredar con exclusión de otras, por tener un vínculo de parentesco más cercano con el causante. En la sucesión intestada, el parentesco de consanguinidad, el parentesco civil, el matrimonio y la ley son factores determinantes para precisar la vocación hereditaria particular⁹⁰ (C. C., arts. 1045, 1046, 1047, 1050 y 1051, modificados, en parte, por la ley 29 de 1982 y por la ley 1934 de 2018).

Con arreglo al artículo 1040 del Código Civil, son llamados por la ley a suceder a una persona los descendientes, los hijos adoptivos, los ascendientes, los padres adoptantes, los hermanos, los hijos de estos, es decir los sobrinos, el cónyuge supérstite y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). La norma mencionada (junto con los arts. 1046 y 1047 del C. C. que incluyen al cónyuge como llamado a recoger la herencia en el segundo y tercero orden hereditario), fue materia de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional y esta, mediante la sentencia C-238 de 2012⁹¹ encontró exequible la expresión “cónyuge” contenida en los artículos 1040, 1046 y 1047 del Código Civil “siempre y cuando se entienda que ella comprende al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho”.

a') *Primer orden*. El artículo 4° de la ley 29 de 1982, que había modificado el artículo 1045 del Código Civil, señalaba que los hijos legítimos, los adoptivos y los extramatrimoniales integraban el primer orden hereditario, y excluían a todos los restantes herederos: ascendientes, padres adoptantes, hermanos, hijos de estos, cónyuge supérstite e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). En suma, aquellos formaban el grupo correspondiente al primer orden sucesoral.

Mediante el artículo 1° de la ley 1934 de 2018, se modificó la norma anterior, que con claridad delimitaba el grupo que formaba el primer orden sucesoral, y señaló que el primer orden sucesoral está compuesto por los descendientes de grado más próximo, quienes excluyen a los otros herederos, modificación que debe ser leída en concordancia con el derecho de transmisión al cual ya se hizo mención arriba y con el derecho de representación al cual se hará referencia más adelante.

⁹⁰ SUÁREZ FRANCO, *op. cit.*, pág. 147.

⁹¹ C. Const., Sala Plena, sent. C-238 de 22 marzo 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Lo anterior amerita unas reflexiones, pues, el artículo 1º de la ley 1934 de 2018 emplea la expresión “descendientes” para fijar el primer orden sucesoral, lo cual puede conducir a equívocos no deseados por la ley. En efecto, el artículo 41 del Código Civil señala que “en el parentesco por *consanguinidad* hay *líneas* y *grados*.” Agrega que se entiende por “línea” la serie y orden de las personas que “descienden de una raíz o tronco común”.

Agrega el artículo 42 que las líneas pueden ser (i) directa o recta, o (ii) colateral, transversal u oblicua. Puntualiza que la línea recta es la “que forman las personas que *descienden unas de otras*, o que solo comprenden *personas generantes o personas engendradas*”. De otra parte, el artículo 43 del Código Civil define las líneas descendiente y ascendiente, señalando que aquella se presenta respecto de las personas que en línea recta se cuentan hacia abajo de un mismo tronco como por ejemplo “padre, hijo, nieto, bisnieto, tataranieto, etc”.

De otro lado, el artículo 50 del Código Civil enseña que el parentesco civil es el que resulta de la adopción.

Lo anterior explica con suficiencia la redacción que traía el artículo 1045 del Código Civil que se refería a que el primer orden sucesoral estaba compuesto por los hijos legítimos y extramatrimoniales y por los adoptivos, de manera que ninguna referencia a la “descendencia” contenía la norma. Con la nueva redacción, y si se tiene en cuenta que las normas citadas describen la descendencia con relación al parentesco por consanguinidad, sea legítima o extramatrimonial, pareciera conducir a que, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 1045 del Código Civil, quedarían excluidos los hijos adoptivos, ya que de estos se predica la existencia de un parentesco civil.

Tal interpretación riñe con lo indicado en el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia adoptado por la ley 1098 de 2006 que indica, en su numeral 2 que efectivamente “la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante” que “se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos”⁹².

⁹² En tal sentido, sent. T-071 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado (19 febrero 2016) donde se lee:

“Finalmente, la ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante C. I. A.), normativa vigente y aplicable en la materia, conserva de manera general la figura de la adopción que consagraba el Código del Menor, pero extiende el parentesco a todos los grados, líneas y clases, de modo que el hijo adoptado, pasa a ser

La Corte Constitucional, en la sentencia C-336 de 2016⁹³ al estudiar la exequibilidad del artículo 50 del Código Civil, particularmente en torno a la referencia hecha en dicha norma en cuanto precisa que el parentesco civil no se extiende a personas distintas del adoptante y adoptado (la redacción es: “Este parentesco no pasa de las respectivas personas”), hizo un recuento del desarrollo legislativo de este tipo de parentesco y sus efectos⁹⁴, y concluyó que dicha disposición había sido derogada or

integrante de la familia, equiparable al hijo biológico y todas aquellas normas aplicables a los parientes se aplican a los parientes de adopción”.

⁹³ Referencia: exp. D-11116. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 50 del C. C., M. P. Alejandro Linares Cantillo (29 junio 2016).

⁹⁴ “Cabe resaltar que la norma demandada, establece que el parentesco civil, esto es, el vínculo entre el adoptante, su cónyuge y el adoptivo, no pasaba de las respectivas personas. Posteriormente, en lo que respecta al vínculo existente se expidieron las siguientes disposiciones normativas: (i) el artículo 279 de la ley 5ª de 1975, en virtud del cual se distinguió entre adopción simple y plena, y se definieron los efectos del vínculo de parentesco; (ii) el artículo 100 del Código del Menor (decreto-ley 2737 de 1989), extendió el vínculo del hijo adoptivo y eliminó la distinción entre adopción simple y adopción plena; y (iii) el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006), el cual prevé que la adopción genera parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, el cual se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines a estos.

”Sobre el particular, la Corte se ha pronunciado sobre la evolución normativa de la institución jurídica del parentesco civil prevista en la norma demandada, y en este sentido en la sentencia C-892 de 2012 señaló que:

”«Las modificaciones que históricamente se han producido sobre el régimen de la adopción han incidido sobre el vínculo del adoptado con la familia del adoptante. Según la concepción que originalmente recogía el Código Civil en su artículo 50, la adopción generaba un parentesco civil entre el adoptante, el adoptivo y el cónyuge del adoptante y no pasaba de las respectivas personas. Más tarde, la ley 5ª de 1975 distinguió entre la adopción simple y la adopción plena y dado que en virtud de la primera el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones, el parentesco se establecía entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de este, mientras que, tratándose de la adopción plena, el adoptivo cesaba de pertenecer a su familia de sangre y, por lo tanto, establecía parentesco con el adoptante y con los parientes de sangre de este.

”»El denominado Código del Menor (D. 2737/89), eliminó la adopción simple en su artículo 103 y señaló que el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil (art. 98), al paso que, en el artículo 100, indicaba que la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de este. La ley 1098 de 2006 dispuso como efecto de la

gánicamente por el Código de la Infancia y la Adolescencia, de manera que la Corte se declaró inhibida y se abstuvo de resolver de fondo sobre la inconstitucionalidad propuesta.

Sin embargo, el siguiente aparte de la mencionada providencia aclara el punto a satisfacción: “[...] A la luz de la filosofía y la regulación actual de la institución de la adopción, resulta inadmisibles un trato diferenciado para los miembros de familias originadas en este vínculo jurídico, frente a aquellas constituidas a partir de nexos de consanguinidad”.

Lo anterior conduce a la conclusión de que la nueva redacción del artículo y cuando utiliza la expresión “*descendientes*” no se puede entender limitada al parentesco por consanguinidad, sino que incluye a los hijos adoptivos quienes adquieren efectivamente un parentesco civil, pero dicho parentesco se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos y parientes por afinidad (C. C., art. 47).

b’) *Segundo orden*. Está compuesto por los ascendientes de grado más próximo, los padres adoptantes y el cónyuge. En los términos de la sentencia C-238 de 2012, la expresión cónyuge, utilizada en el artículo 1046

adopción que establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos (art. 64.2)».

“El recuento normativo efectuado en los numerales 20 y anteriores, permite sostener a la Sala que respecto al artículo 50 del Código Civil se ha producido el fenómeno de la derogatoria orgánica en su totalidad, ya que con la expedición de la ley 5ª de 1975, el Código del Menor y el Código de la Infancia y la Adolescencia se configuró un nuevo entendimiento de la figura del parentesco civil en Colombia, el cual corresponde con las bases sentadas en la Constitución de 1991, tal y como se observa en la sentencia C-892 de 2012:

”«[...] A la luz de la filosofía y la regulación actual de la institución de la adopción, resulta inadmisibles un trato diferenciado para los miembros de familias originadas en este vínculo jurídico, frente a aquellas constituidas a partir de nexos de consanguinidad. De acuerdo con la normatividad vigente la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos, por lo que no es posible estatuir diferencias entre el parentesco consanguíneo, y aquél que se adquiere en virtud de la adopción. No sobra recordar que la denominada adopción simple fue eliminada del orden jurídico colombiano mediante el artículo 103 del denominado Código del Menor; en virtud de esta figura el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones, y el parentesco se establecía entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de este. De conformidad con la actual regulación el parentesco civil comporta una inserción plena del adoptado en la familia de los adoptantes, por lo que el vínculo filial se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos y afines»”.

del Código Civil, se extiende “al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho”.

La norma también convoca a los padres adoptantes, pero estimamos que dicha referencia se encuentra derogada como se explica a continuación. En efecto, el numeral 4 del artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado por la ley 1098 de 2006, señala que el hijo adoptivo *deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad que tuviere el adoptado*. De lo anterior se sigue que en la actualidad no pueden coexistir los padres de sangre del hijo adoptivo con sus padres adoptantes, por lo que no pueden concurrir simultáneamente a reclamar la herencia del hijo adoptivo los ascendientes de grado más próximo y sus padres adoptantes. A lo anterior se suma lo dispuesto en el numeral 2 del mismo artículo 64 que extiende el parentesco civil a todas las líneas —descendente y ascendente— tal y como se puso de presente atrás. Las dos categorías son, pues, incompatibles, de manera que la expresión prevista en el artículo 1046 del Código Civil que invita a los padres adoptantes, es una repetición innecesaria y puede confundir.

Lo anterior podía explicarse cuando se podía diferenciar entre la adopción plena y la adopción simple prevista en la ley 5ª de 1975, en virtud de la cual —cuando era simple— el hijo adoptivo conservaba el parentesco de consanguinidad con sus padres biológicos. Respecto de este tipo de adopción, podía predicarse la existencia simultánea de padres adoptantes y ascendientes, distinción que fue eliminada por el artículo 103 del Código del Menor (decr.-ley 2737 de 1989), decreto posteriormente derogado por el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Por lo anterior consideramos que el artículo 1046 de Código Civil ha sido modificado de manera que debe entenderse modificado el inciso 1º y derogado el inciso 2º del artículo 1046 que señalaba que, en la sucesión del hijo adoptivo, si era plena, los padres adoptantes excluían a los ascendientes de sangre, y si era simple, concurrían unos y otros.

Digamos entonces, que bajo el segundo orden sucesoral, son llamados a recoger la herencia los ascendientes del causante de grado más próximo, entendiéndose por estos los de sangre si se trata de un descendiente de sangre, o los adoptantes si se trata de un hijo adoptivo, y el cónyuge, caso en el cual se dividirá la herencia entre el número de ascendientes y el cónyuge que concurren a reclamar la herencia.

Debe destacarse que la ausencia de ascendientes o padres adoptantes no genera un derecho exclusivo en favor del cónyuge a la herencia del

de cujus para recogerla en su totalidad. Cuando se presenta tal evento, el cónyuge sobreviviente debe concurrir con los hermanos del causante en los términos del artículo 1047 del Código Civil referente al tercer orden hereditario que se explica a continuación.

En efecto, el inciso 1º del artículo 1047 dispone textualmente:

“Si el difunto no deja descendientes [1º orden sucesoral] ni ascendientes [2º orden sucesoral], ni hijos adoptivos [1º orden sucesoral], ni padres adoptantes [2º orden sucesoral], le sucederán sus hermanos y cónyuge. La herencia se divide mitad para este y la otra mitad para aquellos por partes iguales.

”A falta de cónyuge llevarán la herencia los hermanos y a falta de estos aquel”.

Obsérvese entonces que el cónyuge está llamado a recoger la herencia en concurrencia con los ascendientes, o con los hermanos del *de cujus*. Únicamente, cuando no hay ascendientes ni hermanos, el cónyuge tiene vocación de recibir la totalidad de la herencia. Si concurre con los ascendientes, la herencia se dividirá por cabezas con los ascendientes de grado más próximo. Si concurre con los hermanos, recibirá el 50 por ciento y el restante 50 por ciento debe distribuirse por cabezas entre los hermanos.

c’) *Tercer orden*. Lo integran los hermanos y cónyuge con la misma salvedad hecha en la sentencia C-238 de 2012 de la Corte Constitucional referida arriba y con las explicaciones ya formuladas al referirnos al segundo orden sucesoral.

Bástenos agregar que la ley hace una distinción entre hermanos que comparten el padre y la madre, llamados hermanos carnales, frente a los hermanos que únicamente comparten uno de los dos padres, conocidos como “medio hermanos”, pues en tal caso, la ley establece que aquellos recibirán una partida equivalente al doble de la que recibirían estos.

d’) *Cuarto orden*. Lo componen los hijos de los hermanos, es decir, los sobrinos del causante.

e’) *Quinto orden*. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICFB.

c) *Derecho de representación*. El derecho de representación es uno de los más preciados del régimen sucesoral. De no existir, y en virtud de la regla general según la cual en materia sucesoral los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, se producirían desequilibrios significativos que no pueden estar amparados por el derecho.

Piénsese, por ejemplo, en el caso en que B, hijo de A y hermano de C y D, hubiese fallecido con anterioridad al fallecimiento de A. B cuenta a su turno con los descendientes E y F, que vienen a ser nietos de A. Dado que el artículo 1045 del Código Civil, señala que los descendientes de grado más próximo recogen la herencia del *de cuius* y excluyen a todos los otros herederos, de no existir el derecho de representación y por tratarse de los descendientes más próximos, C y D en su condición de hijos del causante excluirían a los nietos (E y F) por ser más lejanos y recogerían la totalidad de la herencia.

Dicha desigualdad se corrige mediante el derecho de representación. Según el inciso 1º del artículo 1041 del Código Civil “se sucede *ab intestato*, ya por derecho personal, ya por derecho de representación”. La “representación es una institución legal por la cual una o más personas ocupan el lugar y como consecuencia el grado de parentesco que tendría su padre o su madre, si esta o aquel no quisiera o no pudiera suceder”⁹⁵. Es decir, “por medio de esta institución jurídica se le permite a los hijos recoger la cuota herencial que correspondía a su padre o a su madre”⁹⁶ (sucesión por cabezas y por stirpes, C. C., art. 1042).

La representación no opera exclusivamente para el caso del fallecimiento del representado. Basta con que el lugar del representado esté vacante, lo cual ocurre cuando, además del fallecimiento del representado, este ha repudiado la herencia, o es incapaz, o indigno, o lo han desheredado (C. C., art. 1044)⁹⁷.

Requisitos:

(i) El lugar del representado debe estar vacante.

(ii) El representante debe ser siempre un descendiente del representado o un descendiente de sus hermanos. La representación no se produce sino en relación con la descendencia de los hijos y con la descendencia de los hermanos (C. C., art. 1043). No hay representación en favor de los ascendientes.

(iii) El representante adquiere el carácter de heredero: este carácter proviene directamente de la ley o del testamento.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 135.

⁹⁶ SUÁREZ FRANCO, *op. cit.*, págs. 135-136.

⁹⁷ Esta disposición debe interpretarse en armonía con los principios consagrados en la ley 1996 de 2019, relativa a las personas mayores de edad en condición de discapacidad, con arreglo a la cual su capacidad se presume.

B) División de la herencia del “*de cujus*”

A continuación, se estudian algunos eventos de la división de los bienes del difunto en la sucesión intestada⁹⁸:

a) *Primer orden.* Como se señaló previamente, el artículo 1º de la ley 1934 de 2018, vigente a partir del 1º de enero de 2019, señala que “los descendientes de grado más próximo excluyen a los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal”. En razón del principio de igualdad sucesoral, todos los descendientes de grado más próximo reciben una suma o cuota igual de la herencia.

Ahora bien, como la norma señala que los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos, no puede olvidarse el derecho de representación que protege, precisamente, la inequidad que surgiría si faltare un descendiente, como ya se explicó. Así las cosas, el artículo 1045 del Código Civil, debe leerse en concordancia con los artículos 1041 y 1043 ya explicados. En tal caso, los representantes de quien debe ser representado, sin importar el número de hijos que lo representen, reciben la porción que le hubiera correspondido al representado, quien de esta manera mantiene la igualdad sucesoral con los demás descendientes de grado más próximo.

Podrían distinguirse varias situaciones posibles, algunas de las cuales se pueden ilustrar con los siguientes ejemplos:

a) Fallece A y no hay cónyuge supérstite, o no hay sociedad conyugal o sociedad patrimonial derivada de la unión de hecho por liquidar (por ejemplo, porque ya fue disuelta o porque se firmaron las capitulaciones matrimoniales), y hay, digamos, dos hijos (descendientes). El total del patrimonio herencial se dividirá entre los hijos en partes iguales (C. C., art. 1045). (Ver gráfico núm. 1).

b) Fallece A y hay cónyuge supérstite con derecho a gananciales o compañero permanente con sociedad patrimonial, y dos hijos (descendientes): la mitad del patrimonio de la sociedad conyugal que, como ya se dijo, toma el nombre de gananciales, corresponderá al cónyuge supérstite o compañero permanente supérstite. La otra mitad corresponderá a los gananciales del *de cujus*, a los cuales se adicionarán los bienes de exclusiva propiedad del *de cujus* para integrar el patrimonio herencial, el cual se dividirá entre los dos hijos por partes iguales (C. C., art. 1045):

⁹⁸ Los ejemplos y las gráficas se elaboraron con base en las explicaciones del libro: *Derecho civil*, tomo VI. Sucesiones, de ARTURO VALENCIA ZEA, 7ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1988, págs. 138-144.



Gráfico núm. 1

1) Primer paso: liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial. (Gráfico núm. 2).



Gráfico núm. 2

2) Segundo paso: formación de la herencia de A por distribuir, compuesta por los gananciales más los bienes propios.



Gráfico núm. 3

3) Tercer paso: distribución de la herencia entre los descendientes de A

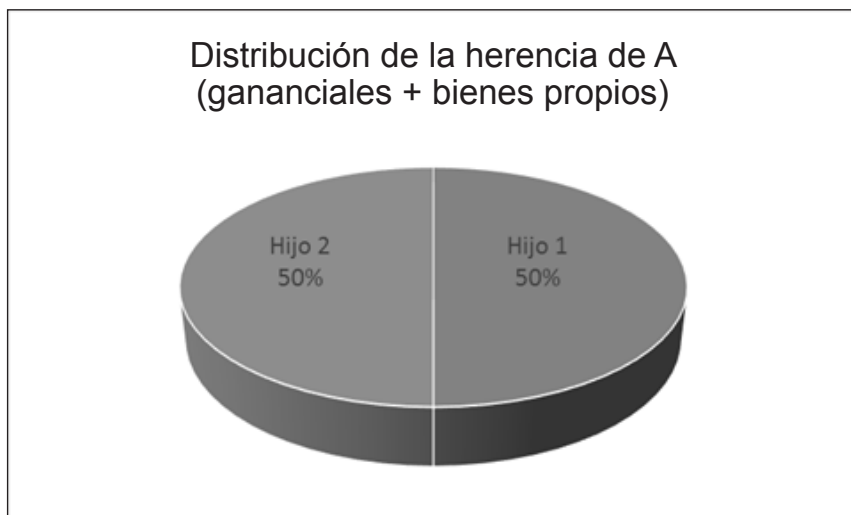


Gráfico núm. 4

c) Fallece A y hay cónyuge supérstite con derecho a gananciales o compañero permanente con sociedad patrimonial. En el matrimonio nacieron tres hijos (B, C y D), pero uno de ellos falleció (B). El hijo fallecido (B), a su turno tuvo dos hijos (E y F): la mitad del patrimonio de la sociedad conyugal que, como ya se dijo, toma el nombre de gananciales, corresponderá al cónyuge supérstite o compañero permanente supérstite. La otra mitad que corresponderá a los gananciales del *de cujus*, que, más los bienes de exclusiva propiedad del *de cujus*, formarán el patrimonio herencial, el cual se dividirá en tres cuotas iguales que serán distribuidas así: una cuota para C; una cuota para D; una cuota para ser distribuida entre E y F que heredan por representación de su padre B (C. C., arts. 1041, 1042, 1043 y 1045).

Se atienden los pasos 1 y 2 anteriores y el tercero se visualiza así:



Gráfico núm. 5

d) Fallece A y hay cónyuge supérstite o compañero permanente sin derecho a gananciales (por ejemplo, porque el único patrimonio es un bien que A heredó). En tal caso, el cónyuge supérstite o compañero permanente tiene derecho a la porción conyugal, la cual equivale a la legítima rigorosa de un hijo (C. C., art. 1236). La legítima rigorosa, como se describe más adelante, es la mínima porción que le debe corresponder a un legitimario, la cual resulta de dividir la mitad del patrimonio herencial por iguales partes entre los legitimarios. En este caso, el viudo participa como un legitimario más. La masa herencial restante se dividirá entre los descendientes.

Piénsese, por ejemplo, que se presenta la situación anterior y A fallece y tiene dos hijos (descendientes). La distribución se hará así:

1) Primer paso: se determina la mitad legítima que corresponde al 50 por ciento de la masa herencial.

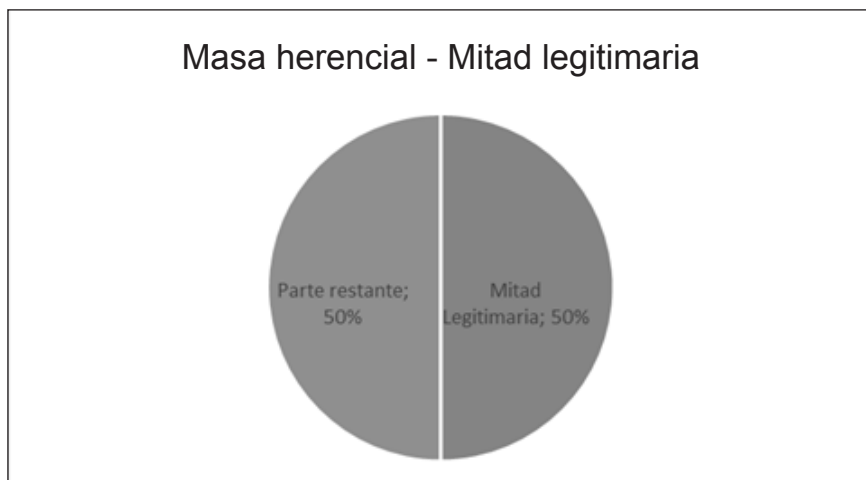


Gráfico núm. 6

2) Segundo paso: se determina el valor de la legítima rigurosa que corresponde al valor de la mitad legítima dividida por el número de legitimarios, incluyendo en este caso al cónyuge o compañero permanente que optó por porción conyugal.

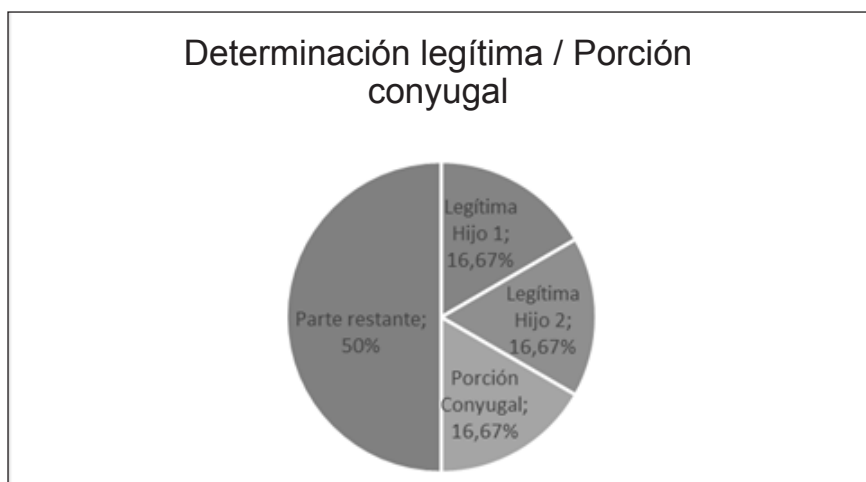


Gráfico núm. 7

3) Tercer paso: distribución de la herencia. Al cónyuge o compañero permanente le corresponderá el monto de la porción conyugal. A los descendientes les corresponderá el valor de su legítima más la cuota de la parte restante. El resultado final puede verse en el gráfico siguiente:

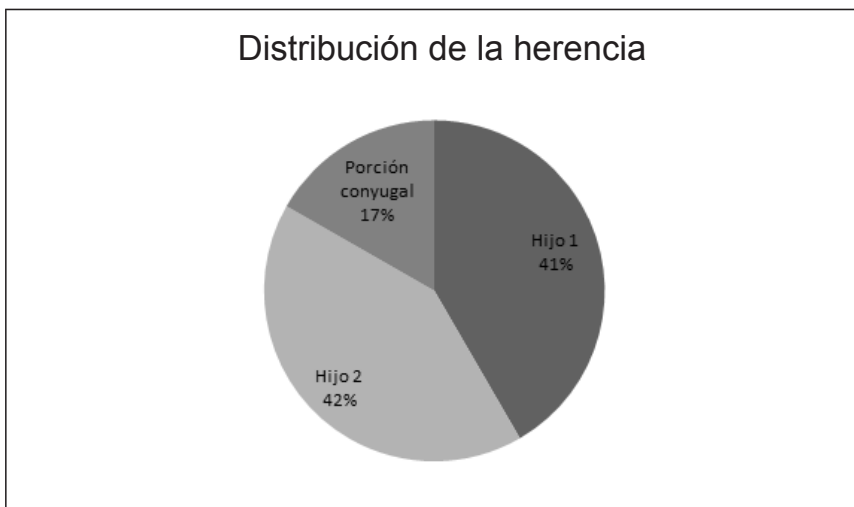


Gráfico núm. 8

4) Resultado final:

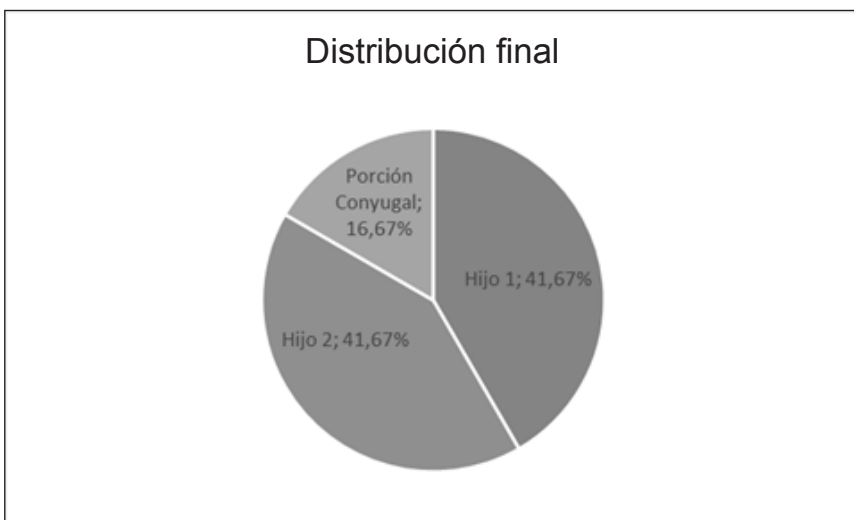


Gráfico núm. 9

Para la explicación de la distribución bajo el primer orden sucesoral, podríamos seguir utilizando diversas combinaciones de situaciones que pueden presentarse. Por ejemplo, el caso de cónyuge o compañero permanente que optan por porción conyugal con descendientes de A que heredan por representación. Creemos que las explicadas permiten presentar de manera clara algunas posibilidades que le abren el camino al lector para el desarrollo de otras alternativas.

b) *Segundo orden.* A falta de descendientes, concurren los ascendientes de grado más próximo, los padres adoptantes y su cónyuge, siendo este uno de los casos en que el cónyuge adquiere la condición de heredero. Ya explicamos las razones por las cuales consideramos que la redacción que conserva el inciso 1º del artículo 1046 en cuanto señala que están llamados a recoger simultáneamente la herencia los ascendientes y los padres adoptantes, resulta improcedente. Además, debe recordarse que en los términos de la sentencia C-238 de 2012, la expresión cónyuge, utilizada en el artículo 1046, se extiende “al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho”.

Dice el artículo 1046 del Código Civil que, en caso de que no haya descendientes, la distribución se hará por cabezas, es decir, se hará dividiendo el número de personas que cumplan las condiciones previstas en la norma y concurren a recoger la herencia (C. C., art. 1042).

Como ya se explicó, para que la herencia pueda distribuirse en los términos del segundo orden sucesoral, es necesario que sobrevivan al *de cujus* ascendientes, pues de lo contrario, el cónyuge estará llamado a recoger la herencia conjuntamente con los hermanos del causante (tercer orden). Veamos algunas posibilidades, anotando que la depuración de la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial es necesario efectuarla previamente en la forma en que ya se explicó.

a) Si no hay cónyuge supérstite, heredan los ascendientes por cabezas (los padres o, a falta de estos, los abuelos). (Ver gráfico núm. 10)

b) Si hay cónyuge supérstite, este hereda por cabezas junto con los ascendientes o padres adoptivos. Como se ha dicho, es menester liquidar previamente la sociedad conyugal, y bajo este supuesto, el cónyuge sobreviviente percibiría en el trámite sucesoral sus gananciales y adicionalmente su cuota en la herencia del causante de acuerdo con el gráfico número 11.

**Gráfico núm. 10****Gráfico núm. 11**

c) Si hay cónyuge superviviente y un solo ascendiente o padre adoptivo. Al igual que el caso anterior, como se ha dicho, es menester liquidar de antemano la sociedad conyugal. Bajo este supuesto, el cónyuge sobreviviente percibiría en el trámite sucesoral sus gananciales y adicionalmente su cuota en la herencia del causante de acuerdo con el siguiente gráfico.



Gráfico núm. 12

c) *Tercer orden*. Si no hay ascendientes, ni padres adoptantes, pueden reclamar la herencia el cónyuge del causante y los hermanos del *de cuius*, bajo las siguientes reglas. En los términos de la sentencia C-238 de 2012, la expresión cónyuge, utilizada en el artículo 1046 del Código Civil, se extiende “al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho”.

Los siguientes ejemplos sirven para ilustrar la liquidación de la herencia, anotando nuevamente que es necesario liquidar la sociedad conyugal o patrimonial previamente, tal y como se explicó arriba, pues para determinar la herencia por distribuir resulta indispensable conocer los gananciales —si a ello tiene derecho el causante— con el fin de formar la herencia.

a) Si no hay cónyuge supérstite y hay, por ejemplo, cuatro hermanos, estos heredan por cabezas. (Ver gráfico núm. 13).

b) Si no hay cónyuge supérstite y hay, por ejemplo, cuatro hermanos, uno de ellos fallecido con dos hijos, la distribución se hace de acuerdo con el siguiente esquema. Recuérdese que en los términos del artículo 1043 del Código Civil, el derecho de representación puede ser invocado por los descendientes de los hermanos. (Ver gráfico núm. 14).

Distribución de la herencia

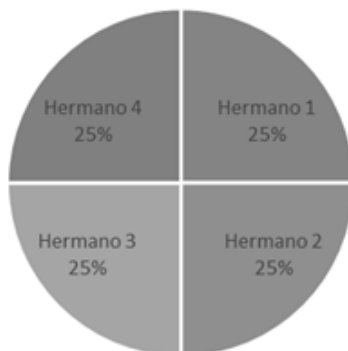


Gráfico núm. 13

Distribución herencia



Gráfico núm. 14

c) Hay cónyuge supérstite y hay, por ejemplo, cuatro hermanos. Se distribuye la herencia 50 por ciento para aquel y el remanente se distribuye por cabezas.

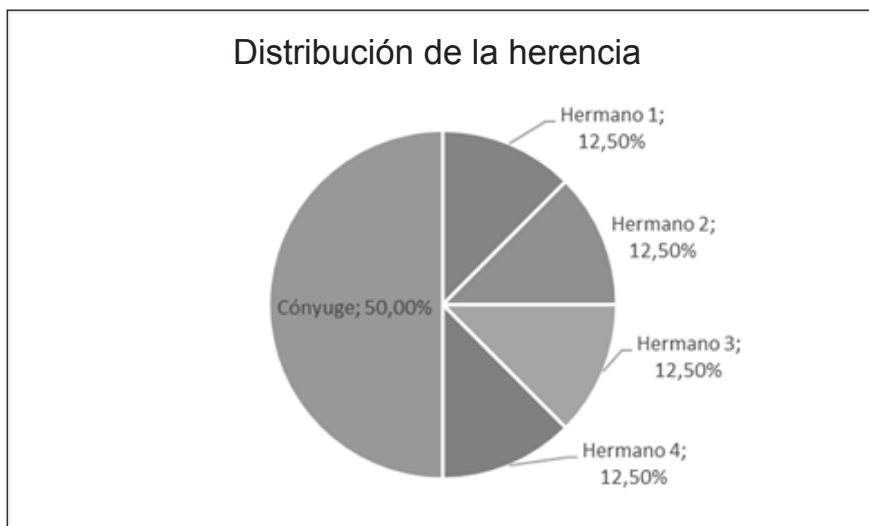


Gráfico núm. 15

d) Hay cónyuge supérstite y hay, por ejemplo, cuatro hermanos, uno de ellos fallecido con dos hijos; la distribución se hace de acuerdo con el siguiente esquema. Recuérdese que en los términos del artículo 1043 del Código Civil, el derecho de representación puede ser invocado por los descendientes de los hermanos.

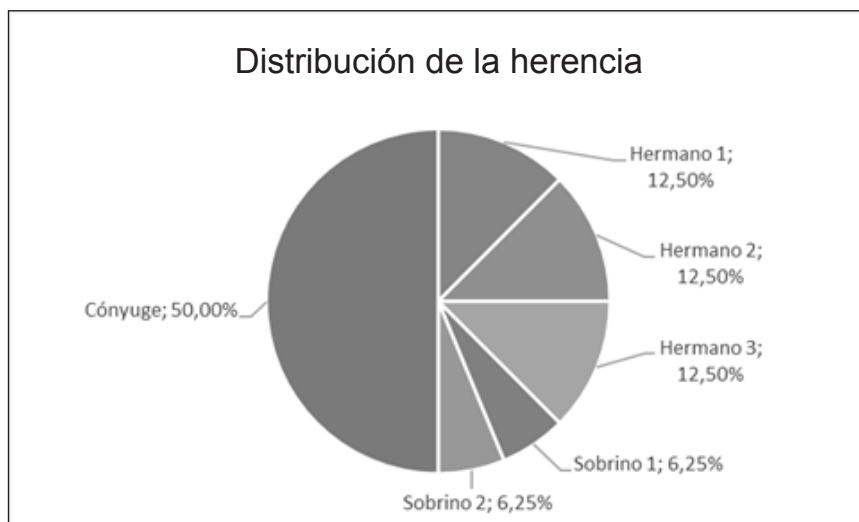


Gráfico núm. 16

e) Si no hay hermanos y hay cónyuge supérstite, este hereda la totalidad del patrimonio herencial.



Gráfico núm. 17

f) Y finalmente la ley hace una distinción entre hermanos que comparten el padre y la madre, llamados hermanos carnales, y hermanos que únicamente comparten uno de los dos padres, conocidos como “medio hermanos”, pues en tal caso, la ley establece que aquellos recibirán una partida equivalente al doble de la que recibirían estos.

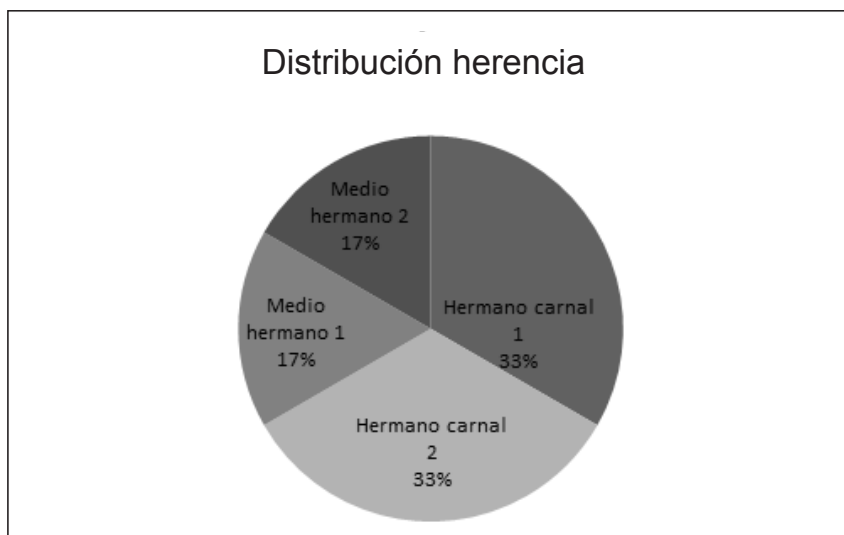


Gráfico núm. 18

d) *Cuarto orden*. Si no hay hermanos sobrevivientes, ya sea directamente o por representación, heredan los sobrinos; quienes heredan por cabezas.

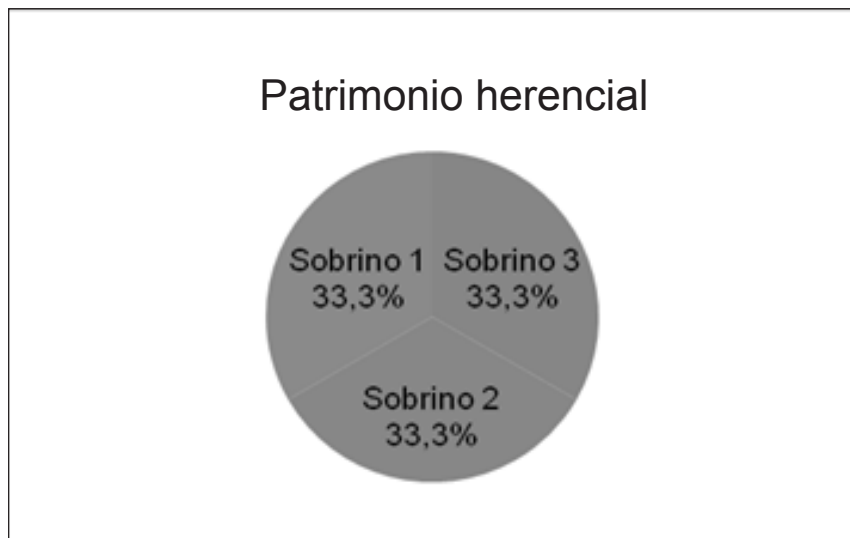


Gráfico núm. 19

e) *Quinto orden*. Finalmente, si no hay sobrinos, el ICBF es el llamado a recoger toda la herencia.

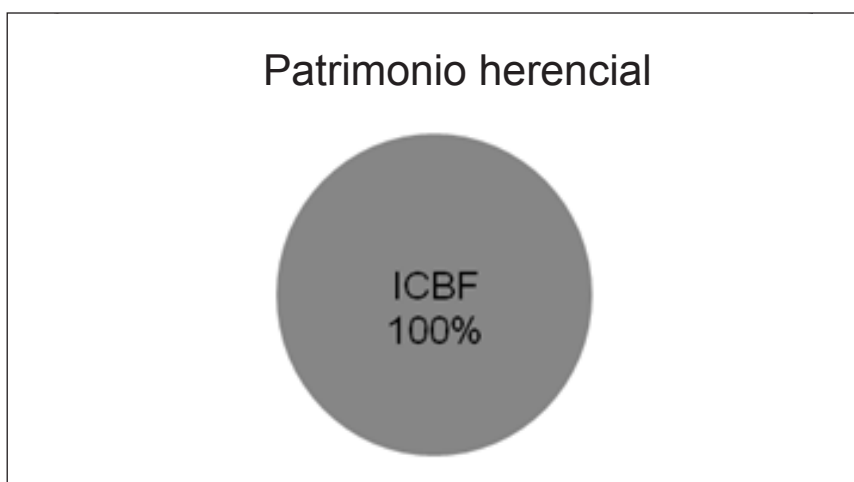


Gráfico núm. 20

7. LA SUCESIÓN TESTADA

El régimen de la sucesión testada se encuentra en los artículos 1113 a 1278 del Código Civil.

A manera de introducción, resulta importante señalar que el régimen de la sucesión testada, previsto en los artículos 1113 a 1278 del Código Civil, fue modificado recientemente por la ley 1934 del 2018, vigente desde el 1º de enero de 2019. Sin embargo, dicha modificación no es absoluta pues el artículo 22 indica que la nueva normativa “no será aplicable a los testamentos que hayan sido depositados en notaría antes de la vigencia de la presente ley, los cuales seguirán regulados por la legislación anterior”. Entonces, si bien la legislación previa irá paulatinamente perdiendo aplicabilidad, resulta necesario mantener algunas referencias a la normativa precedente, lo cual se hará a medida que se desarrollen los temas de este capítulo.

No deja de llamar la atención la falta de rigor del legislador. Se señala que la ley anterior será aplicable a los testamentos “depositados en notaría” con anterioridad a la vigencia de la ley 1934 de 2018. ¿Significa entonces que los que no cumplan con dicho requisito carecen de validez? ¿Por ejemplo, que pasaría con el testamento otorgado en país extranjero de “conformidad a las leyes del país o Estado en que se otorgó” si en tal país no se requiere de escritura pública? ¿O qué pasaría con el testamento abierto o nuncupativo que se hubiere otorgado bajo los términos del artículo 1071 del Código Civil ante cinco testigos cuando en el lugar en que se otorgó no hay notario o faltare este funcionario?

Creemos que más claro y sencillo hubiera sido que el Congreso de la República señalara que los testamentos otorgados antes del 1º de enero de 2019 continuarían rigiéndose por la ley anterior.

Tampoco guarda consistencia jurídica la palabra “depositados” utilizada por la ley, pues en estricto sentido tal expresión apunta al acto de protocolizar un documento ante notario público, lo cual ocurre, en los términos del artículo 56 del decreto 960 de 1970 cuando la ley o el juez ordenan que se incorporen en el protocolo, para la guarda o conservación del notario, cualquier actuación, expediente o documento, facultad de la cual puede hacer uso, respecto de cualquier documento toda persona. En otras palabras, se entrega para la guarda y conservación por parte del notario y mediante una escritura pública, cualquier documento, el cual, por dicha circunstancia no adquiere mayor fuerza o valor, tal y como lo puntualiza el artículo 57 del decreto 960 de 1970.

En estricto sentido, el único testamento que se protocoliza es el cerrado, es decir, aquel que se entrega al notario por el testador en sobre cerrado (C. C., art. 1080). Sin embargo, creemos que la referencia que hace el artículo 22 de la ley 1934 de 2018 resulta una impropiedad del legislador pues estimamos que la ley reconoce validez a cualquier testamento que hubiese sido otorgado con anterioridad, en particular en razón a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la ley 153 de 1887.

A) *El testamento*

La ley civil reconoce a las personas físicas autonomía para determinar cuál será el destino de su patrimonio después de su muerte. Esta declaración o “acto de última voluntad” se denomina testamento y da lugar a que se apliquen las reglas de la sucesión testada. Quien opta por esta vía puede expresar su querer pero, como se verá, su libertad de disponer se encuentra limitada ya que no puede excluir del testamento ciertas asignaciones que se consideran forzosas en aras de proteger a sus familiares más cercanos y, dado el caso, a su cónyuge.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado: “La palabra testamento trae su origen en la frase latina ‘testatio mentis’, o sea, testimonio de la voluntad. Según el artículo 1055 del C. C., el testamento es un acto más o menos solemne, por el que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. Según el artículo 1059 del mismo Código, el testamento es un acto de una sola persona, y agrega en su inciso 2º, que «serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona»”⁹⁹.

Como lo ha dicho la Corte, el testamento “es un acto jurídico unilateral, esto es, solamente necesita la voluntad de una sola persona para producir los efectos que le son propios, su finalidad dispositiva de bienes para después de la muerte del testador”¹⁰⁰. Esto explica que el testamento sea “un acto esencialmente revocable por la sola voluntad que lo crea, y lo único que lo torna en irrevocable, es la muerte del otorgante”¹⁰¹.

⁹⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 mayo 1949, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, tomo LXVI, págs. 51-58.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

B) *Características del testamento*

(i) El testamento es una declaración unilateral de voluntad, de carácter personalísimo e indelegable (C. C., art. 1060);

(ii) Esta declaración puede ser “más o menos solemne”, según las formalidades que la ley exija en los distintos tipos de testamento¹⁰². Dicha clasificación surge de la diferenciación que trae la ley entre los testamentos solemnes, que a su turno corresponden a los abiertos, los nuncupativos o públicos, y los cerrados (C. C., arts. 1067, 1070 y 1078), por oposición a los testamentos privilegiados que corresponden al testamento verbal, al militar y al marítimo (C. C., art. 1087);

(iii) Su objeto es la disposición de los derechos patrimoniales y las deudas del testador, para que se cumpla su voluntad al ocurrir su muerte.

(iv) La disposición de bienes se realiza a título gratuito y es esencialmente revocable, aunque el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas (C. C., art. 1057).

C) *Requisitos para otorgar el testamento*

(i) *Requisitos de fondo*. Son los señalados en el artículo 1502 del Código Civil con carácter general para la validez de todos los actos jurídicos, a saber: el testador debe ser capaz, debe dar su consentimiento libre de vicios, y el objeto y la causa de la expresión de voluntad deben ser lícitos.

(ii) *Presunción de autenticidad*. “La *capacidad* y el estado de normalidad mental del testador se presumen y lo amparan, de modo que cuando esa presunción se destruye plenamente [...] es cuando no tiene eficacia legal. [...] Además de la presunción sobre la capacidad y estado sano mental del testador existe otra de carácter general y es la que, siendo los notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones llevan una presunción de veracidad que no puede destruirse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquella. Cuando el notario

¹⁰² El art. 1064 del C. C. establece que el testamento puede ser solemne o menos solemne. En el primero, se han observado todas las formalidades que la ley ordinariamente requiere. A su vez, el testamento solemne puede ser abierto (arts. 1070 a 1077) o cerrado (arts. 1078 a 1082). El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas formalidades por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley. Según el art. 1087 del C. C., los testamentos privilegiados son de tres clases: testamento militar (arts. 1096 a 1104), testamento verbal (arts. 1090 a 1097) y testamento marítimo (arts. 1105 a 1112).

declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada”¹⁰³.

(iii) *Requisitos de forma*¹⁰⁴. Depende de la clase de testamento. Así, las formalidades variarán dependiendo que sea un testamento solemne (abierto, cerrado, otorgado en el exterior) o menos solemne o privilegiado (verbal, marítimo o militar).

(iv) El testador puede designar albaceas o ejecutores testamentarios, que son las personas a quienes encarga de hacer ejecutar las disposiciones del testamento (C. C., arts. 1327-1367)¹⁰⁵.

D) *Asignaciones testamentarias*

El artículo 1010 del Código Civil señala:

“Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes.

”Con la palabra asignaciones se significan en este libro las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley.

”Asignatario es la persona a quien se hace la asignación”.

En el apartado anterior se hizo un repaso en torno a las personas que, de conformidad con la ley, son llamadas a recoger la herencia. Corresponde ahora, según los términos del inciso 1º del artículo citado, precisar quiénes pueden ser asignatarios, ya sea a título universal o a título singular (C. C., art. 1011) cuando dicha designación proviene de la voluntad testamentaria.

a) *Designación del asignatario*. En primer lugar, debe decirse que el artículo 1113 del Código Civil expresa que “todo asignatario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, la asignación se tendrá por no escrita”.

¹⁰³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 junio 1963 (sin publicar).

¹⁰⁴ Sobre los requisitos y formalidades del testamento, véanse C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 enero 2006, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 25843-31-84-001-1999-00037-01; sent. de 31 agosto 2009, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3110-001-1996-00324-01 y sent. de 13 octubre 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 41001-3110-001-2000-00512.

¹⁰⁵ Puede igualmente el testador instituir albaceas fiduciarios, quienes reciben encargos secretos y confidenciales respecto de la porción de bienes de libre disposición (C. C., arts. 1368-1373).

Por su parte, el artículo 1121 de citado código señala que “la elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno”, con lo cual se establece que el causante no podrá instituir a un tercero para que escoja al asignatario, como tampoco podrá integrar a un grupo de personas para que dentro de ellas un tercero lo escoja.

El inciso 3º del artículo 1019 del Código Civil consagra la facultad del testador de designar como asignatarios a personas que no existan pero que se espera que existan, con lo cual establece una excepción a la regla general según la cual para heredar se requiere ser persona, ser capaz y no ser indigno al deferirse la sucesión (C. C., art. 1018).

Dicho inciso 3º permite designar asignatarios a personas que se espera que existan sujeto a la condición suspensiva de que dichas personas existan antes de treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión. Dicho término debe entenderse reducido, en primer lugar, por la ley 50 de 1936 que disminuyó las prescripciones treintenarias a veinte años y, posteriormente, por la ley 791 de 27 de diciembre de 2002, que las limitó a diez años. La puntualización anterior obedece a que, para la fecha de este escrito, aún pueden presentarse eventos que se enmarquen bajo una prescripción de veinte años prevista en la ley 50 de 1936, ya que el artículo 30 de la ley 153 señala que “los derechos deferidos bajo una condición que atendida las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva y por el tiempo que señalare la precedente”, norma que debe leerse en concordancia con el artículo 41 de la misma ley 153 de 1887 que indica que “la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente”.

Así las cosas y si, por ejemplo, se hubiere extendido un testamento en el mes de noviembre de 2002, antes de la entrada en vigencia de la ley 791 de 2002 y en él se hubiese designado un asignatario que se esperaba que existiera, la condición se debe tener por fallida al vencimiento de los veinte años prevista en la ley anterior (en noviembre de 2022) y no al vencimiento de los diez años (noviembre de 2012) señalados en la ley 791 de 2002.

b) *Asignaciones forzosas*. Si bien el testador goza de libertad para disponer de sus bienes, tal facultad no es ilimitada. El artículo 1226 del Código Civil (disposición que fue modificada por el art. 2º de la ley 1934

de 2018) establece que las “asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”.

Las asignaciones forzosas se presentan como una limitación a la libertad absoluta de testar, ya que “señalan los confines hasta dónde llega la libertad de disponer por testamento, que consagra el artículo 1037 del C. C.”¹⁰⁶, institución que consagra la denominada reserva hereditaria que declara intangible una porción de la herencia e impide, de un lado, la exclusión de herederos forzosos sin causa legal (desheredamiento *de facto*) y, de otro, romper la igualdad de los coherederos¹⁰⁷. Se trata, como dice CARRIZOSA PARDO, de normas de orden público que “han sido levantadas por motivos de protección a la familia, que están respaldadas por razones morales y por necesidades de público interés”, de manera que debe ser atendidas por el testador.

“Quienes tienen derecho a una asignación forzosa se llaman asignatarios forzosos (o asignatarios legales), y el capital o porción de bienes que es necesario destinar para las asignaciones forzosas se denomina patrimonio de forzosa disposición”¹⁰⁸. El artículo 1226 antes citado establece, en la actualidad, tres asignaciones forzosas y, anteriormente, señalaba cuatro así:

- (i) Los alimentos que se deben por ley;
- (ii) La porción conyugal¹⁰⁹, y
- (iii) Las legítimas¹¹⁰.

¹⁰⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 julio 1950, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, tomo LXVII, págs. 440-448.

¹⁰⁷ TERRÉ, *op. cit.*, págs. 495 y ss.

¹⁰⁸ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 304.

¹⁰⁹ “La porción conyugal es la parte que le corresponde al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su subsistencia”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 julio 1950, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, tomo LXVII, págs. 440-448.

¹¹⁰ El art. 1239 del C. C. expresa que “la legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”. La ley ordena que el testador que tenga asignatarios forzosos calificados de legitimarios, debe destinar la mitad de su patrimonio para distribuirlo por cabezas o estirpes entre estos “según el orden y reglas de la sucesión intestada” (C. C., art. 1242). Esta mitad del patrimonio es denominada *mitad legitimaria*, la cual, dividida entre los distintos legitimarios arroja la *legítima rigurosa* (asignación particular del legitimario).

Anteriormente el artículo 1226 del Código Civil agregaba, como asignación forzosa, la porción correspondiente a la cuarta de mejoras¹¹¹. Dicha porción fue eliminada por el artículo 4º de la ley 1934 de 2018, a pesar de que dicha norma se titule “Cuarta de mejoras y de libre disposición”, siendo que aquella desapareció.

Por tratarse de un aspecto esencial para comprender las asignaciones testamentarias, resulta de suma importancia realizar un breve repaso de estas limitantes.

a’) *Los alimentos que se deben por ley*. Responde esta limitación a la protección a cargo de la persona pudiente y a favor de la persona de escasos recursos, con el fin de garantizar la mutua asistencia que se desprende de la noción de familia. El ordinal 1º del artículo 1226 del Código Civil se refiere a los alimentos que se deben por ley, lo cual nos remite a lo previsto en el artículo 411 del Código Civil que señala los beneficiarios de esta obligación legal.

b’) *La porción conyugal*. De conformidad con lo indicado en el artículo 1230 del Código Civil, se entiende por porción conyugal aquella “parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”. La congrua subsistencia se refiere a una cantidad moderada pero suficiente para la manutención de una persona, no solo en términos cuantitativos sino cualitativos, acorde con los principios constitucionales de la dignidad humana y el mínimo vital.

Tiene derecho a la porción conyugal inclusive el cónyuge divorciado siempre y cuando carezca de bienes. Bajo los términos de la ya citada sentencia C-238 de 2011 de la Corte Constitucional, la expresión cónyuge se extiende “al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho”.

De acuerdo con lo anterior, únicamente el cónyuge que pueda calificarse de “pobre”, goza de este derecho. No tiene tal connotación el cónyuge que tiene bienes que superan el valor de la porción conyugal y, por lo tanto, en tal caso el testador gozará de libertad para disponer de su

¹¹¹ La cuarta de mejoras era una asignación forzosa que la ley permitía que el padre o la madre de familia asignase a sus hijos legítimos, adoptivos o extramatrimoniales o hijos naturales, a descendientes legítimos de estos, fueran o no legitimarios (C. C., art. 1242, inc. 3º).

patrimonio. Tales bienes, como lo precisa CARRIZOSA PARDO, “pueden ser propios suyos, o derechos en la sucesión o gananciales”¹¹², que, cuando los conserva, su valor resulta inferior al valor de la porción conyugal.

Lo anterior se encuentra plasmado con claridad en el artículo 1234 del Código Civil en virtud del cual, si el cónyuge supérstite tuviere bienes de valor, pero inferiores al valor de la porción conyugal “solo tendrá derecho al complemento” a título de porción conyugal. Agrega el artículo 1235 del Código Civil que el cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio o bien retener tales derechos y bienes, renunciando a la porción conyugal o bien abandonarlos y solicitar la porción conyugal. En este caso, los bienes abandonados entran a formar parte de la herencia y, por lo tanto, los gananciales resultan incompatibles con la porción conyugal.

La porción conyugal es equivalente a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta (art. 1236) en todos los órdenes sucesorales diferentes del primer caso en el cual la porción conyugal será igual a la legítima de un descendiente y respecto de ella ya se hizo una explicación a la cual nos remitimos

Debe anotarse que la porción conyugal no es acumulable con los gananciales.

c') *Las legítimas*. Se entiende por legítimas, según las define CARRIZOSA PARDO, “la cuota mínima de la herencia reservada por la ley a ciertos herederos ab intestato que se denominan legitimarios”. En tal caso, es decir, cuando hay legitimarios, el actual artículo 1242 dispone que el 50 por ciento de la herencia corresponde a la porción que debe ser distribuida entre ellos —conocida como mitad legitimaria— quienes tendrán derecho a percibirla atendiendo las reglas de división de la sucesión intestada. La asignación así obtenida corresponde a cuota del legitimario o legítima, y equivale, para efectos de la porción conyugal, a la partida que le correspondería al cónyuge pobre que hubiere renunciado a los gananciales y hubiere optado por la porción conyugal.

Definidas así las legítimas, resulta necesario determinar a quiénes considera la ley como legitimarios. El artículo 1240 del Código Civil, señalaba que eran legitimarios las siguientes personas:

- (i) Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial;
- (ii) Los ascendientes;

¹¹² CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 389.

(iii) Los padres adoptantes.

(iv) Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

La norma en vigor, que corresponde al artículo 3º de la ley 1934 de 2018, indica que tienen la condición de legitimarios las siguientes personas:

(i) Los descendientes, personalmente o representados, y

(ii) Los ascendientes.

La supresión de los padres adoptantes y los padres de sangre del hijo adoptivo en forma simple guarda coherencia con lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado por la ley 1098 de 2006, en la medida en que el numeral 4 del artículo 64 dispuso que el hijo adoptivo, deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad que tuviere el adoptado. Así mismo es consistente con lo señalado por el artículo 103 del Código del Menor (decr.-ley 2737 de 1989) que eliminó la diferencia existente entre la adopción plena y la simple prevista en la ley 5ª de 1975. Por lo tanto, haber conservado la referencia a los padres adoptantes y a los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple, resultaba innecesario y contradictorio por lo que la reforma acoge la estructura legal de la adopción.

Así las cosas y si se tiene en cuenta que el artículo 64 de la ley 1098 de 2006 señala, de un lado, que “la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos” (num. 2) y, de otro, que “por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad” (num. 4), los padres adoptivos quedan cobijados en el concepto de ascendientes a que se refiere el numeral 2 del actual artículo 1240 y por lo tanto, resulta innegable su condición de legitimarios.

Ahora bien, en lo que se refiere al numeral 1, la redacción anterior se limitaba a considerar como legitimarios a los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial. La redacción actual se refiere a que tienen la condición de legitimarios los “descendientes personalmente o representados”.

Como se observó previamente, el derecho de representación evita que los parientes más próximos excluyan a los más lejanos, pues se presentarían desequilibrios significativos que no pueden ser protegidos por el derecho.

d’) *La cuarta de libre disposición para testamentos otorgados antes del 1º de enero de 2019.* Previo a la reforma introducida por la ley 1934 de

2018, el artículo 1242 del Código Civil consagraba otra asignación forzosa que no podía omitir el testador. Se trataba de la denominada “cuarta de mejoras” que correspondía al 25 por ciento o cuarta parte de los bienes del testador con los cuales el testador hubiese querido “favorecer a unos o más descendientes [...] sean o no legitimarios”. No se requería entonces que el beneficiario fuera legitimario. Ejemplo de lo anterior es el caso en que contando con dos legitimarios —A y B hijos de C— el testador —C— al amparo de lo previsto en el artículo 1240 anterior favoreciera a su nieto. Este era descendiente pero no legitimario y por lo tanto, la asignación resultaba válida.

El artículo 1242 del Código Civil fue reformado por la ley 1934 de 2018 y sustituido por el artículo 4º de la mencionada ley. En razón de la nueva redacción de aquel, el legislador suprimió esta asignación forzosa de manera que, a partir del 1º de enero de 2019, no resulta imperativo respetar la cuarta de mejoras que, en la práctica, le impedía al testador disponer libremente más allá del 25 por ciento de sus bienes que correspondían a la cuarta de libre disposición. Significa lo anterior, que la única limitante y asignación forzosa para los testamentos otorgados a partir del 1º de enero de 2019, es la mitad legitimaria cuyas características ya se explicaron¹¹³.

Excluida la mitad legitimaria y, con anterioridad al 1º de enero de 2019, la cuarta de libre de mejoras, el remanente —50 por ciento en el primer caso y 25 por ciento en el segundo— podrá ser materia de adjudicación libre por parte del causante, en favor de cualquier persona sin atender lazos de parentesco.

c) *División del patrimonio del “de cujus”*. Dos casos se pueden presentar:

a’) *División atendiendo el régimen anterior a la ley 1934 de 2018 aplicable a los testamentos otorgados antes del 1º de enero de 2019*. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y con arreglo a los términos previos a la ley 1394 de 2018, testamentariamente el patrimonio herencial se podía dividir imaginariamente en cuatro partes, de la siguiente manera para efectos de su distribución entre herederos y legatarios (C. C., art. 1242). (Gráfico núm. 21).

b’) *División atendiendo el régimen de la ley 1934 de 2018 aplicable a los testamentos otorgados después del 1º de enero de 2019*. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 1242 la siguiente es la distribución posible del patrimonio del *de cujus*. (Gráfico núm. 22).

¹¹³ Véase el art. 21 de la ley 1934 de 2018.



Gráfico núm. 21

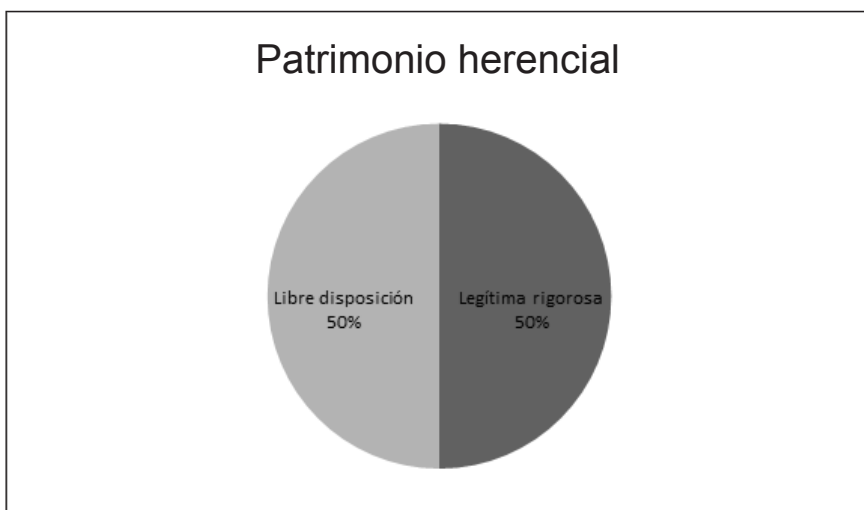


Gráfico núm. 22

8. DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS Y TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES

Dado que el patrimonio lo integran no solo de bienes y derechos a los cuales ya se ha hecho referencia, sino también las obligaciones, se

transfieren igualmente los vínculos jurídicos en los cuales el causante tiene la condición de parte pasiva, transferencia que puede limitarse en favor de los herederos en razón de la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, a la cual se hará referencia más adelante.

No se impone en dicha transferencia que la obligación sea exigible, ni que el acreedor cuente con un título ejecutivo. Los herederos, como sucesores del causante quedan vinculados por las relaciones contractuales celebradas por el *de cujus*, así como quedan atados al pago de la indemnización originada en la responsabilidad civil extracontractual por los hechos del causante. Ello explica la redacción del artículo 2343 del Código Civil que en materia de responsabilidad civil extracontractual enseña que es obligado a la indemnización el que “hizo el daño y sus herederos”.

Así, y en línea con lo anterior, el artículo 87 del Código General del Proceso establece que puede demandarse, en proceso declarativo o de ejecución a los herederos, determinados o indeterminados de una persona, ya sea que se haya o no iniciado el trámite del proceso sucesoral. Valga resaltar la precisión que se hizo en la redacción del artículo 87, en cuanto expresamente consagró la posibilidad de dirigir la demanda contra los herederos, sea que se trate de un proceso declarativo o de uno ejecutivo, pues la anterior redacción de su par, el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, únicamente otorgaba dicha posibilidad en los procesos de conocimiento.

Tal puntualización tornó innecesaria la regla que traía el artículo 1434 del Código Civil que, si bien consideraba que los títulos ejecutivos contra el difunto lo eran igualmente contra sus herederos, impedía adelantar el proceso ejecutivo sin que mediara la notificación de su existencia a estos (cfr. art. 489 del derogado C. de P. C.), norma del Código Civil que vino a ser derogada por el artículo 626 del Código General del Proceso. En la actualidad no se impone atender el trámite que ordenaba el artículo 1434 del Código Civil y puede adelantarse la ejecución sin necesidad de agotar tal requisito.

Como se ha señalado, los herederos son los continuadores de la personalidad del causante y, por lo tanto, deben asumir y pagar tanto las deudas hereditarias, es decir, las que el causante contrajo en vida, como las testamentarias, ello es, aquellas que surgen de su testamento y las disposiciones de última voluntad¹¹⁴. Este principio es aplicable a todas

¹¹⁴ *Ibid.*, pág. 125.

las deudas del fallecido, sean ellas de fuente contractual, extracontractual, legal o proveniente de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

Además de las deudas hereditarias y testamentarias, existen unas cargas de la sucesión que son “las deudas que se originan con ocasión de la muerte del causante”¹¹⁵. Son, en general, “las deudas nacidas después de la apertura de la sucesión pero que encuentran su causa en la muerte o en la necesidad de reglamentar la sucesión”¹¹⁶. Las principales cargas son los gastos de la última enfermedad, los de entierro, los honorarios a los profesionales que intervienen en el proceso y los gastos necesarios para la administración de la herencia¹¹⁷. Dichas cargas deben ser canceladas antes de estimar el valor de las asignaciones forzosas.

Como los herederos se reparten el patrimonio del causante en la proporción que la ley o el testador han establecido, las deudas siguen este mismo principio general, de tal forma que estas se dividen entre todos a prorrata de su participación en la herencia (C. C., art. 1411). Sin embargo, no todas las obligaciones del causante pueden transmitirse a los herederos, ya que algunas se extinguen al fallecimiento de este. Esto sucede con las obligaciones que para su cumplimiento suponían aptitudes especiales del deudor, o que por disposición de la ley se extinguen con la vida del deudor¹¹⁸.

De conformidad con el artículo 1415 del Código Civil, el testador está facultado para disponer la forma en que los herederos pagarán sus deudas, en proporción diferente de sus respectivas cuotas hereditarias y puede gravar exclusivamente a determinados herederos. Sin embargo, los acreedores hereditarios no están obligados a aceptar la división hecha por el testador.

En relación con los legatarios, al no ser estos sucesores en el patrimonio del causante, ni tampoco continuadores de la persona del *de cuius*, no están compelidos por la ley a pagar las deudas hereditarias ni responden por cargas distintas de las que el testador expresamente les haya impuesto. Si el testador ha destinado a legados parte de los bienes reservados por ley a los legitimarios, o si al abrirse la sucesión no hay activos suficientes para el pago de las deudas hereditarias, los acreedores tienen acción contra los herederos y subsidiariamente contra los legatarios (C. C., art. 1419).

¹¹⁵ AGUADO MONTAÑO, *op. cit.*, pág. 326.

¹¹⁶ TERRÉ, *op. cit.*, pág. 616.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, pág. 126.

Estos actúan como fiadores de los herederos y por ello gozan del beneficio de excusión para rechazar el cobro de los acreedores, quienes deben dirigirse en primer lugar contra aquellos¹¹⁹.

En este orden de ideas, los principios generales que rigen en materia de deudas transmisibles *mortis causa* son los siguientes:

(i) Cuando fallece el causante opera la transmisión de todos sus derechos y obligaciones a sus herederos. Las deudas sucesorales pueden provenir de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

(ii) Previamente a la adjudicación definitiva en el patrimonio de los herederos, debe haber aceptación de la herencia (pura y simple o con beneficio de inventario).

(iii) El derecho de prenda general de los acreedores pervive en los herederos, quienes responderán por las deudas a prorrata de su participación en la herencia.

(iv) Las deudas hereditarias constituyen bajas generales de la herencia y se deducen de la masa de bienes que el difunto ha dejado, según lo dispone el artículo 1016 del Código Civil por lo que se descuentan del acervo bruto¹²⁰.

(v) En la división de deudas entre los coherederos no opera solidaridad alguna; la obligación de los herederos es simplemente conjunta¹²¹. Las obligaciones pactadas por el causante como solidarias, pierden ese carácter. Sin embargo, el testador puede imponer solidaridad a los herederos para el pago de una o más obligaciones; de acuerdo con el inciso

¹¹⁹ SIMÓN CARREJO, *Derecho civil. Sucesiones y donaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972, pág. 462.

¹²⁰ Las bajas generales previstas en el art. 1016 del C. C. son: 1º) las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, y demás anexas a la apertura de la sucesión; 2º) las deudas hereditarias; 3º) los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria; 4º) las asignaciones alimenticias forzosas; 5º) la porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de la sucesión menos en el de los descendientes.

¹²¹ Véanse los arts. 1412 y 1580 del C. C. De ahí que la demanda intentada en contra de un heredero interrumpe la prescripción solo a su respecto, no respecto de los demás herederos del causante (situación que denota la independencia de cada uno de ellos y su autonomía para enfrentar al acreedor); la insolvencia de un heredero no grava a los demás; el pago que hace uno de los herederos solo extingue su obligación y no tiene efecto alguno en lo tocante a las deudas de los demás herederos; la obligación solidaria contraída por el causante se transmite a los herederos pero cada heredero será responsable de la parte o cuota que le corresponde, en relación a la totalidad de la deuda que pesaba sobre el causante.

2º del artículo 1568 del Código Civil, el testamento es, junto con la ley y la convención, fuente de solidaridad en obligaciones.

(vi) Las obligaciones personalísimas y aquellas que por mandato de la ley se extingan con la muerte del deudor, no son transmisibles.

(vii) El testador puede distribuir entre sus herederos las obligaciones en la forma que estime conveniente, pero no puede lesionar las asignaciones forzosas, ni perjudicar los derechos de los acreedores¹²². Sin embargo, cuando la prestación es indivisible o se ha celebrado pacto de indivisibilidad entre el acreedor con el deudor-causante, los herederos continúan en situación de codeudores de obligación divisible (C. C., arts. 1583 y 1585)¹²³.

(viii) Al operar la sucesión por causa de muerte se confunde el patrimonio del causante con el de sus herederos, por lo que los acreedores conservan sus derechos para perseguir el patrimonio del causante, pero limitado a la parte o cuota del mismo que a cada heredero corresponda en la sucesión. Sin embargo, “de la confusión de ambos patrimonios puede resultar un provecho o un perjuicio para los acreedores del causante o para los acreedores del heredero. Esto obedece a que la confusión de patrimonios puede incrementar el activo del patrimonio del heredero o disminuirlo [...]”¹²⁴. Este efecto puede ser neutralizado tanto por los acreedores del causante mediante el beneficio de separación, o por el heredero mismo mediante el beneficio de inventario.

(ix) Como ya se dijo, en términos generales, ninguna deuda hereditaria escapa a la regla de divisibilidad entre herederos. Pero en relación con las garantizadas con hipoteca, es preciso hacer una distinción entre la deuda en sí misma y el derecho de hipoteca, ya que la deuda es divisible, mas no la hipoteca. El acreedor hipotecario, con base en la simple *acción personal* de su crédito solo puede perseguir a cada heredero por la parte que le corresponda pagar; y si bien es cierto que puede exigir toda la deuda, para ello necesita demandar conjuntamente a todos los obligados.

Distinta es la solución si ejerce la *acción hipotecaria*, ya que esta debe dirigirse contra el actual poseedor del inmueble hipotecado. “El acreedor hipotecario persigue el inmueble en manos de quien se encuentre: de la comunidad hereditaria, si no se ha realizado la partición y adjudicación, o del heredero o herederos a quien se haya adjudicado. En este caso la

¹²² *Ibid.*, pág. 127.

¹²³ Véase al respecto CARREJO, *op. cit.*, pág. 450.

¹²⁴ RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, pág. 128.

comunidad o el heredero son en parte terceros poseedores, y si se ven obligados a cancelar la deuda en su totalidad para evitar el remate en pública subasta del inmueble, tienen un recurso contra los otros obligados por lo que les tocó pagar en exceso. Esta solución se encuentra enunciada por el artículo 1422 del C. C. Igual tratamiento debe darse para las deudas del causante que estaban aseguradas con prenda o alguna otra seguridad, como la fianza o la solidaridad”¹²⁵.

(x) Cuando el heredero es acreedor o deudor del causante, opera la confusión como fenómeno que extingue ambos vínculos hasta concurrencia de la deuda de menor valor (C. C., art. 1414).

9. LOS ACTOS QUE TIENEN POR OBJETO LA SUCESIÓN FUTURA. EL ARTÍCULO 1375 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA PARTICIÓN EN VIDA

A) *El alcance del artículo 1520 del Código Civil*

El artículo 1520, modificado por la ley 1934 de 2018, en su artículo 19, es del siguiente tenor:

“Convenciones en materia sucesoral. Por regla general, el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona.

”Sin embargo, las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título de las asignaciones forzosas.

”La prohibición general del inciso primero de este artículo, tampoco obsta para lo dispuesto en el artículo 1375 del Código Civil”.

El artículo 1520 del Código Civil cataloga como de objeto ilícito los acuerdos celebrados relativos al derecho a suceder por causa de muerte, incluso si en dicho acuerdo interviene el consentimiento del posible causante. Se trata del conocido como “pacto de cuervo” que encuentra repugnancia en el derecho colombiano, pues la ley no está interesada en que se negocie con la muerte.

A pesar de lo anterior, debe anotarse que el artículo 1520, en su redacción original señalaba que las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario relativas a dicha legítima o a la cuarta de mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título corres-

¹²⁵ AGUADO MONTAÑO, *op. cit.*, pág. 327.

pondiente a las asignaciones forzosas, infiriéndose de su redacción que alguna convención entre legitimario y el causante, resultaba admisible. Ya nos referiremos a ella.

La ley 1934 de 2018, conservó la redacción y le agregó un inciso donde indicó que la restricción general contenida en el inciso 1º del artículo 1520 (la que considera de objeto ilícito las negociaciones sobre la sucesión futura) “tampoco obsta para lo dispuesto en el artículo 1375 del Código Civil”.

Finalmente, y para completar el contexto y alcance de este artículo, el artículo 1262 del Código Civil, que fue derogado expresamente por el artículo 20 de la ley 1934 de 2018, *reconocía la validez de la promesa celebrada entre el causante y un legitimario que contuviera la obligación de “no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras”,* es decir, permitía el compromiso formal del causante de abstenerse de asignar porción alguna en favor de un descendiente, fuera o no legitimario, con cargo a la cuarta de mejoras. Agregaba la norma derogada, que “cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor”, reiterando con ello la prohibición general prevista en el inciso 1º del artículo 1520 del Código Civil.

Se impone entonces una explicación del significado de todo lo anterior. Visto el Código Civil, en realidad dos eran los casos en los que, en los términos del inciso 2º del artículo 1520 del Código Civil, tales pactos se encontraban permitidos en torno a la futura sucesión.

a) *Las donaciones bajo el artículo 1520 del Código Civil.* El primero, era hacerlo por vía de una donación, tal y como lo indican los artículos 1243 y 1256 del Código Civil —ambos reformados por la ley 1934 de 2018— al señalar, el primero de ellos, que “para computar las cuartas de que habla el artículo precedente [la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición previstas en el art. 1242 del C. C.,] *se acumularán al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de las legítimas o de mejoras,* según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega”.

Y el segundo que “todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, *hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima,* a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora”.

Significaba lo anterior que, para efectos de liquidar la herencia y, por lo tanto, su valor, atendiendo lo ordenado en el artículo 1243 del Código Civil en concordancia con el artículo 1242 *ibidem*, imaginariamente debía incrementarse el acervo hereditario con el valor de los bienes donados a los legitimarios en *razón de sus legítimas y a sus descendientes en razón de la cuarta de mejoras*, monto total que permitiría establecer el valor de la mitad legitimaria y el monto de las cuartas de mejoras y de libre disposición según se describió arriba.

Una vez precisado el valor “imaginario”, lo que se hubiere donado con ocasión de las legítimas o de las mejoras, se imputaría al valor de la respectiva legítima. En los términos anteriores resultaba válido el acto de donar celebrado entre el causante y los legitimarios con cargo a las legítimas o a la cuarta de mejoras, las que, de esta manera, se estaban anticipando. Era pues una vía válida y legítima para disponer y convenir respecto de la sucesión futura.

CARRIZOSA PARDO describe el fenómeno así: “Se denomina este acervo imaginario porque se ordena formarlo únicamente para efectuar el cálculo de estas asignaciones forzosas, tomando no real sino imaginariamente y para añadirlo al activo líquido, aquellas partes de la herencia que se dieron gratuitamente a los legitimarios, y así reconstruir el patrimonio del causante que hubiera dejado de no haber hecho donaciones. Es propiamente lo que se llama colacionar donaciones, es decir, tenerlas en cuenta, traerlas a colación para añadirlas imaginariamente a un activo y efectuar un cálculo”¹²⁶.

Un ejemplo aclara lo anterior: supóngase que A tiene dos hijos (B y C) que, por lo mismo, tienen la condición de legitimarios. A tiene un patrimonio de \$ 1.000.000 y dentro de este posee un bien valorado en \$ 300.000, que decide anticipar a B vía donación. Hecha la donación, su patrimonio queda reducido a \$ 700.000.

De no existir la norma mencionada —el art. 1243 del C. C.—, en virtud de la cual se agrega imaginariamente lo que se hubiere anticipado a la legítima vía una donación, tendríamos que la legítima rigurosa (50% del patrimonio) sería de \$ 350.000 la que debería ser distribuida entre B y C, correspondiéndole a cada uno la suma de \$ 175.000. El resultado final, antes de la supresión de la cuarta de mejoras introducida por la ley 1934 de 2018, sería el siguiente:

¹²⁶ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 408.

Activo total al fallecimiento	\$ 700.000	
Mitad legitimaria		\$ 350.000
Valor legítima de B	\$ 175.000	
Valor legítima de C	\$ 175.000	
Cuarta de mejoras	\$ 175.000	
Cuarta de libre disposición	\$ 175.000	
Total	\$ 700.000	

Al agregarse imaginariamente las donaciones hechas en los términos del artículo 1243 del Código Civil, el cómputo sería el siguiente:

Activo total al fallecimiento	\$ 700.000	
Agregación imaginaria	\$ 300.000	
Acervo imaginario	\$ 1.000.000	
Mitad legitimaria	\$ 500.000	
Valor legítima de B		\$ 250.000
Valor legítima de C		\$ 250.000
Cuarta de mejoras	\$ 250.000	
Cuarta de libre disposición	\$ 250.000	
Total	\$ 1.000.000	

En aplicación de lo previsto en los artículos 1242 y 1243 del Código Civil, en el ejemplo, B en su condición de legitimario no tendría derecho a reclamar suma alguna para que le fuera pagada su legítima y, por el contrario, la diferencia de \$ 50.000 le sería imputable a su participación en la parte restante (si A no hubiere dispuesto de la cuarta de mejoras y de la de libre disposición). Si A hubiere dispuesto, deberá restituir el exceso, tal y como lo prevé el artículo 1245 del Código Civil.

Sobre el particular, el antiguo artículo 1242 puntualizaba que “la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016

y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa”. En pocas palabras, dicha norma protegía a los restantes legitimarios que veían acrecentado el valor del acervo hereditario con los siguientes valores:

(i) Con las sumas previstas en el artículo 1243 del Código Civil, correspondientes a las “donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras”;

(ii) Con las sumas contempladas en el artículo 1244 en concordancia con el 1245 del Código Civil, ello es, con las donaciones hechas a extraños o terceros, en la medida en que estas donaciones excedieren el 25 por ciento del acervo hereditario, lo cual guardaba coherencia con la posibilidad con que contaba el testador para disponer de la cuarta de libre disposición en favor de extraños.

Se observan, a simple vista, las bondades de una norma como la contenida en los artículos 1243 y siguientes del Código Civil. El artículo 1242 del Código Civil ordenaba tener en cuenta tales valores en la formación de los activos de la herencia, y a partir de allí, fijar los valores correspondientes a la mitad legitimaria y, por ende, la formación de la legítima. Por simple deducción lógica, el 50 por ciento restante, descontada la mitad legitimaria, conformaría el acervo hereditario incluidos los valores donados, suma que servirá para determinar, para los testamentos otorgados antes del 31 de diciembre de 2018, los valores correspondientes a la cuarta de mejoras y a la de libre disposición. A partir de esa fecha y con motivo de la eliminación de la cuarta de mejoras, tales normas permitían fijar el valor del cual se puede disponer libremente por el testador.

Sin embargo y en esta materia resulta indispensable hacer una reflexión en torno a la ligereza que denota la redacción de la ley 1934 de 2018. En efecto, el artículo 4º de dicha ley introdujo una reforma al artículo 1242 del Código Civil con el único y exclusivo propósito de suprimir para los testamentos que se otorguen a partir del 1º de enero de 2019, la obligatoriedad de fijar la cuarta de mejoras. Solo eso se perseguía.

Lo anterior —en línea con la reforma introducida al art. 1226 del C. C.— eliminó de las asignaciones forzosas la cuarta de mejoras como ya se explicó. Consistente con lo anterior suprimió de su redacción los incisos 3º y 4º, que respectivamente permitían al testador, si no había descendientes, disponer del 50 por ciento de los bienes, y si los había, destinar un 25 por ciento para favorecer a alguno o algunos de los descendientes,

porción conocida como cuarta de mejoras, y destinar el remanente, es decir el 25 por ciento para que el testador dispusiera a su arbitrio (cuarta de libre disposición).

De esta manera y a partir de dicha fecha, la porción de la cual puede disponer libremente el testador, inclusive cuando hay descendientes, ya no es de una cuarta parte sino puede llegar hasta la mitad del acervo hereditario. Tan solo es necesario, entonces, respetar la mitad legitimaria, que en los términos de la redacción del inciso 1º del artículo 1242, para su fijación debe ir acompañada de las “agregaciones indicadas en *los artículos 1243 a 1245*” que se deben realizar en la forma arriba descrita.

A pesar de la sencillez y simpleza de lo anterior, la misma ley 1934 de 2018 en su artículo 20 señaló: “Deróguense las siguientes disposiciones del Código Civil: *los artículos 1243 (!!!)*, 1252, 1253, 1259 y 1262”.

El efecto es verdaderamente indeseado, pues conduce a que, para la formación del acervo hereditario, ya no resulta jurídicamente posible adicionar imaginariamente los valores fijados en el artículo 1243, a pesar de que el artículo 1242 lo remita a aquel. En otras palabras, se dejaría de lado el valor de las donaciones efectuadas a los legatarios con cargo a la legítima, tal y como lo permite el artículo 1256 del Código Civil que no sufrió variación alguna ¿Qué podría concluirse de tan enfática derogatoria?

Y si ello es así, dada la derogatoria expresa que hizo la ley 1934 de 2018, únicamente debería darse aplicación al artículo 1244 del Código Civil, según fue reformado por el artículo 5º de dicha ley, que ordena agregar imaginariamente las donaciones *hechas a terceros*, cuando dichas donaciones excedieren de la mitad de valor del acervo hereditario adicionado con dichas donaciones para efectos de determinar el valor de la legítima rigurosa. ¿Será que en efecto se deberán agregar exclusivamente las donaciones efectuadas en favor de terceros y no las que se hubieren hecho a favor de los legatarios, como lo señalaba el artículo 1243? ¿Será entonces que el legislador a ciencia y conciencia resolvió dejar atrás la protección que estaba prevista en el artículo 1243 del Código Civil y cuyas bondades se expusieron párrafos atrás?

Dada la derogatoria expresa del artículo 1243 del Código Civil en los términos del artículo 20 de la mencionada ley ¿qué sentido tiene el artículo 1264 cuando se refiere a las donaciones que “deban imputarse a su legítima”, cuando dicha carga provenía del artículo 1243, que ordenaba adicionar las donaciones “*hechas en razón de legítimas o mejoras*”. ¿Cuáles son las donaciones que “*deben imputarse a su legítima*”?

Es más: ¿cómo ha de interpretarse el artículo 1256 del Código Civil que ordena imputar a las legítimas “todos los legados y todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía la calidad de tal”, si por otra parte no deben agregarse imaginariamente al acervo hereditario por haber sido derogado el artículo 1243 del Código Civil?

b) *La promesa de no asignar parte alguna de la cuarta de mejoras.* El otro evento exceptuado de la prohibición general prevista en el artículo 1520 del Código Civil, correspondía al artículo 1262 según el cual era válida la promesa celebrada entre el causante y un legitimario, de no asignar parte alguna de la cuarta de mejoras, es decir, la obligación consistente en no disponer —ni en beneficio de un legitimario ni de un descendiente— de valor alguno con cargo a la cuarta de mejoras. Dicha norma aparece derogada por el artículo 20 de la ley 1934 de 2018, lo cual guarda sentido con el propósito que inspiró dicha ley que apuntaba a suprimir la cuarta de mejoras, por lo que, tan solo resulta aplicable para aquellos casos en que se hubiere otorgado testamento antes del 1º de enero de 2019. En otras palabras, dicha promesa no resulta admisible bajo la nueva legislación por sustracción de materia.

Los dos eventos precisados, explican la existencia del inciso 2º del artículo 1520 del Código Civil. Con excepción de estos para los testamentos otorgados antes del 1º de enero de 2019, y en la actualidad tan solo con la excepción relativa a la disposición de bienes a través de donaciones (con las inconsistencias anotadas), la ley restringe, de manera absoluta el acuerdo entre vivos relativa a la sucesión futura tal como lo indica el inciso 1º del artículo 1520. En la actualidad, y luego de la reforma introducida por la ley 1934 de 2018, puede señalarse que el único caso en el cual resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1520 del Código Civil, es el de las donaciones con cargo a la legítima.

c) *Partición por acto entre vivos o por testamento.* En el marco anterior, no puede dejarse de lado lo previsto en el artículo 1375 del Código Civil que dispone que “si el difunto ha hecho partición por acto entre vivos o por testamento, *se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno*”. Autores como CARRIZOSA PARDO, se preguntaban ¿cómo puede efectuarse la partición de una herencia antes de morir el *de cuius*?, ya que, precisamente la partición es un acto por medio del cual se liquida la herencia y se pone fin a la comunicad que a título universal se formó entre los herederos en razón de la apertura de la sucesión.

Cuando el artículo 1375 del Código Civil se refiere a “partición por acto entre vivos”, ello corresponde a una donación, que se torna irrevocable.

cable en cuanto haya sido aceptada por los donatarios, en la que concurre simultáneamente una partición que pone fin a la comunidad surgida de la donación y no puede confundirse con la partición en vida a que se refiere el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, como lo confirma la sentencia de la Corte Constitucional que estudió la exequibilidad de dicha norma y donde dijo: “Por esta razón, la partición en vida, a pesar de guardar ciertas similitudes *con las donaciones entre vivos —específicamente la del art. 1375 del Código Civil—*, se asemeja más a las sucesiones por causa de muerte y en particular a las sucesiones testadas con la diferencia de que en la partición la masa herencial se distribuye y liquida en vida de quien la realiza”¹²⁷. Como se observa, el artículo 1375 sigue regulando las particiones por acto entre vivos a través de las donaciones.

También es posible que dicha partición la haya hecho el testador mediante el testamento y como este es un acto jurídico que por definición apunta a tener efectos después del fallecimiento del causante, el juez debe respetar dicha voluntad en los términos del artículo 517 del Código General del Proceso el cual señala que, una vez se ha adelantado el proceso de sucesión hasta contar con la aprobación de los inventarios de los bienes herenciales y de su avalúo, el juez dictará la sentencia, siguiendo la distribución efectuada por el testador siempre y cuando dicha partición verse exclusivamente sobre los bienes herenciales, no sea contraria a derecho y no se requiera formar hijuela de deudas.

En el evento en que la liquidación efectuada por el testador incluya la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial, será necesaria la aceptación del cónyuge sobreviviente o del compañero permanente.

B) *La partición en vida*

El artículo 487 del Código General del Proceso, trae una norma *sui generis* pues el parágrafo permite anticipar el proceso de sucesión. En tal virtud, cualquier persona puede efectuar en vida la partición de su patrimonio, ya sea total o parcialmente, la cual debe llevarse a cabo mediante escritura pública, en la que se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales que le puedan corresponder al cónyuge o al compañero permanente. Se trata pues de un acto solemne. Aquí cabe preguntarse: ¿qué sucede con los hijos concebidos y nacidos

¹²⁷ C. Const., sent. C-683 de 2014.

después de la partición? Y ¿cómo quedan los bienes y obligaciones adquiridos por el causante después de la partición?

El párrafo citado fue objeto de estudio de exequibilidad por la Corte Constitucional la que, en sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014, la encontró ajustada a la Carta. En dicha sentencia, la Corte consideró que el nuevo párrafo del artículo 487 del Código General del Proceso. “se constituye en un nuevo procedimiento para transferir gratuitamente el dominio”, para agregarlo a las maneras tradicionales de disponer de los bienes a título gratuito que son las donaciones y la sucesión por causa de muerte.

Se trata entonces de una nueva modalidad de transferencia a título gratuito, que a voces de la Corte Constitucional corresponde a “una excepción ulterior del artículo 1520 del Código Civil”, en virtud de la cual se le permite a las personas “la libre disposición de la totalidad o de una parte de sus bienes, los cuales podrán ser distribuidos a los asignatarios antes de la muerte de quien de manera voluntaria los asigna, sin necesidad de acudir a un proceso de sucesión y siempre y cuando ciertos presupuestos como el respeto de las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales”.

Al efecto, los asignatarios, el cónyuge o compañero permanente, así como los terceros que acrediten un interés legítimo, pueden solicitar la rescisión de la participación dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición. Estimamos que las reglas referentes al beneficio de inventario y de separación ya comentadas serían aplicables, particularmente la última, pues no puede desmejorarse la garantía del acreedor que puede ver confundido el patrimonio del tradente con el del beneficiario.

Como lo informa el párrafo, de esta posibilidad no puede hacerse uso sin que medie la previa licencia judicial, obtenida en un proceso en el que el juez verifica que la partición proyectada cumple con los requisitos señalados respecto a las asignaciones forzosas y a los gananciales, así como el derecho de los acreedores que no pueden ver desmejorada su garantía. El proceso debe adelantarse atendiendo el trámite de los artículos 577 y siguientes del Código General del Proceso.

La Corte Constitucional señaló en la sentencia de exequibilidad que en el proceso deben participar los asignatarios y consentir la partición. Ello no es correcto pues la única intervención que se requiere es la del cónyuge cuando hay gananciales, pues, como ya se explicó, en aquellos casos en que hay sociedad conyugal o patrimonial, para determinar la herencia

es necesario determinar previamente los gananciales que le corresponden a la sociedad conyugal o patrimonial.

Eso, y nada más, es lo que dice la norma, que no puede ser adicionada por la sentencia de exequibilidad y a cuyo texto nos remitimos y transcribimos a continuación: “La partición en vida [...] efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de estos [de los gananciales] será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero”. A dichas personas y a esos casos se limita la intervención de terceros. Nada dice la norma respecto de la intervención de los asignatarios ni mucho menos de que se requiera su aceptación en el proceso judicial.

El inciso 2º del párrafo del artículo 487 del Código General del Proceso señala un término de caducidad de dos años para que los herederos, el cónyuge o el compañero permanente, en la medida en que acrediten un interés legítimo, impugnen y soliciten la rescisión de la partición hecha en vida. Dicho término protege a los terceros o a otros asignatarios que vieren burlados sus derechos.

Al efecto resulta importante analizar diversos eventos:

El primero, corresponde a la protección judicial que debe otorgársele a los hijos del causante cuyos derechos se hubieren quebrantado en razón de la partición en vida. En tal caso, estimamos que opera la suspensión del término de prescripción prevista en el artículo 2541 del Código Civil que señala que aquella se suspende en favor de las personas enumeradas en el artículo 2530 el cual, de acuerdo con la reforma introducida por el artículo 3º de la ley 791 de 2002, incluye a los incapaces y en general a los que se encuentran bajo tutela o curaduría, suspensión que implica que la prescripción no corre mientras exista la causal de imposibilidad de ejercerla¹²⁸.

La segunda, respecto de los hijos extramatrimoniales que, en los términos de la ley 75 de 1968 intenten la acción de filiación extramatrimonial, ya sea en vida del presunto padre o una vez fallecido, en los términos del artículo 10 de dicha ley, que señala que, en este último caso, producirá efectos patrimoniales (corresponde a la acción de petición de herencia) cuando la demanda es notificada a los herederos dentro de los dos años siguientes a la defunción. La Corte Constitucional precisó que “una vez

¹²⁸ Estas normas deben interpretarse en armonía con los principios consagrados en la ley 1996 de 2019 sobre personas mayores de edad en condición de discapacidad, en virtud de los cuales la capacidad se presume.

culminado el proceso y entregado el patrimonio, los terceros interesados, incluidos los hijos que no hayan consolidado un vínculo paterno filial, pueden interponer la acción de rescisión prevista en la disposición atacada contra dicho acto en el término previsto para la misma, es decir dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición”.

Estimamos, adicionalmente, que dicho acto también es susceptible de impugnación por los acreedores que ven alterados y desmejorados los derechos al amparo de la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil cuando se acredite el fraude pauliano en detrimento del acreedor.

10. LA SUCESIÓN. PRINCIPALES ASPECTOS PROCEDIMENTALES

A) *La sucesión judicial (Código General del Proceso, artículos 473 a 522)*

Si bien al fallecer el causante se defiende su patrimonio a las personas llamadas a recogerlos, estas solo tienen un derecho a la universalidad, pues para disponer de los bienes en particular es necesario que se produzca la correspondiente adjudicación, que constituye el título traslativo y viene a complementar la eficacia del modo de adquirir, es decir, la sucesión por causa de muerte¹²⁹.

El proceso de sucesión tiene una doble función consistente, por un lado, en determinar el patrimonio del causante, es decir, los bienes que lo integran (activo) y las deudas que lo afectan (pasivo), y por otro, en establecer las personas llamadas a recogerlo y la manera como deben distribuirse entre estas los bienes¹³⁰. Dicho proceso se surte ante funcionarios judiciales, de acuerdo con lo señalado por Corte Suprema de Justicia y la doctrina, es de carácter mixto, ya que aunque prevalece la jurisdicción voluntaria, tiene claros distintivos de índole contenciosa¹³¹.

¹²⁹ JAIME AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal civil*, tomo v, Bogotá, Temis, 1998, pág. 3.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “solo cuando todos los partícipes son personas plenamente capaces y actúan de común acuerdo, puede entenderse que es por jurisdicción voluntaria como interviene el juez en el procedimiento destinado a partir la herencia”. (*Ibid.*, págs. 5-6).

AZULA CAMACHO señala que “en efecto, es factible que no exista controversia en ninguna de las dos fases que presenta el proceso y, por tanto, pueda ubicarse dentro de la jurisdicción voluntaria. Empero, también es posible que medie controversia tanto en la primera fase, por la inconformidad de los interesados con la diligencia de inventarios y avalúos o el reconocimiento de ellos, como en la segunda, cuando no están de acuerdo con la partición, abriéndose la posibilidad de interponer contra la sentencia que la aprueba el recurso de apelación e, incluso, el de casación, aspectos propios de la contenciosa”¹³².

a) *Características del proceso de sucesión*. Son las siguientes:

(i) *Especial*, ya que posee un trámite propio.

(ii) *Universal*, dado que recae sobre la totalidad del patrimonio del causante.

(iii) *De liquidación*, porque se concreta a cancelar el pasivo y distribuir el activo líquido entre las personas llamadas por la ley o el testamento a recogerlo en la forma indicada en uno u otro caso.

b) *Partes del proceso de sucesión*¹³³. Pueden serlo:

(i) *Los signatarios*. Con este calificativo se engloba al heredero o asignatario a título universal, cualquiera que sea la fuente de su vocación (la ley o el testamento), al legatario o asignatario a título singular, al titular de la porción conyugal y al de alimentos forzosos debidos por ley, todos los cuales adoptan la calidad de partes principales y con plena legitimación para actuar en el proceso a fin de obtener la adjudicación de la cuota que en razón de esa condición les corresponda (C. C., arts. 1155, 1162, 1226, 1227 y 1230).

(ii) *El cesionario*. Si el derecho de herencia ha sido cedido en su totalidad, el cesionario pasa a ocupar el puesto del heredero cedente con todas las consecuencias que de esto se deriva explicadas con anterioridad; pero si la cesión es solo de una cuota, el cedente no pierde su calidad de parte en el proceso, la cual, adopta también el cesionario. En este caso, el cedente y el cesionario tendrán la calidad de partes con plena legitimación en la sucesión.

(iii) *El cónyuge supérstite*. Tiene derecho a concurrir por los gananciales o por la porción conyugal. Al cónyuge le corresponde manifestar con antelación a la diligencia de inventarios y avalúos por cuál de las

¹³² *Ibid.*, pág. 6.

¹³³ *Ibid.*, págs. 6-13.

dos opta. En caso de que guarde silencio se entiende que opta por los gananciales (C. G. P., art. 495).

(iv) *El compañero permanente*. La ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, reconoció la unión marital de hecho, otorgándoles a sus integrantes la calidad de compañero permanente y formándose entre ellos una sociedad patrimonial similar a la conyugal. Cuando dicha sociedad se liquida, el compañero sobreviviente tiene el derecho de reclamar una cuota de los bienes dejados por el causante, tal y como se ha puesto de presente en las referencias hechas a la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial.

(v) *El albacea*. Parte principal y sin interés ya que su intervención se limita a cumplir con el encargo encomendado por el causante (C. C., art. 1327).

(vi) *Los acreedores del causante*. Su intervención tiene como objetivo el reconocimiento de su crédito para que en la partición se incluya la hijuela de gastos y se cancele con los bienes que la integren.

(vii) Acreedores de los asignatarios que hubieren repudiado la herencia (C. G. P., art. 493).

(viii) Acreedores del asignatario reconocido y fallecido.

(ix) Socios de comercio (C. C., art. 1312).

(x) *El ministerio público*. La intervención de este funcionario es incidental y sin interés en la sucesión, dado que carece de derechos sobre el acervo hereditario. La participación del ministerio público, en los casos limitados que consagra la ley, obedece a la defensa de ciertas personas y los intereses de incapaces en la concesión de determinadas autorizaciones por parte del juez (C. G. P., arts. 483 y 494; C. C., 1115 y 1124, inc. 3°).

(xi) *El fisco*. La administración de impuestos puede intervenir en la sucesión como parte y que debe hacerlo dentro de los veinte días siguientes a la comunicación enviada por el juez (C. G. P., art. 490 en concordancia con el art. 884 del decr. 624 de 1989 - Estatuto Tributario), y actúa por conducto de uno de sus funcionarios, con legitimación limitada ya que está circunscrita al recaudo del impuesto.

(xii) *El defensor de menores*. Representa al menor cuando carece de representante para defender sus intereses (decr. 2272 de 1989, arts. 11 y 221). Igualmente, puede intervenir como parte autónoma e independiente para proteger los intereses de este y evitarle perjuicios de índole patrimonial.

(xiii) *Terceros transitorios o incidentales*. Es importante señalar en este punto que para cada una de las partes varía la oportunidad para intervenir

en el proceso de sucesión. Así, por ejemplo, el asignatario, cesionario y albacea pueden instaurar la demanda e intervenir desde que el proceso se abre hasta cuando se dicta la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación de bienes (C. G. P., art. 491, num. 3), y los acreedores del causante están legitimados para hacerlo desde el momento en que el proceso se inicia hasta la diligencia de inventarios, durante la cual se resuelve sobre el reconocimiento del crédito (C. G. P., art. 491, num. 2).

c) *Trámite*¹³⁴. El proceso de sucesión tiene tres fases:

(i) *Fase de medidas preparatorias*. La constituyen todas las diligencias tendentes a preparar el proceso. Dichas actuaciones se centran, por tanto, en lograr que el testamento dejado por el causante esté en condiciones de ser cumplido mediante el proceso sucesoral. En este sentido, esta fase comprende la apertura del testamento cerrado, la publicación del otorgado ante cinco testigos y la reducción a escrito del verbal (C. G. P., arts. 473 a 475).

(ii) *Fase de medidas conservatorias*. Estas medidas buscan asegurar los bienes dejados por el causante y son de tres clases, a saber: la guarda y aposición de sellos¹³⁵, el embargo y secuestro previo¹³⁶ y el secuestro definitivo¹³⁷.

¹³⁴ *Ibid.*, págs. 21-87.

¹³⁵ Es un medio de asegurar los bienes muebles, los papeles y documentos del causante, consistente en depositarlos en sitios cerrados y protegidos mediante chapas y sellos del funcionario que lleva a cabo la diligencia. La competencia para la guarda y aposición de sellos corresponde de manera preventiva al juez competente para conocer del proceso de sucesión y al juez municipal del lugar en donde se encuentren los elementos objeto de la medida, por tanto, puede ser llevada a cabo por varios jueces cuando los bienes materia de la diligencia se hallan en diferentes lugares.

De acuerdo con el art. 575 del C. de P. C., la guarda y aposición de sellos puede ser solicitada por cualquiera que tenga interés efectivo o presunto en la sucesión mediante una petición en la cual indique con precisión los bienes y el lugar donde se encuentran, acompañada de la partida de defunción del causante y prueba siquiera sumaria para establecer el interés que tiene. (*Ibid.*, págs. 27-32).

¹³⁶ Existen dos modalidades de secuestro provisional de acuerdo con la oportunidad en que se soliciten: el preprocesal o previo, antes de abrirse la sucesión, y el procesal, ya en el curso del proceso. En términos generales los dos se rigen por las mismas reglas, pero existen algunos aspectos que tienen su reglamentación particular en uno y otro caso. (*Ibid.*, pág. 32).

¹³⁷ Este secuestro se practica en el proceso como consecuencia del desacuerdo entre los herederos o entre estos y el cónyuge, o entre este y el albacea en torno a la admi-

(iii) *El proceso propiamente dicho*. Se divide en dos fases, que son, en primer lugar, la de *los inventarios y avalúos*, que se inicia con la demanda y el auto de apertura y termina con la aprobación de la diligencia de inventarios y avalúos; y la segunda, *de partición*, que comienza con la solicitud para que esta se lleve a cabo y culmina con la ejecutoria de la sentencia que la aprueba.

A continuación se presenta un resumen del trámite de la sucesión ante juez¹³⁸.

a') *Actuaciones previas al proceso de sucesión*¹³⁹. En sucesiones testadas:

(i) Cuando el testador otorgó testamento cerrado, se procederá a su apertura y publicación, según ordena el artículo 60 y siguientes del decreto 960 de 1970 y el artículo 473 del Código General del Proceso.

(ii) Cuando el testador otorgó testamento abierto ante cinco testigos, se procederá a su publicación como lo establece el artículo 474 del Código General del Proceso.

(iii) Cuando el testador otorgó testamento verbal, se procederá a su reducción a escrito, siguiendo lo establecido por el artículo 475 del Código General del Proceso.

b') *Actuaciones comunes a toda clase de sucesión*. Son las siguientes:

(i) Medidas cautelares de guarda y aposición de sellos (C. G. P., arts. 476 y 477).

(ii) Secuestro de bienes (C. G. P., arts. 478, 480 y 481), medida que puede ser adoptada inclusive antes de iniciarse el proceso de sucesión.

(iii) Declaratoria de herencia yacente (C. G. P., arts. 482 a 484): procede de oficio o a solicitud de parte, si dentro de los quince días después de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia, o una cuota de ella,

nistración de los bienes relictos o de la sociedad conyugal, según el caso. Por tanto, es un secuestro de carácter procesal, pues solo opera en el proceso. Además, no se trata de una medida conservatoria, para proteger los bienes, sino para garantizar su imparcial administración. (*Ibid.*, pág. 36).

¹³⁸ Opera de la misma manera para sucesiones testadas, intestadas o mixtas (C. G. P., art. 586), difiere simplemente en cuanto a las personas que intervienen en el proceso (interesados) y en la forma de realizar la partición.

¹³⁹ No se trata de actuaciones necesarias para empezar el proceso de sucesión, ya que este puede iniciar válidamente con la simple presentación de la demanda.

ni hubiere albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo. El efecto de lo anterior es la designación de un administrador de la herencia.

(iv) Declaración de herencia vacante (C. G. P., art. 485): la hará el juez, de oficio o a petición de parte, si transcurridos diez años desde el fallecimiento del causante, no se presentan herederos que la reclamen

c') *Determinación de competencia* (C. G. P., art. 28, num. 12). De conformidad con lo previsto en el artículo 28 del Código General del Proceso es competente para conocer del proceso de sucesión, el juez del último domicilio del causante. En el evento en que tuviere varios domicilios, el juez competente será el que corresponda al asiento principal de sus negocios.

d') *Presentación de la demanda* (C. G. P., art. 488). Debe ser presentada por cualquiera de los interesados, es decir, por cualquiera de aquellos que tengan interés jurídico para obrar según el artículo 1312 del Código Civil, ello es, por el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o *ab intestato*, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y los acreedores. El artículo 488 del Código General del Proceso añadió al compañero permanente siempre y cuando la sociedad patrimonial haya sido reconocida en los términos de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, tal y como ya se expuso.

Se debe presentar una relación del pasivo que grave la herencia así como la manifestación de si se acepta pura y simplemente o con beneficio de inventario; si se guarda silencio, se entenderá que se acepta en la segunda forma (C. G. P., art. 488 num. 4). Se deben tener en cuenta los documentos que deben anexar a la demanda (C. G. P., art. 489 y decr. 237 de 1983). La demanda debe cumplir con los requisitos previstos en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso.

e') *Apertura del proceso* (C. G. P., art. 490). Si la demanda reúne los requisitos de ley, el juez al admitirla declarará abierto el proceso de sucesión y ordenará:

- Requerir a los herederos conocidos para que expresen si aceptan o repudian la herencia dentro de los veinte días siguientes, prorrogables por veinte más en los términos del artículo 492 del Código General del Proceso.

- Requerir al cónyuge o al compañero permanente para que manifieste si opta por gananciales o por porción conyugal.

- Emplazar a todas las personas que se crean con derecho a intervenir en la sucesión para que comparezcan al proceso.

- Si no hay herederos conocidos (v. gr. porque la solicitud fue elevada por un acreedor) se ordenará notificar al ICBF. Si en el curso del proceso aparecen herederos de mejor derecho, estos desplazarán a los reconocidos previo el trámite indicado en el numeral 4 del artículo 491 del Código General del Proceso.

- Deberá comunicar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN acerca de la iniciación del proceso sucesoral.

f') *Reconocimiento de interesados (C. G. P., art. 491)*. El juez reconocerá a los interesados que se enuncian en el artículo 1312 del Código Civil, si estos han acreditado su calidad en el respectivo anexo de la demanda.

Una vez iniciado el proceso, cualquier interesado podrá pedir que se le reconozca su calidad, hasta antes de proferir sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes.

El adquirente de todos o parte de los derechos de un asignatario, también podrá pedir que se le reconozca como cesionario, acreditando su calidad.

g') *Administración de la herencia (C. G. P., art. 496)*. Desde la apertura del proceso y hasta cuando se ejecutorie la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes, la administración de estos se sujetará a las reglas dispuestas en este artículo y en el artículo 1297 del Código Civil.

h') *Requerimiento al albacea (C. G. P., art. 497)*. Desde que se inicie el proceso de sucesión, cualquiera de los herederos podrá pedir que se requiera al albacea para que exprese si acepta o no el cargo, en los términos y para los fines del artículo 1333 del Código Civil¹⁴⁰.

i') *Diligencia de inventarios y avalúos (C. G. P., art. 501)*. Una vez cumplidas las citaciones y convocatorias antes indicadas, el juez señalará fecha y hora para la práctica de la audiencia de inventario de bienes y deudas de la herencia y de la sociedad conyugal. Se aplicarán las reglas contenidas en el artículo 501 del Código General del Proceso. Algunas de ellas son:

¹⁴⁰ “El juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable, dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo, o a excusarse de servirlo, y podrá el juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo. Si el albacea estuviere en mora de comparecer, caducará su nombramiento”.

- A la práctica del inventario y de los avalúos podrán concurrir los interesados que menciona el artículo 1312 del Código Civil, así como el compañero permanente cuya sociedad patrimonial haya sido reconocida.

- El inventario será elaborado de común acuerdo por los interesados bajo la gravedad de juramento y presentado por escrito para su aprobación en la fecha señalada, con la indicación de los valores que conjuntamente le asignen a los bienes.

- En el pasivo de la sucesión solo se incluirán las obligaciones que consten en título que preste mérito ejecutivo, siempre que en la audiencia no se objeten, o las que a pesar de no tener dicha calidad se acepten expresamente en ella por todos los herederos, o por estos y por el cónyuge sobreviviente o compañero permanente cuando conciernan a la sociedad conyugal o a la sociedad patrimonial. Se entenderá que quienes no concurren a la audiencia aceptan las deudas que los demás hayan admitido.

- Igualmente se incluirán los pasivos de los acreedores que se presenten a la diligencia. Las objeciones a dichos créditos deben ser presentadas y resueltas en el curso de la misma.

- Si en el curso del proceso de sucesión es necesario liquidar la sociedad conyugal o patrimonial, deberá hacerse el inventario del haber social.

- Las objeciones y controversias relativas a los inventarios y avalúos se resolverán en la audiencia o en la continuación de esta en los términos del artículo 501 del Código General del Proceso.

- Si se hubieren dejado de inventariar bienes, podrá solicitarse inventario y avalúos adicionales, a los cuales se les aplicará las reglas dispuestas en este artículo. La solicitud debe formularse antes de que se apruebe la partición o adjudicación de bienes (C. G. P., art. 502).

d) *Partición de bienes*. En ella deben considerarse los siguientes aspectos:

a') *Partición por el testador* (C. G. P., art. 517). En caso de que el testador haya hecho la partición en los términos del artículo 1375 del Código Civil¹⁴¹, se procederá así:

- Aprobada la diligencia de inventario y avalúos, el juez dictará sentencia aprobatoria de la partición, siempre que verse únicamente sobre los bienes herenciales, que no sea contraria a derecho y que no se requiera formar hijuela de deudas o que sea suficiente la prevista por el testador.

¹⁴¹ “Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno”.

- Si la partición efectuada por el testador incluye la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial, se requiere la aceptación del cónyuge o compañero permanente.

- Si no se cumplen los requisitos indicados en el numeral anterior, la partición se hará por el partidor que se designe, respetando, en lo posible, la voluntad del testador.

b') *Decreto de partición y designación de partidor (C. G. P., art. 507).*
Las siguientes son sus reglas:

- Aprobado el inventario y los avalúos, el juez decretará la partición a solicitud del cónyuge sobreviviente o de cualquier heredero o legatario, salvo cuando esté pendiente el remate de bienes.

- Al decretar la partición, el juez reconocerá al partidor que hubieren designado los coasignatarios en la solicitud (si reúne los requisitos legales) o realizará su designación.

- En su trabajo, el partidor se sujetará a las reglas dispuestas en el artículo 508 del Código General del Proceso.

- En la sucesión testada se reconocerá al partidor designado en el testamento.

- Cuando no haya partidor testamentario, los herederos y el cónyuge sobreviviente, si son capaces, podrán hacer la partición por sí mismos.

- Una vez realizada la partición, se someterá a la aprobación del juez.

c') *Presentación de la partición, objeciones y aprobación (C. G. P., art. 509).* El juez dictará sentencia aprobatoria si los herederos y el cónyuge o compañero permanente sobreviviente lo soliciten. En los demás casos conferirá traslado de la partición a todos los interesados para que formulen objeciones.

- Si ninguna objeción se propone, o si ninguna objeción prospera, el juez dictará sentencia aprobatoria de la partición.

- Si el juez encuentra fundada alguna objeción, ordenará al partidor que se rehaga la partición.

- El juez podrá ordenar de oficio que la partición se rehaga cuando no esté conforme a derecho y el cónyuge o el compañero permanente o alguno de los herederos fuere incapaz o estuviere ausente y carezca de apoderado.

- Rehecha la partición, el juez dictará sentencia aprobatoria de la misma.

d') *Adjudicación de la herencia*. Son sus reglas las siguientes:

- Cuando haya un único heredero, este debe pedir que se le adjudiquen los bienes inventariados, para lo cual presentará el correspondiente trabajo con las especificaciones que consten en la diligencia de inventarios.
- En caso de que hayan de pagarse deudas testamentarias, determinará los bienes con cuyo producto deba hacerse el pago.
- El juez dictará sentencia aprobatoria de la adjudicación siempre que el trabajo reúna los anteriores requisitos.

e') *Diligencia de entrega de bienes a los adjudicatarios* (C. G. P., art. 512). La entrega de los bienes a los adjudicatarios se debe atender siguiendo lo dispuesto en el artículo 308 del Código General del Proceso que regula la forma de hacer entrega de los bienes muebles e inmuebles relacionados en la diligencia de inventarios y avalúos.

B) *Trámites adicionales en el proceso de sucesión judicial*

a) *Requerimiento para aceptar la herencia* (C. G. P., art. 492). Se procederá como sigue:

- El juez debe requerir, para los efectos previstos en el artículo 1289 Código Civil, a cualquier asignatario para que declare si acepta o repudia la asignación que se le hubiere deferido¹⁴².
- De la misma manera debe requerir al cónyuge o compañero permanente, si hay prueba de ello en el expediente, para que manifieste si opta por gananciales o por la porción conyugal.

b) *Aceptación por los acreedores del asignatario* (C. G. P., art. 493). Se procederá así:

- Mientras no se haya proferido sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes, cualquier acreedor de un heredero o legatario que hubiere repudiado la asignación, podrá solicitar al juez que lo autorice para aceptarla hasta concurrencia de su crédito, para lo cual debe afirmar, bajo juramento, que la repudiación le causa perjuicio.

¹⁴² Durante el plazo otorgado para hacer tal declaración, “tendrá todo asignatario la facultad de inspeccionar el objeto asignado; podrá implorar las providencias conservativas que le conciernan; y no será obligado al pago de ninguna deuda hereditaria o testamentaria; pero podrá serlo el albacea o curador de la herencia yacente en sus casos. El heredero, durante el plazo, podrá también inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión. Si el asignatario ausente no compareciere, por sí o por legítimo representante, en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario” (C. C., art. 1289).

- El juez concederá la autorización si se acompaña título que pruebe el crédito, aunque esté sujeto a plazo o condición pendiente.

c) *Repudiación de asignaciones a favor de incapaces o ausentes (C. G. P., art. 494)*. El juez podrá autorizar la repudiación de una asignación en favor de un incapaz o un ausente si se demuestra que la aceptación puede causarle perjuicio.

d) *Opción entre porción marital y gananciales (C. G. P., art. 495)*. En este caso, se procede así:

- Si el cónyuge sobreviviente puede optar entre porción conyugal y gananciales, debe hacerlo antes de la diligencia de inventario y avalúos.
- Si ha guardado silencio se entenderá que optó por gananciales.
- Si el cónyuge sobreviviente o el compañero permanente opta por porción conyugal o porción marital, y abandona sus bienes propios, estos se incluirán en el activo correspondiente.

e) *Venta de bienes para el pago de deudas (C. G. P., art. 503)*. Corresponde hacer lo siguiente:

- En firme el inventario y los avalúos, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas hereditarias o legados exigibles, el cónyuge, el albacea o cualquiera de los herederos podrá pedir la venta de determinados bienes con el fin de cubrir los pagos.

- El producto de la venta se destinará al pago de las deudas hereditarias o los legados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1431 del Código Civil¹⁴³.

f) *Entrega de legados en especie (C. G. P., art. 504)*. Estas son sus reglas:

- Los legados de especies muebles podrán entregarse al asignatario, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1431 del Código Civil, con la autorización del juez.
- Los legatarios no podrán adelantar proceso ejecutivo para el cobro de su asignación, mientras no haya sido aprobada la partición o la adjudicación de bienes.

¹⁴³ “No habiendo concurso de acreedores ni tercera oposición, se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten, y pagados los acreedores hereditarios, se satisfarán los legados. Pero cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas. No será exigible esta caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios”.

g) *Exclusión de bienes de la partición (C. G. P., art. 505)*. En caso de haberse promovido proceso ordinario sobre la propiedad de bienes inventariados, el cónyuge o el compañero permanente o los herederos podrá solicitar que se excluyan total o parcialmente de la partición, sin perjuicio de que, si el litigio se decide en favor de la herencia, se proceda conforme a lo previsto en el artículo 1406 del Código Civil¹⁴⁴.

h) *Beneficio de separación (C. G. P., art. 506)*. Si en el proceso no se haya decretado la partición o aprobado la adjudicación, los acreedores hereditarios y testamentarios podrán pedir que se les reconozca el beneficio de separación¹⁴⁵. A la petición se acompañará documento en que conste el crédito, así no sea exigible, y se indicarán los bienes que comprenda.

i) *Remate de bienes de la hijuela de deudas (C. G. P., art. 511)*. Los adjudicatarios y los acreedores podrán pedir que se rematen los bienes adjudicados para el pago de deudas.

j) *Partición adicional (C. G. P., art. 514)*. Hay lugar a partición adicional, cuando después de terminado el proceso de sucesión aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados. Para estos fines se aplicarán las siguientes reglas:

- Podrá formular la solicitud cualquiera de los herederos, el cónyuge sobreviviente o el compañero permanente, el síndico o el partidor cuando hubiere omitido bienes.

- De la partición adicional conocerá el mismo juez ante quien cursó la sucesión.

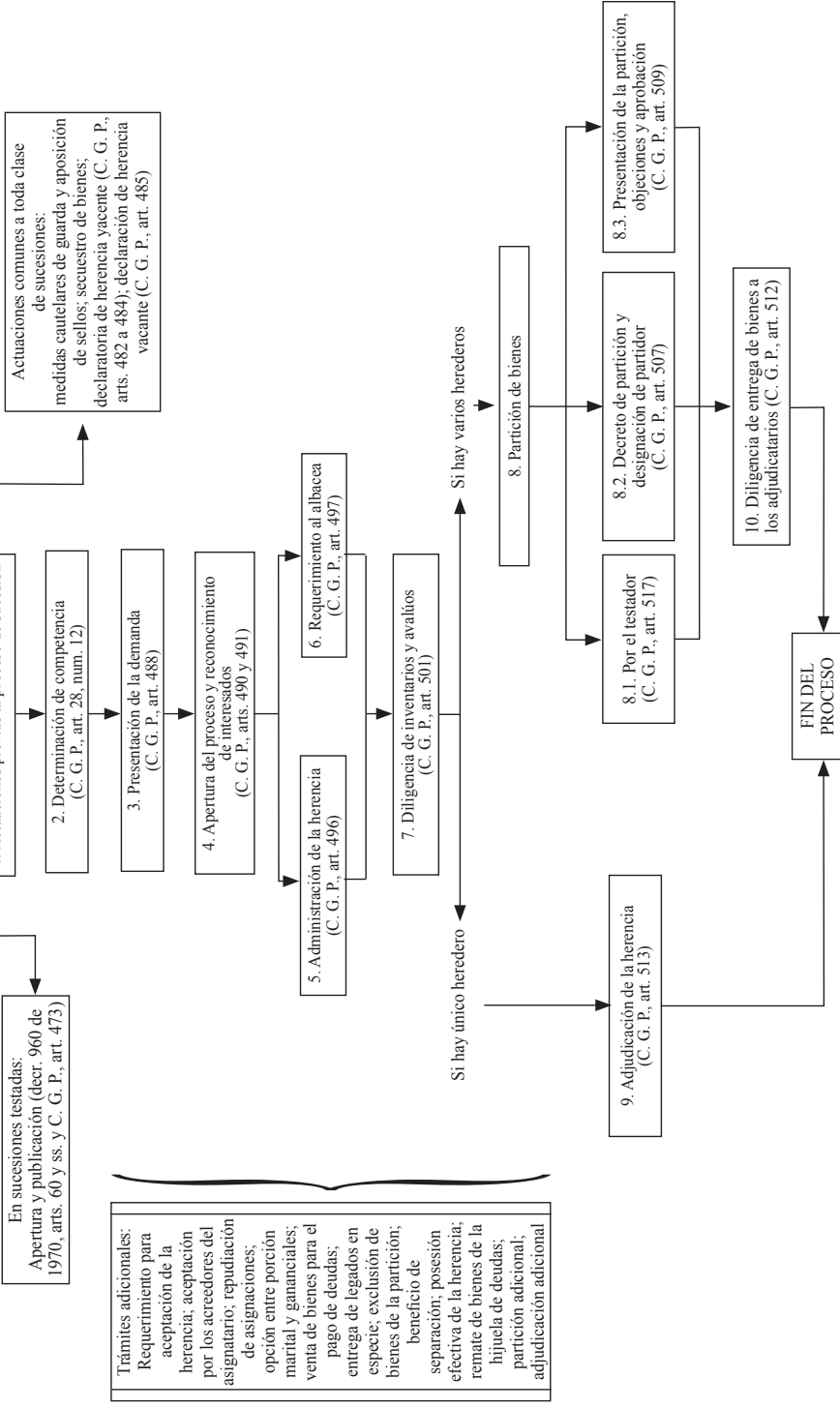
- El juez señalará fecha y hora para inventario y avalúos; si hubiere desacuerdo entre los interesados se aplicará el inciso 3º del numeral 1 del artículo 501 o se resolverá sobre la partición adicional, según fuere el caso. En el inventario solamente se incluirán los nuevos bienes que denuncie bajo juramento cualquiera de las personas indicadas anteriormente.

k) *Adjudicación adicional (C. de P. C., art. 514)*. Cuando después de terminado el proceso de sucesión aparezcan nuevos bienes del causante, o si se hubieren dejado de adjudicar bienes inventariados, se aplicará lo dispuesto en los artículos 513 y 518 del Código General del Proceso.

¹⁴⁴ “El haber omitido involuntariamente algunos objetos no será motivo para rescindir la partición. Aquella en que se hubieren omitido, se continuará después, dividiéndolos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos”.

¹⁴⁵ C. C., arts. 1435 a 1442.

TRÁMITE DE LA SUCESIÓN JUDICIAL



C) *La sucesión notarial (decreto 902 de 1988)*¹⁴⁶

Esta sucesión no tiene carácter jurisdiccional y tampoco administrativo, porque se concreta a la escritura pública con la cual se protocoliza la actuación y su correspondiente autorización por el notario. Es un acto de naturaleza esencialmente civil, al igual que cualquier otro que requiere de escritura pública, con la diferencia que previamente se debe observar ciertas formalidades.

a) *Requisitos*. Son los siguientes:

(i) *Reconocimiento de interesados* (C. G. P., art. 491).

(ii) *Mutuo acuerdo de los interesados*. Es importante mencionar que si bien el decreto 902 de 1988 que consagró este trámite requería capacidad de todos los interesados, el decreto 2651 de 1991 (art. 33 adoptado como legislación permanente mediante el art. 162 de la ley 446 de 1998) permite obtener el acuerdo aun con intervención de incapaces, sin necesidad de obtener licencia judicial, pero supeditado a los siguientes requisitos

- Que por lo menos alguno de los interesados sea mayor de edad (descartándose la sucesión notarial cuando todos los interesados son incapaces).

- Que los interesados que sean menores o incapaces estén representados legalmente por quien corresponda, es decir, por lo padres y, a falta de ellos, por el curador debidamente designado. y

- Que exista común acuerdo entre todos los intervinientes que sean plenamente capaces y los representantes legales de los menores o incapaces, respecto de la distribución de la herencia.

(iii) *Apoderado*. Es necesario constituir apoderado, el cual debe ser abogado titulado, salvo que los bienes tengan un valor inferior a cien mil pesos, ajustables en los términos del decreto 522 de 1988, caso en el cual los interesados pueden actuar directamente.

(iv) *Presentación personal de la solicitud*. Quien formule la petición debe efectuar la presentación personal, ante la notaría del último domicilio del causante, y en su defecto, si este tenía varios, ante el notario que corresponda al asiento principal de sus negocios. Si hay varios notarios ante cualquiera de ellos elegido conjuntamente. Si se actúa por conducto de apoderado, los correspondientes poderes deben otorgarse, igualmente, mediante presentación personal.

¹⁴⁶ AZULA CAMACHO, *op. cit.*, págs. 87-95.

(v) Como se trata de un trámite conjunto de todos los interesados, debe afirmarse que no se conocen herederos distintos de los mencionados en la respectiva solicitud.

b) *Trámite*. Se concreta en los siguientes aspectos:

(i) *Medidas preparatorias*. Se deben observar las mismas formalidades que en la sucesión judicial.

(ii) *Medidas cautelares*. Estas medidas quedan descartadas en la sucesión notarial, ya que dichas medidas son motivadas por la falta de acuerdo en la administración de la herencia o para la protección de los bienes.

(iii) *Actuaciones dentro de la sucesión notarial*:

- *Petición*. Es una solicitud que guarda cierta similitud con la demanda del proceso sucesoral judicial.

- *Anexos*. La solicitud debe ir acompañada por los documentos enunciados en el artículo 489 del Código General del Proceso, a saber: las pruebas para establecer el interés de las partes, el testamento, y además la diligencia de inventario y avalúo y el trabajo de partición, entre otros.

De manera particular se llama la atención respecto de la necesidad de incluir desde el inicio el proyecto del trabajo de partición, lo cual supone el entendimiento conjunto y común de los interesados en la distribución de la herencia.

- *Acta*. El notario acepta la solicitud y las pruebas allegadas mediante acta, en la cual, además, ordena la citación de las personas que tengan derecho a concurrir a la liquidación, dar aviso a la Oficina de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales que corresponda cuando los bienes tiene un valor en la actualidad igual o superior a cinco millones cuatrocientos mil pesos y a la Superintendencia de Notariado y Registro, la iniciación del trámite, el nombre y apellidos del causante y el número de su documento de identidad, cédula o tarjeta de identidad (decr. 902 de 1988, art. 3°).

- *Edicto emplazatorio*. Mediante el edicto se cita a todas las personas que puedan tener interés en la sucesión para que se hagan presentes. Se fija por diez días en un lugar visible de la notaría y se publica por una vez en un periódico de circulación nacional y se trasmite en una emisora, si la hubiere.

- *Suscripción de la escritura*. La escritura mediante la cual se protocoliza la adjudicación de bienes se suscribe transcurridos diez días después de la desfijación del edicto sin que se hubiere presentado opo-

sición y una vez expirado el término para que las autoridades tributarias hagan valer los derechos del fisco, y se hayan cancelado los impuestos de renta adeudados por el causante o se haya celebrado acuerdo con la administración para el pago de los mismos. Esta escritura la suscriben todos los interesados o su apoderado, si ha sido expresamente facultado para ello. (Véase el cuadro de la página siguiente).

11. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

El libro correspondiente a la sucesión *mortis causa* es vital para la regulación de las relaciones jurídicas patrimoniales. El Código Civil que haya de proponerse y finalmente acogerse en nuestro país debe contener reglas claras y actualizadas que permitan una sucesión transparente de los derechos y obligaciones de una generación a otra. En esa dirección, se destacan los siguientes aspectos para ser considerados en las discusiones en torno a un nuevo Código Civil en materia de transmisión por causa de muerte.

i) Debe privilegiarse la autonomía de la voluntad y reducirse sustancialmente el formalismo a la hora de testar. Si bien es plausible proteger los intereses de la familia, de los herederos y los acreedores, también es deseable que el régimen de los testamentos se modernice y se supriman muchas menciones obsoletas como los testamentos privilegiados (el militar, el marítimo y el verbal).

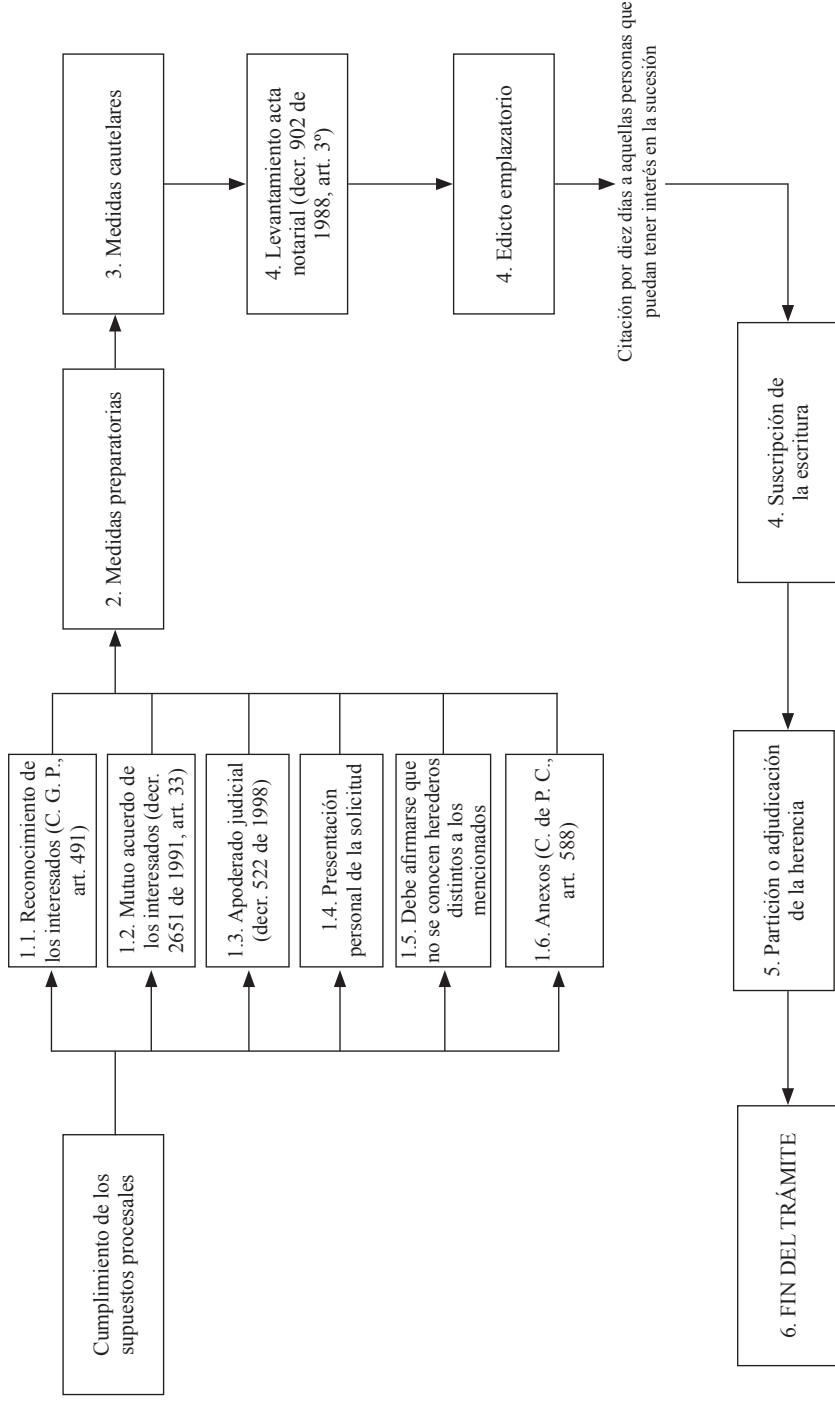
ii) Es conveniente reglamentar los puntos sustantivos relevantes de la partición en vida que consagró el Código General del Proceso. Este tipo de partición es deseable y sus reglas deben ser claras para evitar que sea fuente de fraude y simulación.

iii) Las normas sobre órdenes hereditarios en la sucesión intestada también requieren una importante revisión para actualizar sus disposiciones. Por ejemplo, en lo relativo a los padres adoptantes y los hijos adoptivos hemos comentado en este capítulo que la regulación actual es confusa.

iv) El régimen de sucesiones debe articularse cuidadosamente con el régimen de bienes, los modos de adquirir los derechos reales y las obligaciones para evitar que existan vacíos, inconsistencias y contradicciones.

v) Con el paso de los años, las reformas parciales y los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional han hecho que el estatuto de las sucesiones sea disperso, complejo y desarticulado. Una reforma a este régimen debe dotarlo de una estructura clara y acoplada que recoja la

TRÁMITE DE LA SUCESIÓN NOTARIAL (DECRETO 902 DE 1988)



jurisprudencia constitucional, la civil y las nuevas tendencias del derecho comparado. En particular, es necesario acoger expresamente los principios que, sobre igualdad de las parejas del mismo sexo, discapacidad y derechos fundamentales, forman parte del ordenamiento colombiano en la actualidad.

12. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

- AGUADO MONTAÑO, EUSTORGIO MARIANO: *Derecho de sucesiones*, Bogotá, Editorial Leyer, 2000.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- AZULA CAMACHO, JAIME: *Manual de derecho procesal civil*, tomo v, Bogotá, Editorial Temis, 1998.
- CARDONA HERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Tratado de sucesiones*, Pereira, Ediciones Abogados Librería, 1992.
- CARREJO, SIMÓN: *Derecho civil. Sucesiones y donaciones*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1972.
- CARRIZOSA PARDO, HERNANDO: *Las sucesiones*, Versión mecanográfica, Bogotá, 1943, s/e.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo XIII, Santiago de Chile, Editorial Nacimiento, 1945.
- LAFONT PIANETTA, PEDRO: *Derecho de sucesiones. Parte general y sucesión intestada*, tomo I, 10ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2017.
- LOPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO: “*Procedimiento civil. Parte especial*”, tomo II, Bogotá, Dupré Editores, 2007.
- MEDELLÍN ALDANA CARLOS *et al.*: *Lecciones de derecho romano*, 14ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2000.
- POTHIER, ROBERT JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*”, trad. de Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires, Heliasta, 2007.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: *Instituciones de derecho sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, vol. 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- SUÁREZ FRANCO, ROBERTO: *Derecho de sucesiones*, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO: *Manual de las sucesiones mortis causa*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2008.

TERRÉ, FRANÇOIS y LEQUETTE, YVES: *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1997.

VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, tomo VI, Sucesiones, 7^a ed., Bogotá, Editorial Temis, 1988.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

Sala de Revisión de Tutelas, sent. T- 537 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Sala Sexta de Revisión, sent. T-553 de 1993. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Sala Plena, sent. C-239 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

Sala Plena, sent. C-352 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

Sala Plena, sent. C-174 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía.

Sala Plena, sent. C- 283 de 2011.

Sala Plena, sent. C-238 de 2012.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Negocios Civiles, sent. de 19 junio 1911, M. P. Dr. Ferrero, “G. J.”, t. xx, núms. 990 y 991.

Sala de Negocios Civiles, sent. de 11 agosto 1911, M. P. Luis Eduardo Villegas, “G. J.”, t. xx, núms. 990 y 991.

Sala de Casación Civil, sent. de 31 agosto 1927, M. P. José M. Arango, “G. J.”, t., XXXIV.

Sala de Casación Civil, sent. de 2 noviembre 1927, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXV.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 1939, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, “G. J.”, t. XLVIII.

Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1940, M. P. Daniel Anzola, “G. J.”, t. XLIX.

Sala de Casación Civil, sent. de 8 octubre 1941, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. LII.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 1942, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. LIII.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 julio 1942, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. LIV.

Sala de Casación Civil, sent. de 22 marzo 1944, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. LVII.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 mayo 1949, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, t. LXVI.

Sala de Casación Civil, sent. de 19 junio 1950, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, t. LXVII.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 julio 1950, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, t. LXVII.

- Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1951, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, t. LXX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1952, M. P. Gualberto Rodríguez, “G. J.”, t. LXXII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 14 noviembre 1952, M. P. Gualberto Rodríguez, “G. J.”, t. LXXIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 3 de agosto 1954, M. P. Darío Echandía, “G. J.”, t. LXXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 1955, M. P. José Hernández Arbeláez, “G. J.”, t. LXXX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1955, M. P. José Hernández Arbeláez, “G. J.”, t., “G. J.”, t. LXXXI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 1958, M. P. Arturo C. Posada, “G. J.”, t. LXXXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 1961. M. P. Arturo C. Posada, “G. J.”, t. xcv.
- Sala de Casación Civil, sent. de 22 junio 1963. Sin publicar.
- Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1967, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, t. CXIX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 30 enero 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández, “G. J.”, t. CXXXIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 9 septiembre 1970, M. P. Ernesto Cediél, “G. J.”, t. CXXXV.
- Sala de Casación Civil, sent. de 9 noviembre 1971, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CXXXIX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 4 octubre 1977, M. P. Germán Giraldo Zuluaga, “G. J.”, t. CLV.
- Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 1981, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CLXVI, núm. 2407.
- Sala de Casación Civil, sent. de 29 septiembre 1984, M. P. Horacio Montoya Gil, “G. J.”, t. CLXXVI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 20 mayo 1987, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CLXXXVIII, núm. 2427.
- Sala de Casación Civil, sent. de 29 septiembre 1987, M. P. José Alejandro Bonivento, “G. J.”, t. CLXXXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1990, M. P. Pedro Lafont Pianetta, “G. J.”, t. CCIV.
- Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 1991, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, “G. J.”, t. CCVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 1996, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 5844.

- Sala de Casación Civil, sent. de 28 mayo 1996, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 4479.
- Sala de Casación Civil, sent. de 5 junio 1996, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 4648.
- Sala de Casación Civil, sent. de 18 junio 1996, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 4699.
- Sala de Casación Civil, sent. de 20 mayo 1997, M. P. Rafael Romero Sierra, exp. 4754.
- Sala de Casación Civil, sent. de 24 junio 1997, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 4843.
- Sala de Casación Civil y Agraria, sent. de 2 febrero 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp. 7935.
- Sala de Casación Civil, sent. de 5 noviembre 2003, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 6988 (www.lexbase.biz consultada el 27 de octubre de 2009, 7:00 p.m.).
- Sala de Casación Civil, sent. de 20 enero 2006, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 25843-31-84-001-1999-00037-01.
- Sala de Casación Civil, sent. de 30 enero 2006, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, exp. 1995-29402-02.
- Sala de Casación Civil, sent. de 13 octubre 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 41001-3110-001-2000-00512.
- Sala de Casación Civil, sent. de 17 octubre 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3103-008-1996-0059-01.
- Sala de Casación Civil, sent. de 9 noviembre 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 00684-01.
- Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2006, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 68001-31-10-006-2000-00578-01.
- Sala de Casación Civil, sent. de 8 mayo 2008, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 23001-3103-001-1998-00412-01.
- Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 2008, M. P. Arturo Solarte Rodríguez ref.: 23001-3103-004-2001-00096-01.
- Sala de Casación Civil, sent. de 5 diciembre 2008, M. P. William Namen Vargas, ref.: 11001-0203-000-2005-00008-00.
- Sala de Casación Civil, sent. de 8 julio 2009, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. C-0500131100112004-00787-01.
- Sent. de 31 agosto 2009, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3110-001-1996-00324-01.

c) Consejo de Estado

- Sala de lo Contencioso-Administrativo, sent. de 26 abril 2006, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 14908.
- Sala de lo Contencioso-Administrativo, sent. de 26 marzo 2008, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 16403.

CAPÍTULO III

TRANSFERENCIA SINGULAR DE CRÉDITOS*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. NOCIÓN Y ANTECEDENTES

El formalismo del derecho romano no permitió que los sujetos unidos por la obligación fuesen sustituidos mediante negocios celebrados entre vivos. Por el estrecho concepto del vínculo jurídico, este solo podía supervivir entre las personas del acreedor y del deudor, sin posibilidad alguna de variación de la individualidad de uno o de otro¹.

En el derecho romano temprano y clásico las acciones eran inseparables de los sujetos específicos que se situaban en los extremos de la relación; por ello, la cesión de créditos propiamente dicha no se encuentra en las instituciones desarrolladas por ese sistema normativo. No obstante, los romanos se sirvieron de figuras distintas para lograr indirectamente dicho propósito.

Por una parte, utilizaron la novación, autorizando el acreedor para que el deudor asumiese la obligación frente a un tercero con efectos novatorios, con extinción del vínculo inicial y creación de uno nuevo. Las desventajas de este mecanismo eran evidentes: se requería la cooperación del deudor, y la extinción de la obligación frente al acreedor inicial implicaba la pérdida de las garantías y demás accesorios.

Para evitar estos riesgos, se adoptó la *procuratio in rem suam*, por la cual el acreedor primitivo designaba a la persona a quien quería transferir la acción de cobro para que esta demandara al deudor en su propio nombre, con la facultad de conservar lo que lograra cobrar, es decir, celebrando un mandato para el beneficio del mandatario.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.541>.

¹ ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 281.

Esta figura o artificio² presentaba otra dificultad: el encargo podía ser revocado por el acreedor mandante frustrando así toda la operación, pues mientras no hubiese *litis contestatio*, el deudor podía pagar válidamente al acreedor primitivo. En este caso, la fragilidad del cesionario se mitigaba con una *cautio*: el mandante se obligaba a no interferir con los derechos del cesionario, con el apremio de una cláusula penal. Con todo, la novación y la *procuratio* no se consideraban sustitutos satisfactorios para la cesión por las dificultades que surgían de su aplicación.

El derecho justiniano concedió la *actio utilis* —apta para proteger a las partes en la *procuratio*— siempre que ellas hubiesen tenido la intención de transferir una acreencia, sin que importara la figura utilizada. En esas condiciones el cesionario no actuaba como mandatario del acreedor original, sino en su propio nombre. Aun así, la *actio utilis* no transfería el crédito pues quedaba vigente la *actio directa* de cobro en cabeza del viejo acreedor, salvo que el deudor tuviese conocimiento de la cesión.

En el derecho romano postclásico de Oriente, ya se encuentra la práctica de la *denuntiatio*, esto es, una notificación al deudor, efectuada por el cesionario. No obstante, el *Corpus Iuris Civilis* incorporó las fuentes clásicas referidas a la *procuratio* y a las acciones útiles pero los glosadores retornaron al dogma de la no transferibilidad de los derechos.

Los Códigos Civiles modernos aceptaron que la cesión pudiera realizarse por el mero acuerdo entre cedente y cesionario sin que la *denuntiatio* al deudor cedido fuese un requisito de ella, acogiendo la posibilidad de transferir las cosas incorpóreas (haciendo paralelo con la venta de cosas corporales) abandonando al fin la rígida posición romana.

Tras larga evolución y por las necesidades de la circulación del crédito, se reconoció que el derecho de reclamar una prestación debida formaba parte de los activos patrimoniales del acreedor, el cual tiene potencial de circular en el tráfico jurídico y ser objeto de diversos actos de disposición: puede ser vendido, permutado o donado y, por ende, de fácil transmisión³.

² FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1982, pág. 566. El mandatario se encontraba dispensado de rendir cuenta de su gestión de manera que la sentencia se pronunciaba a su favor y el resultado del proceso le beneficiaba exclusivamente.

³ Sobre la cesión de créditos en Roma véase REINHARD ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Londres, Oxford University Press, (Clarendon paperbacks), 1996. Y sobre esta evolución, véase EUGENE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, Albatros, 1982, págs. 623 y ss.

El Código Civil colombiano admite el cambio del acreedor de la manera que prevé en sus artículos 1959 a 1966, fenómeno que denomina “cesión de créditos personales”. Mediante ella, ocurre el desplazamiento de un derecho singular de crédito del patrimonio del titular inicial —cedente— al de un nuevo acreedor —cesionario—, que ocupa el lugar de aquel, sin que se extinga o modifique la relación obligatoria originaria. El obligado, cuya posición permanece invariable, es el “deudor cedido”.

Esta cesión resulta de una convención en la que son partes el cedente y el cesionario, donde aquel enajena a este, a cualquier título traslativo, oneroso o gratuito (v. gr., venta, permuta, donación), el derecho de crédito que tiene frente al deudor sin que la transmisión produzca mutación o extinción del vínculo originario⁴. La cesión no puede considerarse un contrato especial y típico, pues el régimen aplicable será aquel cuya forma se adopte para efectuar la enajenación (venta, permuta, donación, etc.)⁵.

Para estos efectos, el título es necesariamente el contrato traslativo de dominio⁶ que origina para el cedente la obligación de dar —hacer tradición del crédito— y para el cesionario la de pagar la contraprestación, si la hubiere (dinero u otra cosa a cambio en los contratos onerosos). Si la cesión es a título gratuito, solo surgirá a cargo del cedente la obligación de hacer la tradición mediante la entrega del título al cesionario, conforme lo prevé el artículo 761 del Código Civil: “La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro, se verifica por la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario”⁷.

Debe precisarse que el derecho susceptible de cesión bajo las reglas examinadas en el presente capítulo es todo crédito singularizado cuyo titular es el acreedor en la relación obligatoria de contenido patrimonial,

⁴ La Corte Suprema ha calificado la cesión como un “acto jurídico” por el cual un acreedor, que toma el nombre de *cedente*, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero que acepta y que toma el nombre de *cesionario*. Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LI, págs. 250-259.

⁵ CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 148.

⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil de Única Instancia, sent. de 26 marzo 1942, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, “G. J.”, t. LIII, págs. 544-558. Véase también el laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A. Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 septiembre 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 agosto 1920, M. P. Marceliano Pulido, “G. J.”, t. XXVIII, págs. 164-167.

cualquiera que sea su fuente, sea ella contractual, cuasicontractual o legal. Así, el crédito cedido puede derivarse de un contrato, v. gr. el precio de una compraventa puede ser transferido por el vendedor a un tercero cesionario, caso en el cual el deudor cedido será el comprador (deudor del precio). En este evento se trata de la cesión de un crédito de origen contractual, mas no se configura una cesión del contrato, mecanismo diferente y más complejo mediante el cual se transfiere a un tercero cesionario la posición contractual —derechos y obligaciones— que el contratante cedente ostenta en un contrato bilateral y al que dedicaremos un capítulo subsiguiente⁸.

En suma: en la cesión de créditos el título es el negocio traslaticio que le impone al cedente la obligación de transferir el derecho personal, y el modo es la tradición que se efectúa con la entrega del título al cesionario y que pone a este como dueño del derecho crediticio con todos sus privilegios, accesorios, vicios y acciones.

Según la jurisprudencia, en la cesión no se extingue la obligación, por lo cual difiere de la novación por cambio de acreedor y señala respecto de aquella: “[...] Constituye esta figura una convención, que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que solo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (C. C., art. 1964), convención en la que no es esencial el consentimiento ni la intervención del deudor porque para sus relaciones con el nuevo acreedor basta la notificación de la cesión” (art. 1960, *ibid.*)⁹.

La cesión ordinaria de créditos no se encuentra prevista en el ordenamiento comercial, pero estimamos que son aplicables las reglas comunes a la transferencia singular de derechos surgidos de negocios mercantiles en virtud del artículo 2º del Código de Comercio, con arreglo al cual el derecho civil resulta aplicable como norma subsidiaria a los negocios mercantiles. La aplicación de los principios y reglas del Código Civil sobre cesión de créditos no obedece entonces a la remisión directa que hace el artículo 822 del régimen comercial, en cuanto esta disposición no menciona la transmisión de las obligaciones como una de las materias incluidas en la referida remisión. Lo anterior es así siempre que dichos

⁸ Sobre la cesión de créditos derivados de un contrato véase C. S. de J., Sala Civil, sent. de 1º diciembre 2011, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda, rad. 11001-3103-035-2004-00428-01.

⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1940, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. L, págs. 496-502.

créditos no se encuentren incorporados en títulos valores (letras, pagarés, cheques, etc.), pues estos bienes mercantiles se encuentran expresamente excluidos del régimen general por contar con unos mecanismos especiales de transmisión, previstos en el libro III del Código de Comercio¹⁰.

Los títulos valores definidos por el artículo 619 del Código de Comercio tienen un régimen de circulación diverso del de la cesión del derecho común y se transfieren, según el caso, por simple entrega (títulos al portador), por endoso (títulos a la orden) o por inscripción en el registro que lleva su creador (títulos nominativos). Su estudio corresponde al curso de títulos-valores.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA

La cesión de créditos cumple una importante función al facilitar la circulación de los derechos incorporales, como lo son los créditos. Así como es necesario en la economía movilizar bienes corporales mediante negocios traslativos de dominio, se requieren mecanismos que permitan el tráfico de otros derechos patrimoniales, en condiciones de seguridad para las partes y de información transparente para los terceros.

Para un acreedor puede ser conveniente enajenar a un tercero uno o varios créditos con vencimiento a plazo, aplicando un descuento sobre su valor nominal o facial y cobrando un porcentaje del valor total de él, pues la contraprestación que recibe de inmediato y sin esperar la llegada del término previsto para su cobro al deudor se convierte en una importante fuente de liquidez, que aumenta su flujo de caja y su capital de trabajo para continuar el giro de su negocio. El precio de la cesión variará según el tiempo de maduración que falte para exigir el crédito, tal como la solvencia económica y la reputación comercial del deudor.

Empero, para quien adquiere este tipo de créditos, la operación puede generar ganancias apreciables, pues paga, en un ejemplo, 90 por ciento sobre el valor nominal del crédito y al llegar el vencimiento puede recuperar el ciento por ciento mediante el cobro al deudor, generando una utilidad del 10 por ciento. Este negocio especulativo de venta de cartera, celebrado de manera profesional y habitual, es la base de los contratos de descuento¹¹ y de *factoring*, en el cual un comerciante o una entidad

¹⁰ C. C., art. 1966. Por su parte, el C. de Co. en el art. 660, inc. 2º, prevé que “el endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de una cesión ordinaria”.

¹¹ C. de Co., art. 1407.

financiera compra o descuenta facturas emitidas por otro, las cuales documentan cuentas por pagar de clientes del cedente¹².

El cesionario generalmente asume el riesgo comercial de la operación. Es decir, en principio, quien adquiere el crédito corre con el riesgo de la solvencia del deudor, por lo cual no cabe exigirle al cedente responsabilidad principal, solidaria ni subsidiaria en el evento en que el deudor no honre su compromiso o carezca de bienes suficientes para garantizar el éxito de un cobro coactivo, a menos que se pacte algo distinto. Esto obliga a los profesionales que compran créditos ajenos a examinar cuidadosamente la calidad crediticia de los deudores respectivos con objeto de reducir al máximo este riesgo que, de concretarse, puede implicar la pérdida de los dineros invertidos en la adquisición de cartera.

3. REQUISITOS¹³

La jurisprudencia reciente ha definido este mecanismo especial de transmisión en los términos siguientes: “[l]a cesión de créditos, de que tratan los artículos 1959 al 1966 del Código Civil, es un negocio jurídico en el que un acreedor transfiere «a cualquier título» a otro, que pasa a sucederlo, los derechos sobre una deuda cuya satisfacción está a cargo de un tercero ajeno a esa transacción, pero que asume las consecuencias luego de ser sabedor de ello, no antes”¹⁴.

Ya se dijo que la cesión se perfecciona por el acuerdo entre cedente y cesionario, acuerdo en el cual aquel se obliga a transferirle a este un crédito determinado. Para que tenga efecto entre ellos, el título o “contrato base” (compraventa, donación, aporte en sociedad, etc.) debe llenar los requisitos de validez de todo acto jurídico¹⁵: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita, y los elementos esenciales del respectivo contrato¹⁶.

¹² Por su parte, el negocio de libranza es una operación en la cual un empleado autoriza a su empleador para girar directamente a algún acreedor valores que existan a favor del trabajador por concepto del contrato de trabajo. No es en estricto sentido una cesión de créditos.

¹³ Sobre requisitos generales de la cesión de créditos, véase Laudo arbitral de Ronderos Torres & Cía. SCA vs. Fiduciaria Tequendama S. A. de 6 septiembre 2001 (Cámara de Comercio de Bogotá).

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, rad. 11001-31-03-039-2010-00490-01.

¹⁵ C. C., art. 1502.

¹⁶ C. C., art. 1501.

En cuanto a la cesión en sí misma, cedente y cesionario acuerdan la transmisión del crédito y esta se efectúa con la entrega del título donde consta el derecho cedido; si este no está contenido en un documento, la cesión puede hacerse otorgando el cedente un documento en el que conste el crédito (C. C., art. 1959)¹⁷. En estricto sentido, el deudor no forma parte de la operación, sino es un tercero, al punto que la Corte considera que “[...] el deudor cedido es completamente extraño a dicho contrato, a cuya celebración no puede oponerse y contra la cual, en sí mismo considerado, no tiene derecho alguno qué hacer valer, por no ser parte de él”¹⁸.

La expresión “título” se emplea en la mencionada disposición legal con dos acepciones. Por un lado, se refiere al contrato o causa en cuya virtud se hace la cesión y, por otro, al documento o instrumento en que consta el derecho y que debe entregarse al cesionario para que opere la tradición y se radique en su patrimonio¹⁹.

El acuerdo entre el cedente y el cesionario con la subsiguiente entrega del título constituye la primera etapa de la cesión. Pero como a la obligación originaria se encontraba vinculado el deudor, se necesita una segunda etapa en la cual se le pone de presente el cambio del sujeto activo, fase que puede denominarse de información o publicidad y que se concreta mediante la notificación que se hace de la cesión al obligado.

Sobre esta sucesión de actos, ha dicho nuestra jurisprudencia: “De acuerdo con los artículos 33 de la ley 57 de 1887, 761, 1960 y 1961 del C. C., la cesión de los créditos nominativos, que es la tradición por medio de la cual el titular del derecho personal lo transfiere al cesionario que pasa a ocupar el lugar del acreedor en virtud de una convención celebrada entre ellos, se cumple y perfecciona por efecto de la entrega del título justificativo del crédito que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Realizada la entrega del título en la forma dicha, queda radicado el crédito en manos del cesionario, y de este modo termina la primera etapa de la cesión que se desarrolla entre cedente y cesionario; pero como toda cesión de derecho personal se refiere también al deudor de la obligación, sujeto pasivo

¹⁷ Según HINESTROSA, la cesión es a la vez un negocio formal y real. Lo primero, pues requiere su documentación con la firma del cedente, y lo segundo, porque según el art. 1959 del C. C., no tendrá efecto entre cedente y cesionario, sino en virtud de la entrega del título. Véase FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 430-431.

¹⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 1941, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LII, págs. 1-12.

¹⁹ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 153; PÉREZ VIVES, *op. cit.*, págs. 286-287.

del derecho cedido, en relación con este se cumple la segunda etapa del fenómeno, que tiende a vincular al deudor con la cesión dándole conocimiento de que la persona del acreedor ha cambiado, lo cual se obtiene con la notificación de la cesión o con la aceptación que él haga de ella, cosas estas que no afectan la validez de la tradición entre cedente y cesionario. De modo, pues, que mientras no sobrevenga la notificación de la cesión al deudor o la aceptación expresa o tácita de este²⁰, solo puede considerarse al cesionario dueño del derecho personal respecto del cedente, pero no respecto del deudor y de terceros²¹.

La notificación debe hacerse por el cesionario —que como nuevo acreedor es el más interesado en que el deudor le pague— mediante exhibición del título en el cual debe aparecer la nota de traspaso y la designación del nuevo acreedor para que el deudor tenga pleno conocimiento de la persona a quien debe pagar la deuda; es decir, que la cesión ordinaria de créditos tiene necesariamente carácter nominativo y no puede hacerse en blanco²². Sin embargo, no es menester señalar a qué título se hace la cesión (si es por venta, permuta, donación, aporte, etc.) lo cual solo incumbe a cedente y cesionario²³.

En virtud de la notificación, la cesión se vuelve oponible no solo al deudor, sino a los terceros, de suerte que la prestación solo puede satisfacerse al cesionario, pues el cedente ha dejado de ser acreedor. Por su parte, los terceros, acreedores del cedente, no pueden embargar el crédito en cabeza de este una vez notificada o aceptada la cesión, pues ya se ha radicado en el patrimonio del cesionario y ello se reputa conocido por todos.

²⁰ Sobre la notificación o aceptación de la cesión, véase laudo arbitral de Banco Standard Chartered Colombia S. A. (antes Banco Extebandes) vs. Leasing Capital S. A. y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin), de 4 mayo 1999 (Cámara de Comercio de Bogotá).

²¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 mayo 1941, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. LI, págs. 278-282. Sobre las dos fases de la cesión de créditos, véanse también de la Sala de Casación Civil de Única Instancia, sent. de 26 marzo 1942, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, “G. J.”, t. LIII, págs. 544-558 y de la Sala de Negocios Generales, sent. de 6 mayo 1946, M. P. Eleuterio Serna, “G. J.”, t. LX, pág. 610 y el laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A. Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 septiembre 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

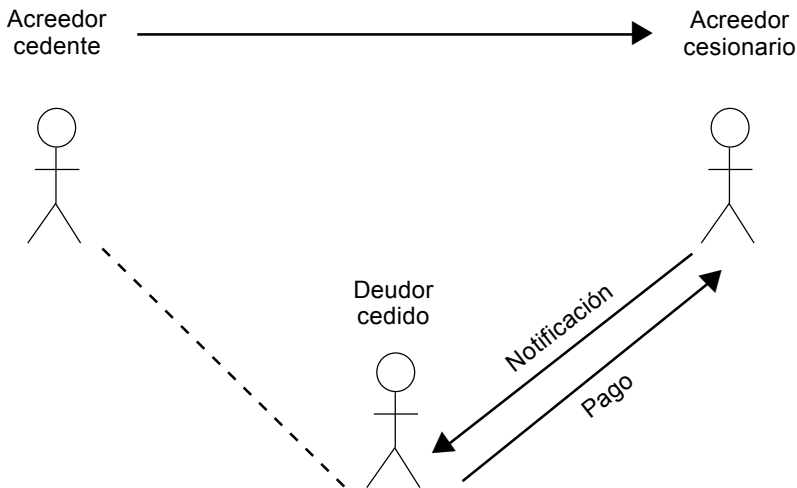
²² En contraste, el art. 654 del C. de Co. permite que la transferencia de títulos valores a la orden pueda hacerse mediante endoso en blanco con la sola firma del endosante. El tenedor deberá llenar el endoso en blanco con su nombre o el de un tercero, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.

²³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 mayo 1914, M. P. Manuel José Angarita, “G. J.”, t. XXVIII, págs. 82-88.

En cuanto a la aceptación, esta es el reconocimiento espontáneo de la cesión que de manera expresa o tácita hace el deudor²⁴; en la primera, manifiesta claramente su aquiescencia para tener al cesionario como su acreedor, y en la segunda exterioriza, con hechos inequívocos, esa misma voluntad como cuando sin mediar notificación, hace pagos parciales al cesionario o hay litis contestación ante la demanda del cesionario, reconociéndole su calidad de tal (C. C., art. 1962)²⁵. Existiendo aceptación, no es de rigor proceder a realizar la notificación, pues el efecto de publicidad y oponibilidad se ha surtido²⁶.

Surtidas las dos etapas, en palabras de PÉREZ VIVES²⁷, la cesión se integra por un triángulo el que se encuentran el acreedor inicial, el nuevo acreedor y el deudor cedido, como se ilustra en la figura 1.

Figura 1. Triángulo de cesión



²⁴ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 154.

²⁵ Para que haya aceptación tácita, la litiscontestación debe proceder únicamente del deudor principal de la obligación cedida; no es suficiente cuando ha ocurrido con el poseedor de la finca que ha sido hipotecada para la garantía de ella. En este caso, se considera existir el crédito en cabeza del cedente (C. C., art. 1963). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1930, M. P. Francisco Tafur, “G. J.”, t. xxxviii, pág. 13-15.

²⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LI, págs. 250-259.

²⁷ PÉREZ VIVES, *op. cit.*, pág. 289.

Sin embargo, repetimos, la cesión de créditos solo requiere para su eficacia el concurso de las voluntades del cedente y el cesionario. Aunque el deudor puede aceptar incluso de manera anticipada la cesión que se haga del crédito, su consentimiento no es requisito estructural para la eficacia de ella, que puede efectuarse aun a pesar del deudor, que no es parte en el negocio.

En general, al deudor le es indiferente la persona del acreedor, pues su interés se centra en liberarse de la obligación cumpliendo la prestación y en hacerlo respecto de quien sea el titular del crédito, sea quien fuere. Si por algún motivo plausible el deudor no desea que el crédito sea traspasado a un tercero a quien tendría ulteriormente que pagar, es jurídicamente válido celebrar pactos entre el obligado y el acreedor original para prohibir o limitar la cesión, por ejemplo, al exigir el consentimiento del deudor para efectuar la cesión²⁸. En todo caso, de haberse reservado el derecho de aceptar la cesión, el deudor no podrá negar su consentimiento de manera arbitraria, es decir, no podrá abusar de su derecho a autorizar la cesión del crédito al cesionario. La cesión no perjudica al deudor, teniendo en cuenta que el vínculo y su situación jurídica particular continúa siendo la misma antes y después que aquella ocurra; lo único que se requiere es que se le dé noticia del cambio de acreedor para que pueda pagar correctamente.

Pero reconociendo la importancia de la fase de publicidad frente al deudor cedido y los demás terceros, nos preguntamos: ¿cómo debe hacerse la notificación? En criterio de algunos autores y de acuerdo con un pronunciamiento de la jurisprudencia²⁹, ella debe ser formal y judicial: el cesionario le pide al juez que cite a su despacho al deudor para que le notifique que el crédito ha sido cedido. Cuando el deudor comparece, el juez le exhibe el título que debe contener la correspondiente nota de cesión firmada por el cedente, de todo lo cual se levanta un acta³⁰.

Pero esta es una solución formalista, no exigida ni siquiera para la cesión en sí misma ni prevista por el artículo 1961 del Código Civil que alude a los requisitos de la notificación. Otros doctrinantes sostienen que la notificación puede ser judicial, pero también extrajudicial o pri-

²⁸ Una situación que puede ilustrar el interés del deudor en no cambiar de acreedor es la prevención del riesgo de pagar el crédito a una persona con problemas de lavado de activos o cuyos bienes pueden derivar de actividades ilícitas.

²⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LI, págs. 250-259.

³⁰ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 155. También PÉREZ VIVES, *op. cit.*, pág. 291.

vada, evento en el cual el cesionario exhibe el título sin intervención de ninguna autoridad³¹.

En nuestra opinión, mediante la notificación debe en efecto ponerse en conocimiento del deudor cedido la sustitución del acreedor, pero puede hacerla directamente el cesionario, sin mayores formalidades, siempre que pueda acreditar que hizo exhibición del título y este tenga la nota de traspaso con la identidad del nuevo acreedor. La jurisprudencia, de tiempo atrás, ha aceptado esta alternativa al señalar que “[e]n el sistema de nuestra legislación no entra como medio exclusivo la notificación auténtica, para hacer sabedor de la cesión hecha al cesionario. Puede ser suficiente el hecho de ponerle en conocimiento del deudor la cesión hecha, firmando este la nota de traspaso o reconociendo tácitamente al nuevo acreedor como lo determina el artículo 1962 del Código Civil [...]”³².

Tratándose de obligaciones solidarias, basta con que se notifique a uno de los codeudores para que el cesionario pueda cobrar toda la deuda³³. Empero, la ley no fija plazos para hacer la notificación al deudor, pero esta noticia provee una fecha cierta para la cesión, en lo que hace al cambio de acreedor, tanto para el deudor como para terceros³⁴. Al no existir plazo legal para ello, el aviso al deudor cedido podría hacerse en cualquier tiempo (lógicamente sin exceder el de la prescripción), pero los efectos frente al deudor y los terceros no se producen hasta que ella se realice.

Sobre la importancia de la notificación como fase de publicidad de la cesión, la jurisprudencia ha recalcado: “Tanta es la trascendencia del enteramiento que, mientras no se dé, para el *solvens* es como si nada hubiera cambiado y su *accipiens* sigue siendo el mismo, pudiendo abonarle o cubrir el monto pendiente; incluso sigue formando parte de la prenda general de los acreedores del «cedente», quienes pueden embargar el crédito”³⁵.

³¹ JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Bogotá, 14ª ed., Ediciones Librería del Profesional, 2000, pág. 322.

³² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 agosto 1920, M. P. Marceliano Pulido, “G. J.”, t. XXVIII, págs. 164-167.

³³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 julio 1921, M. P. José M. Arango, “G. J.”, t. XXIX, págs. 4-5.

³⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LI, págs. 250-259.

³⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, rad. 11001-31-03-039-2010-00490-01.

4. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES

Se ha precisado en un acápite precedente que en el contrato causal, el cual da origen a la cesión, se fijan las obligaciones de las partes —cedente y cesionario—, siendo esencial la referente a la tradición del derecho en los términos del artículo 761 del Código Civil. Pero una vez perfeccionada, cuando se ha hecho a título oneroso, el cedente se hace responsable de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, es decir, que verdaderamente le pertenecía. En consecuencia, no responde por la solvencia del deudor, salvo pacto especial, y en tal caso, no se entenderá que el cedente se hace responsable de la solvencia futura, sino solo de la presente y hasta concurrencia del precio o emolumento que le hubiere reportado la cesión (C. C., art. 1965)³⁶. El cesionario es, pues, quien corre con el riesgo de que el deudor no satisfaga el compromiso adquirido; ante la iliquidez o insolvencia de este, el cesionario no tendrá acciones contra el cedente, que no actúa como garante ni expone su propio patrimonio. Por supuesto, la ley prevé que el cedente pueda asumir mayor responsabilidad y obligarse, por ejemplo, a pagar de manera subsidiaria si el deudor no lo hace.

Al señalar que el cedente responde por la existencia del crédito, la norma excluye la responsabilidad por vicios de validez que afecten al acto o contrato del cual emerge el crédito cedido. Así las cosas, al ser requerido el deudor para el pago al cesionario, aquel podrá oponer las mismas excepciones que hubiese podido oponer al cedente, como lo es la nulidad del negocio fuente de la obligación. De prosperar dicha excepción, el deudor puede quedar liberado y en ese evento nada podría reclamar el cesionario al cedente, salvo que exista algún pacto especial en ese sentido.

Cuando la operación no le reporta beneficio al cedente por convenirse a título gratuito, no responde siquiera por la existencia y la titularidad del crédito, a menos que lo pacte expresamente. A falta de este acuerdo especial, el cesionario carece de acciones de cobro o de saneamiento contra el cedente.

5. EFECTOS

Según la jurisprudencia, “[c]onviene estudiar separadamente las relaciones jurídicas entre el cedente y el cesionario y entre el deudor y

³⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 mayo 1926, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. xxxii, págs. 330-333.

cesionario, por ser indudablemente dos situaciones distintas e independientes³⁷. En cuanto a las primeras, la Corte subraya la fase inicial de la operación consistente en el acuerdo mismo y en la entrega del título como forma de realizar la tradición del derecho al patrimonio del cesionario³⁸. Respecto de las segundas, menciona la notificación de la cesión al deudor o su aceptación por este para que le sea oponible y surta efectos frente a terceros.

Ahora bien, es indispensable examinar qué se encuentra comprendido en la cesión. Mediante ella se traspasa el crédito y todo lo que accede a él, incluso acciones, derechos y privilegios anexos, las condiciones resolutorias pactadas, la acción resolutoria por incumplimiento, las acciones ejecutivas, y las de nulidad³⁹.

El cedente no puede traspasar mayor derecho que el suyo propio. “Luego, si el derecho del causante está sometido a causales de revocación o anulación, o a modalidades o gravámenes provenientes de actos suyos o de antecedentes, el causahabiente adquiere el derecho sometido a las mismas causas, modalidades o gravámenes; [...] a la inversa, las ventajas inherentes al bien traspasado benefician al causahabiente singular: cedido un crédito el cesionario lo adquiere con todas sus seguridades y accesorios como fianzas, prendas, hipotecas, intereses etc., y [...] de esta suerte, los adquirentes a título singular reciben provecho o perjuicio de actos jurídicos celebrados por sus antecesores, en cuanto tales actos se refieren a la constitución misma del derecho traspasado y en cuanto son anteriores a la adquisición por parte de aquellos⁴⁰.”

Todas las cauciones reales y personales (hipotecas, prendas, cláusulas penales, fianzas, etc.) que acompañan el crédito se traspasan para beneficio del nuevo acreedor. La cesión de un crédito, ha dicho la Corte, “transmite todo lo que constituya la realidad del crédito mismo y tenga conexión con él: la fianza, privilegios e hipotecas, la acción ejecutiva de

³⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LI, págs. 250-259.

³⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 1950, M. P. Pedro Castillo Pineda, “G. J.”, t. LXVIII, págs. 55-63.

³⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 mayo 1914, M. P. Manuel José Angarita, “G. J.”, t. XXVIII, págs. 82-88; sent. de 23 octubre 1915, M. P. Germán D. Pardo, “G. J.”, t. XXV, págs. 175-179.

⁴⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández, “G. J.”, t. CXXXV, págs. 60-72.

que esté revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que le corresponde al mismo, y, en general, cuanto pertenezca al crédito en cabeza del cedente, de quien el cesionario es un verdadero sucesor. Lo único que no transfiere la cesión son las excepciones personales del cedente⁴¹.

En cuanto a las obligaciones garantizadas con hipoteca, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que para la cesión del derecho correlativo del acreedor, basta una nota privada, sin necesidad de escritura pública, pues la transferencia del accesorio opera *ipso jure*⁴² y en todo caso “[n]o se pueden exigir más formalidades para que la hipoteca sea traspasada al nuevo acreedor, que las que se exigen para el traspaso del crédito al cual accede, porque de otro modo, se convertiría lo accesorio en principal, lo que no ha querido la ley”. Ello, según la Corte, atiende además a un fin práctico: posibilitar la transmisión de los créditos hipotecarios sin que ella obedezca a demasiadas formalidades, que sin agregar por sí mayor seguridad, perjudican el movimiento del comercio y dificultan las transacciones⁴³.

6. EXCEPCIONES DEL DEUDOR. EL CASO DE LA COMPENSACIÓN

El derecho del nuevo acreedor no es originario, sino derivado del titular inicial, de suerte que el cesionario, como causahabiente a título singular, recibe el crédito en el mismo estado, con las ventajas y vicisitudes que tenía en cabeza del cedente. “Es principio jurídico reconocido que por la cesión el crédito, lejos de cambiar de naturaleza, se conserva en el cesionario de la propia manera en que existía en el cedente, sin otra limitación que la relativa a los excepciones personales del mismo”⁴⁴. Por eso el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que tuviere frente al cedente, entre otras sobre la validez del contrato causal del cual emerge el crédito y la prescripción de la obligación; salvedad debe hacerse de la compensación, excepción personal por excelencia y

⁴¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 1950, M. P. Pedro Castillo Pineda, “G. J.”, t. LXVIII, págs. 55-63.

⁴² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 1940, M. P. Juan Antonio Donado, “G. J.”, t. LI, págs. 748-753.

⁴³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1937, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. LXV, págs. 835-839.

⁴⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 1915, M. P. Germán D. Pardo, “G. J.”, t. XXV, págs. 175-179.

que tiene como presupuesto la reciprocidad de obligaciones y créditos entre las mismas personas⁴⁵.

Si antes de la cesión, el cedente y el obligado tenían deudas y créditos recíprocos, una vez comenzada una acción de cobro por el cedente, es claro que el deudor podría alegar la compensación total o parcial, según el caso. Pero en virtud de una disposición especial de la ley, contenida en el artículo 1718 del Código Civil, una vez celebrado el negocio de cesión entre cedente y cesionario, el deudor cedido pierde la posibilidad de oponerle a este la compensación que tenía frente al cedente, si acepta la cesión sin reservas.

Continúa la norma señalando que si la cesión no ha sido aceptada, el deudor podrá oponerle al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no llegado a ser exigibles, sino después de la notificación. Nuestro entendimiento de esta disposición es que cuando no hay aceptación, sino notificación de la cesión, el deudor conserva la excepción de compensación ante el cesionario, respecto de créditos preexistentes con el cedente, pero tiene la carga de hacer la reserva correspondiente al momento de la notificación, señalando que tiene créditos compensables con el primero, que opondrá al segundo cuando llegue el momento.

La regla especial del artículo 1718 del Código Civil le garantiza al deudor la conservación de su *statu quo*, pues si bien este no forma parte de la cesión, el cedente y el cesionario no pueden desmejorarle su situación jurídica arrebatándole la posibilidad de alegar una excepción que le beneficia. La formulación de la reserva al momento de la notificación equivale a alegar dicha excepción que, de otra manera, ante el silencio del deudor, puede entenderse como una renuncia, conservando los créditos frente al cedente, pero perdiendo la excepción de compensación, una vez realizada y comunicada la cesión⁴⁶.

⁴⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 1938, M. P. Juan Francisco Mujica, “G. J.”, t. XLVII, págs. 420-423. La improcedencia de excepciones del deudor cedido para atacar el negocio de cesión se reitera en la Sala de Casación Civil de Única Instancia, de 26 marzo 1942, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, “G. J.”, t. LIII, págs. 544-558. En ella señala que esa controversia que deben definirse judicial o extrajudicialmente entre las partes contratantes —cedente y cesionario— y en manera alguna por el deudor, quien como no puede ser obligado a pagar dos veces, solamente debe pagar a aquel de los interesados que haya adquirido una situación jurídica inatacable y perfectamente regular.

⁴⁶ Sobre este problema, véase JORGE SUESCÚN MELO, “Aspectos relevantes de la cesión de créditos” en *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis Ediciones, 2003, págs. 545-558.

En este supuesto puede observarse una situación en la que no le es indiferente al deudor cedido el cambio de sujeto activo, pues corre el riesgo de perder la excepción de compensación frente al cesionario. Para evitarlo, debe manifestar la existencia de créditos compensables con el cedente al momento de la notificación o de su aceptación para que pueda proponer dicha excepción al cesionario.

Con la salvedad anotada, el deudor puede oponer al nuevo acreedor exactamente lo que hubiese podido oponer al cedente —vicios del contrato causa del crédito cedido—, pero por no ser parte en la cesión, el deudor no puede impugnar ni cuestionar la validez de la cesión misma. Así lo ha considerado la Corte al afirmar: “(e)l deudor tiene entonces el derecho de alegar contra el cesionario todo lo que hubiera podido alegar contra el cedente, inclusive la no existencia o la invalidez de la obligación que se le cobra, pero no puede tenerlo para discutir la validez del contrato celebrado entre cedente y cesionario, porque no es parte en él, ni ese contrato lo perjudica, toda vez que la obligación contraída no se hace más gravosa para el deudor, ni este tiene interés en no realizar el pago, ni en hacerlo a determinada persona, sino en verificarlo bien, para obtener la solución de la deuda. En consecuencia, no siendo el deudor parte en el contrato celebrado entre cedente y cesionario, no puede ejercitar la acción que para las partes consagra el artículo 1743 del C. C., ni le asiste el derecho de alegar la nulidad relativa de él, la cual solo cabe alegarse, según dicho artículo, por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios”⁴⁷.

7. CESIÓN PARCIAL

Es principio reconocido en el campo de las transferencias patrimoniales que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, pero lógicamente se infiere que el titular sí puede transmitir menos, lo que lleva a examinar la cesión parcial de créditos. Ella sucede cuando el cedente se reserva una porción del derecho y cede tan solo una parte o cuando cede el cien por ciento, pero a distintos cesionarios.

En estos casos, el cedente y el cesionario como cotitulares del crédito están, como todos los acreedores, sobre un pie de igualdad. Se benefician

⁴⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 1941, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LII, págs. 1-12.

de igual manera en las garantías y tienen la prenda general sobre los activos del deudor, sin que nadie pueda alegar preferencia⁴⁸.

Un caso especial de cesión parcial consiste en el fraccionamiento del crédito, de forma que el capital corresponde a una persona, y los intereses, a otra. Cada una de estas obligaciones tiene acreedor distinto, aunque el obligado sea uno solo. Si el crédito está asegurado con garantía real, a ambos acreedores favorece la garantía, que es indivisible. Con buen sentido ha dicho la jurisprudencia que si la obligación principal de pagar capital se extingue por cualquiera de los modos legales, la accesoria de pagar intereses corre necesariamente la misma suerte y desaparece también⁴⁹.

8. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

La cesión de crédito es sin duda un mecanismo muy útil y relevante que hace posible la circulación de activos en la economía, de ahí que es una institución que debe preservarse y perfeccionarse en futuras propuestas de reforma a la codificación. En primer lugar, es conveniente contar con un régimen unificado de obligaciones y contratos que reemplace la actual dualidad, que en materia de transmisión de las obligaciones es disperso en los Códigos Civil y de Comercio y, como se anotó anteriormente, no se menciona en la norma integradora por excelencia de la normativa de derecho privado, a saber, el artículo 822 del estatuto mercantil.

Y, concretamente, el régimen unificado de la cesión de crédito debe ser objeto de precisiones y mejoras técnicas que brinden una mayor claridad a los partícipes de la operación y a los terceros, conservando en general los principios y algunas de las reglas que rigen hoy. A continuación, proponemos algunas mejoras en esa dirección.

a) Lo primero es una definición de la cesión de créditos que permita a los ciudadanos y a los usuarios de las normas comprender cabalmente el contenido del acto jurídico en cuestión, para dejar en claro cuál es el objeto de la cesión y quiénes son las partes. En ese orden de ideas, podría intentarse una disposición introductoria con el siguiente tenor, u otro con términos análogos:

⁴⁸ HENRI MAZEAUD y otros, *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. III, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 514.

⁴⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 febrero 1975, M. P. José María Esguerra Samper, “G. J.”, t. CLI, núm. 2392, primera parte, pág. 45.

“La cesión del crédito, a cualquier título que se haga, es la transferencia que un acreedor cedente hace a otra persona, llamada cesionario, de un derecho de crédito individualizado, cuya prestación se encuentra a cargo de un tercero, el deudor cedido”.

b) Lo segundo es expresar cuáles son las dos fases de la cesión con sus respectivas formalidades para distinguir sus efectos entre las partes (cedente y cesionario) y los efectos frente al deudor cedido y los demás terceros, incluyendo los acreedores del cedente y del cesionario.

En la primera fase, el acuerdo documentado entre cedente y cesionario es lo requerido para surtir el efecto *interpartes*, efecto que consiste en el nacimiento de las obligaciones entre ellas. En particular, la obligación del cedente, de hacer tradición al cesionario, debe cumplirse con arreglo al artículo 761 del Código Civil, cuya incorporación al régimen de la cesión es plausible para mayor claridad, de manera que la transmisión del crédito se produce con la entrega del título al cesionario con la correspondiente nota de cesión.

En cuanto a la oponibilidad de la cesión al deudor cedido y los demás terceros, la norma futura debe ser clara en que ella opera en virtud de la notificación al deudor con exhibición del título a través de un medio idóneo —que debe comprender los recursos tecnológicos— sin intervención judicial. Si la obligación es solidaria, bastará la notificación a uno cualquiera de los codeudores. No obstante, el deudor podrá aceptar la cesión mediante su manifestación previa, simultánea o posterior a aquella, y la aceptación podrá ser expresa o tácita. Como bien lo expresa hoy el artículo 1962 del actual Código: la tácita consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.

c) La tercera propuesta es disponer que el acreedor original y el deudor puedan pactar cláusulas que prohíban o restrinjan la cesión, incluso que para ello se requiera la previa aceptación del deudor.

d) En cuarto lugar, en cuanto al efecto de la cesión, conviene reiterar y ampliar el principio contenido en el actual artículo 1964 del Código Civil: la cesión comprende el crédito con todos sus accesorios y garantías, salvo las excepciones personales del cedente, como es el caso de la compensación. En este sentido, se sugiere incorporar al régimen de la cesión la regla del artículo 1718 del Código Civil —que se ubica hoy día en el capítulo de la compensación como modo de extinguir obligaciones— que no permite al deudor cedido oponer al cesionario las excepciones que tendría contra el cedente, a menos que haga la correspondiente reserva al ser notificado o al aceptar la cesión.

e) Además, para la seguridad de la operación, conviene que, como elemento de la naturaleza del contrato, el cedente responda de la *existencia* y *validez* del crédito, tanto en las cesiones onerosas como en las gratuitas.

f) Por último, es aconsejable que el texto que actualice nuestro Código Civil en esta materia señale que la cesión del crédito puede ser parcial si este es divisible, pero en ese evento, las garantías existentes benefician al cedente y al cesionario que quedan como coacreedores, de manera indivisible respecto de las garantías y sin preferencia entre ellos.

9. BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*, versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO: *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

CASTILLO MAYORGA, FERNANDO ALFREDO: “La cesión de crédito”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario-Legis Ediciones, 2007.

CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, núm. 3, 2005.

GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR: *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. III, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955.

SUESCÚN MELO, JORGE: “Aspectos relevantes de la cesión de créditos”, en *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis Ediciones, 2003.

B) Jurisprudencia

a) Corte Suprema de Justicia

Sala de Negocios Civiles, sent. de 12 noviembre 1896, M. P. Luis M. Isaza, “G. J.”, t. XII.

- Sala de Casación Civil, sent. de 9 mayo 1914, M. P. Manuel José Angarita, “G. J.”, t. XXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 1915, M. P. Germán D. Pardo, “G. J.”, t. XXV.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 20 marzo 1918, M. P. José Gnecco Laborde, “G. J.”, t. XXVI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 31 agosto 1920, M. P. Marceliano Pulido, “G. J.”, t. XXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 11 julio 1921, M. P. José M. Arango, “G. J.”, t. XXIX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 27 mayo 1926, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXII.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 30 octubre 1928, M. P. Luzardo Fortoul, “G. J.”, t. XXXVI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1930, M. P. Francisco Tafur, “G. J.”, t. XXXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1937, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. LXV.
- Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 1938, M. P. Juan Francisco Mujica, “G. J.”, t. XLVII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1940, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. L.
- Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 1940, M. P. Juan Antonio Donado, “G. J.”, t. IL.
- Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 7 mayo 1941, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. LI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 1941, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 26 septiembre 1941, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. LII.
- Sala de Casación Civil de Única Instancia, sent. de 26 marzo 1942, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, “G. J.”, t. LIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 24 marzo 1943, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LIX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 3 abril 1946, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza, “G. J.”, t. LX.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 6 mayo 1946, M. P. Eleuterio Serna, “G. J.”, t. LX.
- Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 1950, M. P. Pedro Castillo Pineda, “G. J.”, t. LXVIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández, “G. J.”, t. CXXXV.
- Sala de Casación Civil, sent. de 24 febrero 1975, M. P. José María Esguerra Samper, “G. J.”, t. CLI.

Sala de Casación Civil, sent. de 24 febrero 1992, M. P. Eduardo García Sarmiento, “G. J.”, t. CCXVI.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta, “G. J.”, t. CCXXV.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 2011, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda, rad. 11001-3103-035-2004-00428-01

Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, rad. 11001-31-03-039-2010-00490-01.

b) Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, sent. de 6 diciembre 1986, C. P. Jaime Abella Zárate.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta, sent. de 30 enero 1990, C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sent. de 30 agosto 2001, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sent. de 13 diciembre 2001, C. P. Alir E. Hernández Enríquez.

c) Laudos arbitrales

Laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A. Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 septiembre 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

Laudo arbitral de Banco Standard Chartered Colombia S. A. (antes Banco Exteban-des) vs. Leasing Capital S. A. y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) de 4 mayo 1999 (Cámara de Comercio de Bogotá).

Laudo arbitral de Ronderos Torres & Cía. SCA. vs. Fiduciaria Tequendama S. A. de 6 septiembre 2001 (Cámara de Comercio de Bogotá).

CAPÍTULO IV

LA SUBROGACIÓN. (PAGO POR UN TERCERO)*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. NOCIÓN

El vínculo obligatorio que se establece entre el deudor y el acreedor constriñe a aquel a satisfacer su prestación en la forma debida y le confiere a este el derecho personal con la correspondiente acción de cobro¹. Las calidades personales y morales del deudor y su capacidad patrimonial son relevantes, puesto que en razón de ellas el acreedor concedió crédito confiando en la capacidad futura de aquel para cumplir.

Por tanto —salvo las transmisiones a título universal por causa de muerte— el derecho civil no propicia el cambio del obligado sin el consentimiento expreso del titular del derecho crediticio; es más, la asunción de una deuda por un tercero implica, salvo estipulación expresa en contrario, la extinción de la deuda por delegación si el acreedor acepta liberar al deudor primitivo. En otras palabras: al variar el deudor se produce una novación subjetiva que extingue el vínculo original con todos sus accesorios, privilegios y garantías, para crear uno enteramente nuevo con el delegado².

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.542>.

¹ Debe recordarse que las obligaciones civiles le otorgan al acreedor la acción coactiva para forzar al deudor a cumplir, al paso que en las obligaciones naturales, aquel carece de dicha potestad, pero si este espontáneamente paga, el pago es válido y el acreedor puede retener lo pagado (C. C., art. 1527).

² Esta regla se flexibiliza en los negocios comerciales de transmisión entre vivos, en los que la deuda no se extingue sino que se traspasa a otro sujeto, con el cumplimiento previo de los requisitos legales. En particular, cuando a) la deuda forma parte integrante de un contrato bilateral y la posición contractual se cede a un tercero; b) la deuda forma parte de una universalidad de hecho —el establecimiento de comercio— que se transfiere en bloque del enajenante al adquirente y c) la obligación se radica en el patrimonio de una sociedad que se fusiona o se escinde y se transmite en bloque a otra, con los demás elementos de la universalidad jurídica.

No obstante este énfasis en la persona del obligado como sujeto pasivo, cuyo patrimonio ofrece como prenda general para la seguridad de su cumplimiento, la ley permite que la prestación sea pagada no solo por el deudor mismo, sino por un tercero en calidad de *solvens*; en tal caso, el pago es válido y tiene el efecto de desinteresar al acreedor.

No nos referimos aquí al evento en que el deudor disputa a otra persona para que por su cuenta y en su representación pague al acreedor, puesto que el pago realizado por el mandatario en nombre o por cuenta de aquel equivale al efectuado por el deudor personalmente, produciéndose la extinción definitiva de la obligación y no la subrogación³.

La posibilidad de que un tercero realice el pago obedece a la necesidad de solucionar con prontitud las obligaciones —que son por definición vínculos transitorios— sin que con ello se desmejore la situación del acreedor que, en todo caso, tiene derecho a que se le cumpla la prestación en la forma y tiempo debidos, pues “el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”⁴.

Así las cosas, el Código Civil (art. 1630) dispone que, salvo en el caso particular de las obligaciones de hacer en las que se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, “puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor [...]”⁵.

³ Cfr. C. C., arts. 1505, 1630, 1694 y 2158.

⁴ C. C., art. 1627.

⁵ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, interpretando las disposiciones del Código Civil sobre el pago por un tercero, señaló: “[...] El pago que un tercero hace por el deudor, pues de ser de tres maneras: 1) Con la voluntad expresada o tácita del deudor, en cuyo caso el que paga queda subrogado, por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los derechos de este, es decir, en todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas. (C. C., arts. 1630 y 1668, num. 5). 2) Sin conocimiento del deudor, y en este caso, el que pagó no se entiende subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. El que paga en estas condiciones solo pretende liberar al deudor, extinguir la deuda; y esto no ocurriría si mediara subrogación, porque en virtud de esta, el tercero que paga queda en el lugar del acreedor y puede ejercer contra el deudor la misma acción que tenía el acreedor primitivo, con todos sus privilegios o hipotecas. Para que haya subrogación, es menester que el deudor consienta expresa o tácitamente, en el pago que hace el tercero. No mediando conocimiento del deudor, el tercero que pago por él no puede entablar como aquel la acción correspondiente a la obligación extinguida por su pago; pero tiene derecho para que el deudor reembolse lo pagado; tiene la nueva acción como *negotiorum gestor*, por

La subrogación se justifica por razones técnico-jurídicas pero también de equidad, pues al estar facultada cualquier persona para solucionar la deuda, de no existir la subrogación, el *solvens* tendría tan solo una acción ordinaria de reembolso contra el deudor pero perdería las garantías que tenía el crédito pagado, lo cual lo pone en situación de desventaja respecto de la situación del acreedor beneficiado con el pago oportuno⁶.

En algunos casos, cuando un tercero satisface el crédito se produce un doble efecto: por un lado, hay pago en cuanto el acreedor original ve satisfecho su crédito, pero por el otro, la obligación no se extingue totalmente, sino que subsiste para efectos de transmitirse al tercero que pagó, que se convierte en nuevo acreedor⁷. “La subrogación implica un verdadero pago, puesto que liquida el derecho del acreedor primitivo, desinteresándolo, y además desobliga al deudor con relación a ese acreedor;

haber desempeñado un negocio de deudor. (C. C., art. 2313). Este derecho es para el simple reembolso de la suma pagada al acreedor. Y 3) Contra la voluntad del deudor. En este caso el que pagó no tiene derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción. (C. C., art. 1632). Este es un caso especial de excepción, porque en principio, el que pagó por otro tiene recurso contra el deudor liberado. No constando del expediente y de las pruebas aportadas al juicio que el citado Quiza pagó contra la voluntad del deudor y por el contrario apareciendo de la confesión de la obligada que tal pago se hizo simplemente sin su consentimiento, obró bien el Tribunal al ordenar se devolviera a Quiza lo que este había pagado al ingeniero Perdomo para los gastos de la participación en la cual estaba interesada la demandada y que le aprovechó como se aprecia de los razonamientos anteriores”. (Sent. de 25 julio 1945, M. P. Manuel José Vargas, “G. J.”, t. LIX, núms. 2022-2024, pág. 378).

⁶ Véase al respecto OSPINA, *op. cit.*, págs. 351-352.

⁷ En otras situaciones de pago por un sujeto distinto del deudor, previstas en los arts. 1631 y 1632 del C. C., no hay subrogación en beneficio del *solvens*. En el primer caso, de pago sin conocimiento del deudor, quien paga solo tiene derecho de reembolso; en el segundo, de pago contra la voluntad del deudor, el tercero no tendrá ni siquiera derecho al reembolso pero el acreedor satisfecho puede subrogarlo voluntariamente. En todo caso, para evitar el enriquecimiento injusto, deben observarse las reglas de la agencia oficiosa que permiten recobrar lo pagado si la gestión hubiese sido útil (C. C., art. 2309), como lo es evidentemente, el pago de una obligación. A estas situaciones nos referiremos en mayor detalle en el capítulo relativo al pago como modo de extinguir las obligaciones. Así mismo, el tercero carece de toda acción si el pago se ha hecho con *animus donando*: si el *solvens* quiere hacer una donación al deudor, liberándolo de la obligación. Al respecto, véase MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de José M. Cajica, México D. F., Cárdenas Editor, 1983, pág. 315.

pero por una ficción de la ley, no obstante estar el crédito extinguido con relación al original acreedor, se transmite al tercero con todos sus accesorios”⁸.

Esta transmisión se denomina “subrogación” porque sitúa a dicho tercero en la misma posición jurídica que tenía el acreedor original, pues el derecho personal no desaparece sino que se traslada al subrogado con todas sus facultades y acciones⁹; es decir, una vez efectuado el pago, el *solvens* reemplaza jurídicamente al titular inicial del crédito.

En este evento la subrogación es personal, pues “existe una sustitución jurídica de una persona por otra; esta segunda se beneficia [...] de todos los derechos de la primera”¹⁰. El traspaso del crédito a quien paga o a quien presta el dinero al deudor para que pague se reglamenta en los artículos 1666 al 1671 del Código Civil, dentro del capítulo correspondiente al pago como modo extintivo de las obligaciones.

No obstante, como la deuda no se extingue para siempre liberando al deudor, sino que opera un acto jurídico con el doble efecto —extintivo y

⁸ ERNESTO GUTIÉRREZ Y FERNÁNDEZ, *Derecho de las obligaciones*, Puebla (México), Edit. Cajica, 1983, pág. 788.

⁹ La subrogación que se estudia no debe confundirse con la subrogación de que trata el art. 2489 del C. C. De acuerdo con esta disposición, el colectivo de los acreedores del deudor insolvente puede subrogarse en todos los derechos reales que sobre bienes ajenos ejerce el obligado (prenda, usufructo) y en el derecho de retención que le reconoce la ley en ciertos casos y en los que tiene el deudor como arrendador o como arrendatario, con arreglo a los arts. 2023 y 2026 *ibid*. Esta es una medida auxiliar de los acreedores concedida por la ley para satisfacerles sus créditos, al paso que en la subrogación del acreedor individual, prevista en los arts. 1666 y ss., se produce un pago por un tercero que desinteresa al acreedor inicial y que simultáneamente desencadena la transmisión del crédito a dicho tercero, con todos los accesorios y garantías.

¹⁰ HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. III, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 128. La subrogación puede ser también real, cuando “una cosa pasa a ocupar la misma posición jurídica que ocupaba otra”. (ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, Bogotá, Edit. Temis, 1960, pág. 476). La subrogación real ocurre, de acuerdo con OSPINA FERNÁNDEZ, en materia de obligaciones, cuando hay novación por cambio de objeto, cuando hay dación en pago y en las obligaciones facultativas, aunque la tesis es discutible porque no hay en estricto sentido un reemplazo de un bien por otro (*Régimen general de las obligaciones*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 347). En los derechos reales hay subrogación cuando una cosa reemplaza otra en el patrimonio de la persona, como en la hipótesis prevista en el art. 1789 del C. C., de subrogación de un inmueble por otro en la sociedad conyugal.

traslativo— mencionado anteriormente, donde el sujeto pasivo continúa vinculado al nuevo acreedor, estudiaremos la subrogación dentro de los mecanismos de transmisión singular de las obligaciones entre vivos, puesto que se trata de un pago al acreedor sin liberación del deudor¹¹, con una naturaleza jurídica *sui generis* que no puede ser completamente absorbida por la idea de pago ni por la de transmisión. “El instituto es complejo y dual, y amalgama: I) por un lado, un pago relativo [...], II) por otro, una sucesión a título singular de los derechos del acreedor”¹².

Tras el pago de una deuda ajena, el tercero se subroga por ministerio de la ley en los eventos especiales previstos en ella (subrogación legal, contenida en el art. 1668 del C. C.). Pero el fenómeno también ocurre cuando, en supuestos de pago por otro en los que la ley no autoriza la subrogación, el acreedor admite expresamente en el momento del pago que el tercero lo sustituya respecto de su crédito y accesorios, si los tuviere, frente al deudor (subrogación convencional, art. 1669 *ibid*)¹³.

2. LA SUBROGACIÓN LEGAL

Si bien cualquier tercero, interesado en la deuda o no, puede actuar como *solvens*, no en todos los casos esta intervención produce la subrogación legal, pues como ya se dijo, ella solo procede en los supuestos que la ley consagra expresamente. El Código Civil prevé la subrogación en beneficio de algunas personas, aun contra el querer del acreedor.

Este tipo de subrogación se explica por una convención sobreentendida: en ciertas circunstancias, el tercero que paga por otro se encuentra legalmente obligado a ello o tiene especial interés en que la deuda se extinga. Como la ley desea que el pago se realice, lo facilita presumiendo de derecho la subrogación. Sería injusto que el acreedor la negara, por lo cual se dispensa el deudor de solicitarla y se le otorga “de oficio”¹⁴.

A continuación se analizarán los casos enumerados en el artículo 1668, aunque en un orden distinto del que trae esta norma, lo cual, a nuestro juicio, facilita su comprensión. Se subrogan en el crédito por ministerio de la ley:

¹¹ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 315

¹² ATILIO ANÍBAL ALTERINI, y otros, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 647.

¹³ GUTIÉRREZ Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 789.

¹⁴ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, págs. 322-323.

A) El que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente (num. 3)

Bien es sabido que son solidarias aquellas obligaciones de prestación divisible contraídas por varias personas —codeudores— que en virtud de la ley, la convención o el testamento pueden exigirse íntegramente por el acreedor a todas, a algunas o a cualquiera de ellas¹⁵. En materia comercial y con referencia a obligaciones de fuente convencional, se presumen solidarias todas aquellas obligaciones donde hay deudores plurales¹⁶.

En las relaciones externas frente al acreedor, la solidaridad equivale a una indivisibilidad artificial, en la que cada deudor responde por la totalidad de la obligación. Pero una vez satisfecha la prestación en razón del pago efectuado por uno de los codeudores o extinguido el vínculo por otro medio equivalente y desinteresado el acreedor, la indivisibilidad termina y quien ha pagado se subroga automáticamente en la acción del acreedor contra los demás codeudores con todos sus privilegios y seguridades respecto de la cuota que a cada uno quepa en la deuda¹⁷.

¹⁵ C. C., arts. 1568 y 1571.

¹⁶ C. de Co., art. 825.

¹⁷ “[...] es incuestionable que el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda a que se halla obligado adquiere dos acciones contra su codeudor: la subrogatoria, procedente de la subrogación verificada por ministerio de la ley, por razón del pago hecho al acreedor, sea que este le ceda sus derechos o no, y la personal o acción de reintegro o reembolso de lo que aquel pagó por este, nacida del hecho mismo del pago, y la cual puede provenir de un contrato o mandato, si el codeudor por quien pagó lo ha comisionado al efecto, o del cuasicontrato de agencia oficiosa, si ha procedido sin autorización expresa o previa de él. En ejercicio de la primera de las acciones indicadas el subrogatario, en virtud de la subrogación, sea legal o convencional, ocupa el lugar y la posición jurídica del primitivo acreedor, de quien adquiere todos sus derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas que garanticen el crédito, conforme a lo dispuesto en los arts. 1666 al 1670 del C. C. pero queda también sometido a las normas restrictivas que en punto de caducidad y prescripción de la acción establezcan las leyes especiales que reglamentan lo relativo a dicho crédito; en tanto que la acción personal o de reembolso, nacida del pago hecho por otro, que pudiéramos llamar directa o por derecho propio, ya que no proviene del primitivo acreedor, no le concede a quien verificó el pago privilegio o garantía alguna, pero su ejercicio queda sometido al derecho común y no lo afectan determinadas reglas que pueden restringir el ejercicio de la acción subrogatoria”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 septiembre 1943, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LVI, pág.163.

Efecto análogo tiene el pago hecho por el fiador al acreedor de la obligación afianzada. El fiador no se ha obligado con otros, sino por otros. Por tratarse de una obligación ajena, puede repetir contra el deudor principal por el que haya pagado y en esa repetición se beneficia de la subrogación¹⁸.

B) El heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia (num. 4)

En materia sucesoral, el heredero beneficiario es el que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario¹⁹, es decir, que invoca la prerrogativa de no hacerse responsable del pasivo herencial, sino hasta el valor de los activos dejados por el causante. La responsabilidad opera *intra vires hereditatis*, limitándose exclusivamente a las fuerzas de la herencia.

Por ello, cuando esta clase de heredero paga con sus propios recursos obligaciones de la masa sucesoral, soluciona una deuda que no es suya y tiene derecho a subrogarse en los derechos de los acreedores cuyos créditos se han satisfecho de esa manera, contra los demás herederos.

Esta subrogación de pleno derecho en favor del heredero beneficiario que paga se ha justificado porque presta un servicio al acreedor y a los otros herederos, facilitando la liquidación del patrimonio sucesoral²⁰.

C) El que paga una deuda ajena, con consentimiento expreso o tácito del deudor (num. 5)

Se trata de un tercero que satisface la obligación con la clara autorización del deudor, sea que la exprese o que se trate de hechos inequívocos que permitan deducirla²¹. El hecho jurídico que desencadena la subrogación automática es la conducta de un tercero espontáneo o diputado por el deudor, pero siempre con el asentimiento de este; no se trata, entonces, de la ratificación *a posteriori* de un hecho sin aprobación previa, pues

¹⁸ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 138.

¹⁹ C. C., art. 1304.

²⁰ OSPINA, *op. cit.*, pág. 362.

²¹ “El consentimiento tácito en el caso del ord. 5° del art. 1668 del C. C. no existe por el simple silencio de la persona que debe preguntarlo; se necesita la ejecución de un hecho que revele la intención oculta; en derecho el que calla ni otorga ni niega”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 febrero 1894, M. P. Jesús María Quintero, “G. J.”, t. IX, pág. 224.

esta es la situación del agente oficioso, que no goza del beneficio de la subrogación²².

El tercero que soluciona la obligación ajena en estas circunstancias debe efectuar el pago con sus propios recursos para tener derecho a regresar contra el deudor; si lo hace con fondos provistos por este, no puede invocar el beneficio de la subrogación, pues ello equivaldría a un enriquecimiento injusto²³.

D) Cuando un acreedor paga a otro acreedor de mejor derecho al tener este privilegios o hipotecas de que carece el primero (num. 1)

Esta causal tiene relevancia cuando una persona tiene un número plural de deudas a su cargo por las cuales, en virtud del principio del patrimonio como prenda general de los acreedores, responde con sus activos presentes y futuros²⁴.

Cuando concurren titulares de créditos de diferentes clases²⁵, en las que unos tienen preferencias o privilegios y otros no, debe aplicarse la prelación legal de créditos para realizar el pago ordenado de las obligaciones. Los acreedores ordinarios o quirografarios que no gozan de tales preferencias o privilegios²⁶ y los que los tienen pero de rango inferior²⁷,

²² C. C., art. 2304, véase FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 418-419.

²³ “En el supuesto del ord. 5º del art. 1668 del C. C., es claro que quien verifica el pago debe hacerlo de su propio peculio; porque mal podría efectuarse con subrogación el pago de quien lo hace como contravalor de lo que tiene ya recibido para verificarlo. Si lo hace, apenas cumple la obligación suya de cancelar determinada deuda, que por lo mismo le es ajena”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 noviembre 1960, M. P. José Hernández Arbeláez, “G. J.”, t. XCIV, pág. 75.

²⁴ C. C., art. 2488.

²⁵ C. C., arts. 2495-2511.

²⁶ De acuerdo con el art. 2493 del C. C., las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Los privilegios son también llamados preferencias generales porque todos los bienes del deudor se encuentran afectos a su pago (e. g. créditos de la primera clase); los derechos reales de garantía se conocen como privilegios especiales porque se encuentran destinados a su satisfacción los bienes específicamente gravados con prenda e hipoteca.

²⁷ Por ejemplo, las hipotecas de primer grado tienen preferencia sobre las de segundo grado que se hayan constituido sobre el mismo inmueble; los grados se determinan por la fecha de la correspondiente inscripción en el registro de instrumentos públicos (C. C., art. 2435)

corren el peligro de no lograr la satisfacción de sus créditos —en todo o en parte— si los bienes del deudor resultaren insuficientes frente al monto total de las obligaciones.

Así las cosas, estos acreedores tienen interés en escalar posiciones en la prelación legal y, si actúan como *solvens* para desinteresar a otros que tengan rango superior, pueden recibir el pago de manera preferente con el producto de la venta de los activos de propiedad del deudor, mitigando de esa forma el riesgo de la insolvencia de este. “En tales circunstancias, un acreedor de derecho inferior derecho [...] puede tomar la iniciativa de satisfacer al acreedor o acreedores que lo preceden, para así colocarse en la posición de ellos”²⁸, efecto que se logra por ministerio de la ley, sin necesidad de autorización de tales acreedores y mucho menos del deudor.

E) *Quien compra un inmueble hipotecado y es obligado a pagar a los acreedores hipotecarios (num. 2)*

El deudor de una obligación garantizada por hipoteca queda en libertad para enajenar el bien gravado, no obstante cualquier estipulación en contrario²⁹. Por otro lado, por ser derecho real, la hipoteca es una garantía oponible *erga omnes*, gozando del derecho de persecución (*ius perseguendi*), el cual faculta al acreedor para hacerla efectiva con la venta judicial del inmueble y el pago preferente con el producto de ella (*ius preferendi*), sin que importe en manos de quien se encuentre, sea del mismo deudor, de un tercero adquirente, tenedor o poseedor.

Este atributo de la hipoteca significa una ventaja notable para el acreedor y a la vez un riesgo para los terceros que ostentan la cosa, puesto que se someten a la contingencia de ser desposeídos por el acreedor garantizado si el deudor no cumple la obligación principal.

El comprador que ha pagado un precio por el bien tiene interés en liberarlo del gravamen y evitar que el riesgo de venta judicial se concrete. Aunque es conocedor de la garantía y de sus consecuencias por el carácter público que le da la inscripción de la hipoteca en el folio de matrícula que lleva la oficina de registro de instrumentos públicos, se le otorga al comprador la tutela especial de la subrogación *ope legis* cuando soluciona con sus propios recursos la deuda ajena que se encuentra asegurada con hipoteca sobre el bien raíz adquirido. Con ese pago queda liberado el deudor original frente a los acreedores hipotecarios, y el comprador,

²⁸ HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 413-414.

²⁹ C. C., art. 2440.

ocupando el lugar que estos dejaron, puede dirigirse contra el vendedor para recuperar el dinero invertido en aras de salvar el bien, sin ninguna formalidad o requisito adicional.

Por los términos claros de la ley, de este beneficio no gozan los compradores de cosas muebles³⁰.

F) *Quien ha prestado dinero al deudor para que efectúe el pago (num. 6)*

Se trata aquí del préstamo de un tercero al deudor para que pague al acreedor, operación que debe ser antecedente del pago o al menos concomitante a este. Exige además una formalidad extrema, pues el mutuo debe constar en escritura pública y en ella debe aparecer que los recursos se destinan a la solución de determinada obligación.

Esta causal especial se ha explicado acertadamente así: “El caso del que presta su dinero al deudor para que pague a su acreedor es análogo al que paga con su dinero una deuda ajena con el consentimiento del deudor: que pague el tercero personalmente al acreedor, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor; o que pague por intermedio del deudor a quien entrega su dinero para que haga el pago, es en el fondo lo mismo; en uno y otro caso es el dinero del tercero el que se emplea en el pago; y en uno y otro caso el pago se hace con el consentimiento del deudor a quien, por lo mismo, conviene el cambio de acreedor [...]”³¹.

Por último, para finalizar el aparte sobre la subrogación legal, cabe precisar que el artículo 1668 del Código Civil dispone que esta se efectúa por ministerio de la ley en todos los casos señalados por las leyes y, en especial, a beneficio de quienes se enuncian en los seis casos explicados anteriormente.

La jurisprudencia ha considerado que los casos de subrogación legal son taxativos³², pero añadimos que ellos no se limitan a los indicados en el artículo 1668 *ibid.*, puesto que hay otros previstos por la ley, como la

³⁰ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 244.

³¹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 257.

³² “Los casos de subrogación determinados expresamente por la ley, no pueden extenderse a otros por analogía; pues en materia 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 restrictivamente”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 febrero 1894, M. P. Jesús María Quintero, “G. J.”, t. IX, pág. 224.

del legatario que paga con su peculio una deuda hereditaria garantizada con prenda o hipoteca sobre la especie legada³³ y la subrogación que se reconoce al asegurador que pague una indemnización, contra las personas responsables del siniestro³⁴.

3. LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

De acuerdo con el artículo 1669 del Código Civil, cuando un tercero paga una deuda ajena y la ley no le concede directamente la subrogación, aquel solo puede lograr el beneficio si el acreedor le cede todos sus derechos y acciones mediante un acuerdo denominado subrogación convencional. Esta debe constar en la carta de pago, es decir, el acuerdo debe documentarse en el mismo instrumento que certifique la ocurrencia del pago; así, la subrogación necesariamente ocurre de manera coetánea.

Los artículos 1631 y 1632 del Código Civil prevén los casos más relevantes en los que procede este tipo de subrogación en beneficio del tercero: pago sin conocimiento del deudor y pago contra la voluntad del deudor, respectivamente.

La primera disposición se refiere al agente oficioso que soluciona la deuda ajena y señala que quien paga no goza de la subrogación legal; solo podrá demandar reembolso de lo pagado y no podrá compeler al acreedor a que le subroge. En todo caso, el agente oficioso, de acuerdo con la regla general del artículo 2308 del Código Civil, tiene acción contra el interesado para el reembolso de las expensas útiles y necesarias de la gestión, lo que corresponde a un derecho crediticio distinto del que tenía el acreedor que recibió el pago, por ende, sin sus accesorios ni sus garantías. Y aunque el artículo 1631 *ibidem* señala que quien paga deuda ajena sin conocimiento del deudor no puede exigir que se le subroge, el acreedor bien podrá concederle voluntariamente el beneficio al agente oficioso, en los términos del artículo 1669 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1632 menciona el pago que se realiza contra la voluntad del deudor negando al *solvens* la acción de reembolso, pero

³³ C. C., art. 1423.

³⁴ C. de Co., art. 1096. Al respecto, véanse, entre otras, las sent. de Casación Civil de 16 mayo 2011, exp. 11001-3103-009-2000-09221-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda; 20 septiembre 2013, exp. 11001-31-03-027-2007-00493-01, de la misma magistrada ponente y SC-17.474 de 14 enero 2015, exp. 68001310300520070014401, M. P. Margarita Cabello Blanco.

señala que ello es así “a menos que el acreedor le ceda voluntariamente la acción”, es decir, salvo que se produzca la subrogación convencional. Cabe señalar en este aparte que el artículo 2309 del Código Civil, sobre agencia oficiosa establece que quien administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición de interesado no tiene acción contra este, sino en cuanto la gestión le hubiese sido efectivamente útil. La norma ilustra este supuesto con la extinción de una deuda que sin la gestión hubiese tenido que pagar el interesado, que es precisamente la situación del pago de deuda ajena. En suma, aun en el evento en que una persona paga una obligación de otra contra la voluntad del deudor, en el peor de los casos tiene acción de reembolso, pero puede obtener la subrogación por acuerdo con el acreedor respectivo.

4. LA SUBROGACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS

Es evidente la similitud que hay entre la subrogación y la cesión de créditos, pues ambas constituyen mecanismos de transmisión de derechos personales. Además, en una y otra se traslada un crédito de un acreedor a un tercero que entra a ocupar su misma posición jurídica; en ambas el deudor inicial permanece vinculado pero ya no a su acreedor inicial, sino al tercero y en ambas el crédito se mantiene sin solución de continuidad, es el mismo vínculo y el tercero (subrogado y cesionario, según el caso) se beneficia de los privilegios, garantías y accesorios que el crédito traía consigo.

Sin embargo, no se trata de la misma institución jurídica, por lo que es indispensable una rigurosa distinción. Primero que todo, salta a la vista que la subrogación puede derivarse de la ley o del acuerdo, al paso que la cesión es necesariamente convencional.

Debe subrayarse que la subrogación se funda siempre en el pago previo que hace un tercero; no así la cesión de créditos, que nace de un acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario para la transmisión del crédito, en la cual el móvil determinante de las partes ni las razones (invocadas o no por ellas) tienen relevancia jurídica. Esta es la distinción fundamental —incluso frente a la subrogación convencional es la figura con la que la cesión guarda mayor similitud—, pues el requisito de “pago previo por un tercero” es extraño a la cesión.

Cuando el artículo 1669 del Código Civil prescribe que la subrogación convencional se sujeta a las reglas de la cesión, no significa que se asimile a esta. Lo que ocurre es que la ley civil no creó disposiciones especiales

para efectuar la subrogación convencional, razón por la cual remite a una figura análoga, que no sinónima. Así, la subrogación que voluntariamente hace el acreedor al tercero que le paga requiere el consentimiento de ambos y por obvias razones debe notificarse al deudor de la misma manera que la cesión, puesto que de otra forma no le es oponible.

Consecuencia de la distinción es que quien cede un derecho lo está enajenando y como tal debe garantizar la existencia del crédito; esto no sucede en la subrogación, en la cual el subrogante no tiene esta obligación de garantía porque justamente no es un vendedor³⁵.

5. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN

Teniendo en cuenta lo que ya hemos examinado, en virtud de la subrogación, tanto legal como convencional, se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, junto con los derechos accesorios del acreedor primitivo contra el deudor principal y otras personas obligadas solidaria y subsidiariamente³⁶.

El vínculo se mantiene intacto y en el mismo estado recibe el nuevo acreedor, es decir, el beneficiario de la subrogación; por ello se transmiten también los vicios de la obligación pudiendo el deudor oponer las mismas excepciones que tenía frente al acreedor inicial.

Se transmite por ende la obligación principal, sus accesorios (p. ej. intereses, cláusulas penales), garantías reales (p. ej. prendas, hipotecas), garantías personales (p. ej. fianzas, anticresis), acciones (p. ej., ejecutivas, resolutorias, de responsabilidad civil, pauliana, de simulación). En cuanto a los privilegios, se transfieren las causas de preferencia, que pasan a otras personas por cesión, subrogación o de otra manera³⁷, pero no los privilegios personales que son inherentes al acreedor por alguna condición especial que tenga (fisco, titulares de acreencias laborales), los cuales son intransferibles a terceros³⁸.

6. SUBROGACIÓN PARCIAL

También hay lugar a subrogación cuando el acreedor ha sido pagado en parte, pero, por obvias razones, el tercero solo recibe el beneficio en

³⁵ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 224.

³⁶ C. C., art. 1670.

³⁷ C. C., art. 2493.

³⁸ Véase OSPINA, *op. cit.*, págs. 368-369.

forma parcial, hasta concurrencia del valor pagado. En tal caso, el acreedor mantiene su condición respecto del monto insoluto, y al concurrir con el subrogado, la ley le confiere preferencia sobre el *solvens* para el cobro de la porción que le corresponde. No se configura una comunidad en el crédito ni hay dos coacreedores³⁹; lo que ocurre es que el crédito original se divide en dos distintos, cada uno con autonomía del otro.

La ley no resuelve de manera clara lo que sucede en este evento con las garantías y privilegios del crédito, pero se ha considerado que los conserva de manera preferente el acreedor original y el subrogado solo entraría a pagarse con dichas garantías después del subrogante. En este punto se evidencia una asimetría con la cesión parcial de créditos, en la que cedente y cesionario concurren en el mismo nivel; de las garantías y demás causas de preferencia se benefician por igual ambos acreedores, que se mantienen indivisibles hasta el pago total de la obligación. No hay preferencia del acreedor original sobre el nuevo⁴⁰.

Por último, el artículo 1671 del Código Civil prevé la situación de varios terceros que han prestado dinero al deudor con destino al pago de una deuda que, como se recuerda, es un caso de subrogación legal previsto en el numeral 6 del artículo 1668 *ibidem*. De acuerdo con la norma citada en primer lugar, cuando los mutuantes son plurales, no hay preferencia entre ellos y todos concurren como subrogados, en igualdad de condiciones, sin que importen las fechas en que se hayan efectuado los préstamos. Es decir, tratándose de la subrogación que se produce en el supuesto que se examina, no se aplica la regla “primero en el tiempo, primero en el derecho”. En consecuencia, estimamos que los accesorios, privilegios y garantías se mantienen en beneficio de todos.

A título de conclusión del capítulo, resulta pertinente y muy completo el siguiente extracto de un fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre el pago con subrogación:

“Efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida con respecto al acreedor, que por haber recibido la cosa nada puede ya reclamar. Cuando es un tercero quien paga, no siempre se extingue la obligación, con respecto al deudor, el cual puede quedar ligado en favor de la persona que vino a ocupar el lugar del acreedor.

³⁹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 282.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 283.

”Esto ocurre en virtud del pago con subrogación, pago de naturaleza especial, que no liberta al deudor porque no es hecho por él. La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste a favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Por eso DELVINCOURT definió la subrogación como «el cambio del acreedor, sin novación de la deuda», y por eso también nuestro Código Civil, en el inciso 2° de su artículo 1691, dice que tampoco hay novación «cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor».

”No hay sino dos casos de subrogación: legal, aun contra la voluntad del acreedor, en los casos señalados por la ley, y convencional, en virtud de una convención del acreedor.

”Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero. Si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su encargo, no cabe subrogación sino extinción.

”Legal o convencional, la subrogación se opera juntamente con el pago. No antes ni después. El ministerio de la ley obra en el acto mismo de la prestación. En esa oportunidad obra también la convención del acreedor. Si en el momento de pagar no se cumple la subrogación legal, inconcebible antes del pago, es porque no se cumplirá más tarde. Ocurre lo propio en la convencional. Efectuado el pago, no podría el acreedor transferir ningún derecho resultante de una deuda satisfecha ya con respecto a él, puesto que nadie puede ser subrogado en lo que dejó de existir.

”En la subrogación convencional concurren simultáneamente el pago de lo debido y la transmisión al tercero de los derechos y acciones que corresponden al acreedor. La carta de pago es una solemnidad y también el medio único de prueba. Como la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, para que produzca todos sus efectos debe el acreedor hacer al subrogado entrega del título y debe practicarse la notificación al deudor.

”La subrogación, legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”⁴¹.

⁴¹ Sala de Casación Civil, sent. de 26 noviembre 1935, M. P. Miguel Moreno Jaramillo, “G. J.”, t. XLIII, pág. 392. Aplicando estos principios al caso concreto analizado, la Corte expresó: “Estudiando a la luz de estas nociones generales el caso Monsalve-

7. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

El pago con subrogación es un dispositivo técnico de las obligaciones que está acorde con la idea de que por el deudor puede pagar un tercero

Uribe-Restrepo, o sea el acontecimiento jurídico en que figuraron un pagador, un acreedor y un deudor, se pone en claro lo siguiente: 1) El pago hecho por Monsalve extinguió la obligación de Restrepo a favor de Uribe S., porque aquel no obró como «tercero» ajeno a la deuda, sino como persona encargada por el deudor y provista por este de lo necesario para hacer la prestación. 2) Hecho el pago por Monsalve, la deuda quedó objetiva y subjetivamente extinguida. 3) Habiendo sido solucionada esta deuda, en sí y con respecto a deudor y a acreedor, no puede hablarse de subrogación legal ni de subrogación convencional. 4) Aun negando la solución totalitaria de la deuda, no podría invocarse la ley para decir que, por ministerio de ella, Monsalve quedó subrogado en los derechos de Uribe S., porque no se trata aquí de ninguno de los casos señalados por las leyes y ni siquiera del beneficio especial a que se contrae el artículo 1668, ordinal 2º, del Código Civil, como se ha creído en el proceso, es decir, «del que habiendo comprado un inmueble, está obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado», porque esta subrogación legal no se cumple cuando quiera que el comprador de una finca raíz cancela a su costa el gravamen hipotecario que sobre ella pesaba, sino que se efectúa cuando por no haber alcanzado el precio para pagar a todos los deudores hipotecarios, los acreedores no satisfechos persiguen judicialmente su derecho sobre la cosa hipotecada. En este caso el comprador, que subrogó al primer acreedor hipotecario, hace valer su derecho en el orden de preferencia que le corresponde sobre el precio en que judicialmente se venda o adjudique la cosa. El sobrante, si lo hubiere, se destina al pago de los otros acreedores hipotecarios. Nada de esto ha ocurrido en el presente negocio. 5) Tampoco procede la subrogación legal consagrada en amplios términos por el artículo 1668, ordinal 5º, del Código Civil, porque el deudor Restrepo E. consintió en que Monsalve pagara a Uribe S., pero no estrictamente como «tercero» que solucionaba deuda ajena, sino como diputado provisto de lo necesario para pagar. 6) Dentro de la misma negativa supuesta en el punto 4º, no puede hablarse de subrogación convencional, puesto que al pagar Monsalve los \$ 2.000.00 con sus intereses, Uribe S. no le subrogó en los derechos y acciones que le correspondían como acreedor de Restrepo E. Nada dice a este propósito la carta de pago. Y aunque el traspaso de los derechos y de las acciones constara en tal carta, solemnidad y única prueba a un mismo tiempo, no hay dato alguno de que se cumplieran las reglas referentes a la cesión de créditos. Con posterioridad a esa carta, Uribe S. tuvo buen cuidado de no subrogar voluntariamente, como puede observarse leyendo su certificación de 16 de marzo de 1925 y sus declaraciones escriturarias de 4 de junio de 1926. 7) Si al pagar Monsalve a Uribe S. no quedó aquel con derecho y acción contra Restrepo E., la ficción que origina el fallo resolutorio no puede crear *a posteriori* tales derecho y acción. Luego aceptando el tribunal la subrogación, aplicó indebidamente los artículos 1667 y 1668 del Código Civil. Admitido por el tribunal el pago con subrogación, la lógica lo llevó a condenar, durante cierto lapso, en intereses convencionales del uno y cuarto por ciento mensual, lo que implica violación del artículo 1617 del Código Civil, por indebida aplicación”.

y desinteresar así al acreedor, pero el deudor original queda con la obligación frente al tercero que paga, a quien se le transmite el crédito con todos sus accesorios, garantías y privilegios.

La reglamentación de la subrogación legal y convencional en nuestro Código Civil está acorde con esa concepción y cuenta, a nuestro juicio, con una normativa adecuada. En todo caso, es recomendable que al operar la subrogación, sea legal o convencional, se establezca claramente la forma como se instrumentaliza la cesión de las garantías que estén anejas a la obligación, es decir, las hipotecas, las fianzas, las garantías mobiliarias, las fiducias en garantía, etc., para que favorezcan al nuevo acreedor y sean oponibles a los garantes y, en general, a los terceros.

Como se menciona en otros capítulos de esta obra, los mecanismos propios del régimen de las obligaciones —como lo es el pago con subrogación— deben unificarse en un estatuto que cubija el derecho privado en general, sin duplicación de normas ni remisiones legales del derecho comercial al derecho civil.

8. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; AMEAL, ÓSCAR JOSÉ y LÓPEZ-CABANA, ROBERTO: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII, De las obligaciones (III), Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, núm. 3, 2009.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO: *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., Puebla, Edit. Cajica, 1968.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MAZEAUD, HENRI, LÉON y Jean: *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado elemental de derecho civil*, México, José M. Cajica M. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.

VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, Bogotá, Edit. Temis, 1960.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*

Sent. de 26 febrero 1894, M. P. Jesús María Quintero, “G. J.”, t. IX, núm. 444.

Sent. de 26 noviembre 1935, M. P. Miguel Moreno Jaramillo, “G.J.”, t. XLIII.

Sent. de 25 julio 1945, M. P. Manuel José Vargas, ”G. J.”, t. LIX, núms. 2022-2024.

Sent. de 27 septiembre 1943, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LVI, núms. 2001-2205.

Sent. de 17 noviembre 1960, M. P. José Hernández Arbeláez, “G. J.”, t. XCIV, núms. 2233-2234.

Sent. de 16 mayo 2011, exp. 11001-3103-009-2000-09221-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Sent. de 20 septiembre 2013, exp. 11001-31-03-027-2007-00493-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Sent. SC-17.474 del 14 enero 2015, exp. 68001310300520070014401, M. P. Margarita Cabello Blanco.

CAPÍTULO V

CESIÓN DE DEUDAS*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

1. GENERALIDADES

Este aparte se dedicará a estudiar la viabilidad de transmitir la posición pasiva de un vínculo obligatorio de una persona a otra, y a verificar si el derecho prevé los mecanismos idóneos para que ello suceda y, en tal caso, cuáles son los requisitos que se deben cumplir y cuáles los escollos de dicha transferencia.

Con este propósito es necesario considerar, además de la forma común de sucesión en las deudas que opera a título universal por causa de muerte cuando fallece el deudor persona natural, su ocurrencia en virtud de negocios jurídicos entre vivos, por los cuales el sujeto pasivo cede su deuda a otra persona.

Se pregunta si, de la misma forma en que el acreedor puede convencionalmente —mediante la cesión de créditos— trasladar su derecho personal al cesionario, que funge como nuevo titular, al sujeto obligado le es permitido hacerse sustituir por un tercero, que en este caso asumiría la obligación frente al acreedor primitivo, quedando entonces el cedente libre y su patrimonio desvinculado del débito.

2. TRANSMISIÓN A TÍTULO UNIVERSAL POR CAUSA DE MUERTE

El hecho jurídico que constituye la muerte del deudor no produce, en principio, la extinción de sus derechos y obligaciones patrimoniales. A menos que se hayan contraído *intuitu personae* o que en el negocio jurídico se haya estipulado la muerte como una causal de terminación

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.543>.

** La autora agradece a Santiago Valderrama Henao, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, el apoyo brindado en la investigación jurisprudencial para la actualización de este capítulo.

del vínculo, los elementos reales y personales del patrimonio del *de cuius* tienen la vocación de trasladarse a sus sucesores o causahabientes. Dichos elementos se transmiten a título universal a los herederos, que a su vez adquieren el derecho real de herencia¹ y que tras la delación de esta², adquieren tanto los derechos —reales y personales— como las obligaciones de su causante, además de las situaciones jurídicas en curso como la posesión, así como las acciones y defensas procesales, todo lo cual se radica en el propio patrimonio de aquellos tras la adjudicación.

Así las cosas, el traslado al patrimonio de los herederos de la posición pasiva que tenía el deudor fallecido en todas sus relaciones jurídico pecuniarias, opera por mandato de la ley, sin consideración a la clase de sucesión: testamentaria o *ab intestato*. De acuerdo con el artículo 1411 del Código Civil las deudas hereditarias se dividen entre los herederos, a prorrata de sus cuotas, salvedad hecha de quien acepta la herencia con beneficio de inventario³, pues este heredero, con arreglo a la misma disposición legal, no está obligado a pagar ninguna cuota de las deudas hereditarias, sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda.

Tal como lo previeron las instituciones del derecho romano, la transmisión de las obligaciones por causa de muerte se ha aceptado sin dificultades en los sistemas jurídicos de tradición civilista, por ser un efecto natural de la patrimonialidad de estas relaciones jurídicas, encontrándose ampliamente regulada en el Libro Tercero de nuestro Código Civil.

3. CESIÓN SINGULAR DE DEUDAS

No fue de recibo en el derecho romano y tampoco ha sido prevista por la legislación colombiana, en cambio, la cesión singular de una deuda que pudiese resultar de la convención celebrada por el deudor con un tercero para que este lo reemplace en calidad de sujeto pasivo frente al acreedor, manteniendo la obligación su identidad, sin solución de continuidad.

En efecto, conforme expone el jurista español CANO MARTÍNEZ, “El derecho romano inadmitió la sustitución del deudor por un tercero, per-

¹ C. C., art. 665.

² Delación es el llamamiento que hace la ley a aceptar o aceptar o repudiar una asignación. (C. C., arts. 1282 y ss.).

³ C. C., art. 1304. “El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”.

maneciendo la relación obligatoria. La subrogación del tercero conllevaba la novación extintiva, es decir, la desaparición de la obligación novada y la aparición de otra nueva, que la reemplazaba. Esto fue consecuencia de que la relación obligatoria no cambiaba si permanecían el acreedor y el deudor y, si se modificaba alguno de ellos, perdía la identidad. De modo que la dicha modificación importaba un cambio sustancial. El efecto más importante de la asunción de deuda de quedar liberado el deudor por el consentimiento del acreedor se producía en el derecho romano siempre mediante la novación extintiva”⁴.

Nuestro Código Civil no tipifica la cesión singular de deuda. Esta omisión legal se ha interpretado por algún sector de la doctrina como un rechazo o no aceptación de este mecanismo como fenómeno traslativo, pues, a diferencia de lo que sucede con la cesión de créditos, en que la persona del acreedor es, por regla general, irrelevante para el deudor que paga a quien quiera que sea titular del derecho crediticio, el cambio de deudor no es indiferente para el acreedor, puesto que “la personalidad del deudor, su solvencia, su buena reputación comercial, etc., sí son factores determinantes de la confianza que el acreedor deposita en él al concederle el crédito [...]”⁵.

Esta ha sido la visión del derecho francés y también la del derecho colombiano, pues en uno y en otro caso se considera peligroso para la tutela del crédito permitir que el obligado pueda ser sustituido por un tercero, quizá desconocido para el acreedor y de quien ignora si es cumplidor de sus compromisos, si es persona solvente y, por consiguiente, si le ofrece al menos las mismas seguridades de pago que el obligado inicial.

Conforme lo expresa SUESCÚN MELO, “[l]a cesión de deudas a título singular y por acto entre vivos, esto es, el desplazamiento de la parte pasiva del vínculo obligatorio, no está [...] permitido por nuestro Código Civil. Así las cosas, el deudor no puede, mediante un acuerdo, en que intervenga o no el acreedor, liberarse de su deuda para trasladársela a un tercero que ocuparía su lugar”⁶.

⁴ JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La asunción de deuda*, Barcelona, Bosch, 2003, pág. 17.

⁵ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 292. A este respecto también alude la C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXVII, pág. 408.

⁶ JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de Los Andes-Legis Ediciones, 2003, pág. 20.

De acuerdo con el régimen que se deja explicado, la sustitución del deudor solo podría ocurrir en el marco de la delegación perfecta o novatoria, en la cual un tercero sustituye al sujeto pasivo, que es liberado por aceptación expresa del acreedor, liberación que produce la extinción de la primera obligación y la creación de una nueva con el delegado, mas no una traslación del mismo vínculo jurídico. Como es natural, la extinción de la obligación implica también la de sus accesorios, privilegios y garantías⁷.

La novación, reglada por los artículos 1687 al 1710 del Código Civil, es un modo convencional de extinguir obligaciones mediante el cual, al tiempo que se acuerda la desaparición de un vínculo existente, se da nacimiento a uno nuevo por cuanto ocurre una modificación en alguno de sus elementos estructurales, existiendo en las partes la clara intención de novar (*animus novandi*, C. C., art. 1693). Como bajo la visión clásica el deudor es uno de tales elementos, su retiro de la relación obligatoria produce la extinción de ella mediante una novación subjetiva, tal como lo dispone el artículo 1690 de nuestro Código Civil en el numeral 3:

“La novación puede efectuarse de tres modos:

”[...]

”3. Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre”.

No obstante, esta regla debe interpretarse en armonía con el artículo 1694 del Código Civil según el cual, “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”.

Ello significa que si el acreedor no libera al deudor inicial, la obligación no queda extinguida y continúa con una modificación que le beneficia, pues se añade un nuevo deudor y aumenta la garantía patrimonial para el pago de su crédito, porque aquel puede exigir la prestación en su totalidad a cualquiera de ellos o al deudor principal, según sean deudores solidarios o deudor principal con fiador, conforme se desprenda del acto jurídico respectivo. Es esta la llamada delegación imperfecta o “asunción

⁷ Véase al respecto, Cámara de Comercio de Bogotá, centro de Arbitraje y Conciliación, laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A. Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 septiembre 1994.

acumulativa”⁸, que no es propiamente un modo de transferir la obligación sino de mantenerla con el ingreso de un nuevo sujeto pasivo.

4. ASUNCIÓN SINGULAR DE DEUDA

Frente a las dificultades que hemos puesto de presente y que limitarían bajo el derecho común la cesión singular de una deuda, se han planteado soluciones que atienden no solo las necesidades del tráfico negocial, sino la autonomía de la voluntad de las partes, que podría esbozar una convención mediante la cual el deudor efectivamente ceda su posición a un tercero sin que deba extinguirse la relación inicial por virtud de la novación subjetiva.

A este vacío ha respondido la denominada asunción de deuda, consagrada positivamente en el Código Civil alemán⁹ (BGB) y en el italiano de 1942¹⁰ entre otros. En el BGB, la asunción tiene naturaleza contractual: hay un acuerdo entre el tercero asumiendo y el acreedor para que el tercero se subrogue en la posición del deudor anterior. El derecho italiano, por su parte, incluye el *accollo* como convenio de asunción de deuda, celebrado entre el antiguo y el nuevo deudor. El primero quedará por fuera del vínculo si el acreedor adhiere al convenio y manifiesta su intención de liberarlo. De lo contrario, ambos deudores quedarán solidariamente obligados.

Según la doctrina contemporánea, aún a falta de reconocimiento en las normas positivas, nada impide que la deuda continúe cuando una persona asume como propia la obligación de otra, dadas ciertas condiciones que respeten los derechos del acreedor. No hay entonces indefectiblemente novación por cambio de deudor, sino puede hablarse de sustitución de obligados.

Respecto de la asunción del débito por actos entre vivos, se ha dicho que en sentido estricto “es inviable su cesión o transmisión porque no es un derecho sobre el cual se tenga facultad dispositiva que permita transmitirla de un titular a otro; ni el tráfico jurídico por su valor de mercado tolera otra circulación que la de bienes y derechos y no de valores jurídica y patrimonialmente negativos, como es la deuda”¹¹.

⁸ Véase CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 26.

⁹ Arts. 414-419.

¹⁰ Arts. 1273-1276.

¹¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 35.

Con todo, a partir de las previsiones del derecho alemán y del derecho italiano, la doctrina de otros sistemas jurídicos ha planteado la viabilidad de que un tercero tome el lugar del deudor original sin que haya ruptura del vínculo anterior. Toma así la asunción de deuda perfiles propios, ajenos a la tradicional novación por cambio de deudor.

Por ejemplo, con base en la figura de la delegación regulada en los artículos 1667 al 1670 del Código Civil de la provincia canadiense de Quebec, se ha considerado que la asunción de deuda es claramente procedente como fenómeno convencional de transmisión entre deudores, sin que el acreedor desmejore su posición crediticia o pierda las garantías constituidas. En este sistema, habrá cesión imperfecta cuando el nuevo deudor se añada al vínculo ya existente y podrá ocurrir incluso sin el consentimiento del acreedor, que, en consecuencia no pierde sus acciones contra el obligado inicial. En cambio, la cesión será perfecta cuando, con consentimiento del acreedor, el nuevo deudor asuma plenamente como sujeto pasivo quedando libre el anterior, sin que se extingan las garantías y los accesorios de la obligación primitiva¹².

En el derecho español, JOSÉ IGNACIO CANO¹³ sostiene que la asunción de deuda es un fenómeno no solo posible, sino necesario, en las operaciones del mercado actual. Le atribuye naturaleza jurídica especial, no necesariamente convencional, pues el nuevo deudor puede asumir, incluso de manera espontánea y unilateral, la prestación como propia sin el conocimiento o consentimiento del deudor primitivo ni del acreedor, yendo más allá de la autorización legal de pagar deudas ajenas, pues el nuevo obligado no interviene simplemente como *solvens*, sino como verdadero deudor.

Este autor describe los diferentes estadios de la asunción, distinguiendo: 1) la asunción interna, 2) la asunción externa, 3) la asunción acumulativa y 4) la asunción liberatoria. La primera se produce cuando, después de decidir —por sí y ante sí— hacerse cargo de la deuda originaria, el asumiente notifica al deudor su voluntad subrogatoria, negocio recepticio que tiene efecto entre los deudores, pero no es oponible al acreedor. Cuando se le notifica al acreedor esta situación, se produce la asunción externa que desde entonces es también acumulativa porque produce la solidaridad de los deudores pudiendo aquel reclamar de ambos toda la pres-

¹² MICHELLE CUMYN, “La delegation du Code Civil du Quebec: une cession de dette?”, en *Les Cahiers de Droit*, Université Laval, Diciembre 2002 (43 C. de D. 601).

¹³ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, págs. 55 y ss.

tación. Finalmente, cuando el acreedor consiente en la asunción, esta se torna liberatoria y el deudor queda excluido de la relación jurídica, desde que esta liberación le es notificada, quedando el débito en cabeza del asumiente con carácter *ex tunc*, es decir, desde la fecha de la asunción.

Esta posibilidad de sustitución de deudores por actos entre vivos, sin acudir a la novación, fue admitida de tiempo atrás por nuestra Corte Suprema de Justicia, como se desprende del siguiente extracto: “No se descarta, en virtud del principio de la libertad contractual, la posibilidad entre nosotros de que se realice el fenómeno jurídico de la asunción de deuda, no obstante su falta de regulación legal”¹⁴.

Y en otra decisión la Corte sostuvo lo que a continuación transcribimos *in extenso*, por su relevancia y claridad:

“En materia doctrinal no es discutible que a mérito de la evolución impuesta por el desarrollo económico y por las nuevas costumbres adoptadas en el comercio humano, el concepto rígido de subjetividad que informaba las obligaciones en el antiguo derecho ha sufrido una sustancial modificación y un desplazamiento hacia el contenido objetivo de las mismas.

”De esta nueva orientación se deduce la posibilidad jurídica de la transmisión a título particular de las deudas u obligaciones, como fenómeno jurídico diverso en su esencia al de la novación, ya que la primera deja en vigencia la obligación anterior, al paso que la segunda produce la extinción de la misma para dar origen a una obligación nueva.

”En la noción moderna de la obligación es posible el cambio de sujeto pasivo de la misma, sin que la obligación primitiva se destruya.

”Pero, sea que la sustitución del deudor se opere a la luz de una u otra institución, por uno u otro sistema, al amparo del concepto moderno de la transmisión de la deuda singular, dejando en vigor la obligación primitiva, o a la luz del antiguo sistema de la novación, es postulado jurídico el que tal sustitución carece de eficacia en frente del acreedor, en tanto que este no manifieste, en forma expresa su aceptación y su voluntad de dar por libre al primitivo deudor.

”En el particular, la doctrina se conforma con el texto legal en la exigencia de que la voluntad del acreedor se manifieste de manera expresa y de que el tácito avenimiento es ineficaz para vincularlo jurídicamente al sustituto.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 1938, M. P. Juan Francisco Mújica, “G. J.”, t. XLVII, núms. 1940-1946, pág. 420.

”Las normas hacen indispensable la constancia inequívoca de esa voluntad del acreedor, ya que de él depende en modo exclusivo el renunciara un deudor y sustituirlo por otro.

”No es dable al deudor por su exclusiva voluntad imponer al acreedor el cambio, en tanto que este no se acepte, no habrá para el acreedor sino una *res inter alios acta*, que no puede ligarlo ni obligarlo.

”La cesión de derechos y la cesión de deudas son dos nociones que se complementan; en la primera, un elemento activo del patrimonio pasa del haber del cedente al cesionario; en la segunda, un elemento pasivo se desplaza del patrimonio del cedente, que se enriquece, al del cesionario, que se empobrece.

”Pero la cesión en uno u otro caso, se produce al amparo de fórmulas distintas: en la de derechos, la cesión produce efectos contra el deudor desde que se le notifique o desde cuando es aceptada por él y, si notificado el traspaso, el deudor no lo acepta, la cesión será siempre válida y surtirá sus efectos, con la única salvedad de dejarle al cedido para oponer al cesionario algunas excepciones que, como la compensación por créditos anteriores a cargo del cedente (C. C., art. 1718), no podría invocarse en el caso de aceptación.

”En cambio, tratándose de la cesión de deudas y obligaciones y de los contratos que las contienen, la sustitución del deudor en que se traduce el endoso o traspaso no tiene eficacia jurídica alguna en frente del acreedor, en tanto que este no exprese su aceptación explícita, puesto que dentro de los principios que informan la legislación al respecto, no es posible aceptar que el deudor tiene un derecho a sustituirse libremente por otro.

”La legislación positiva colombiana no contempla o regula de modo expreso, como ocurre en otras legislaciones, tales la alemana y la suiza, la transmisión a título singular de las deudas u obligaciones, pero, a falta de esta legislación expresa, habrán de buscarse los efectos y eficacia de ella, a través [*sic*] de las normas que en Código Civil regulan el fenómeno de la sustitución del deudor [...]”¹⁵.

La jurisprudencia civil, desde 1940, había advertido sobre la viabilidad de la cesión singular de deudas:

“[...] la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la transferencia de las deudas, del factor pasivo de las obligaciones, sin que se requiera una novación, pues aseveran que, así como la simple

¹⁵ C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 17 enero 1951, M. P. Gualberto Rodríguez Peña, “G. J.”, t. LXIX, núm. 2096-2097, págs. 219-225.

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 sin el consentimiento de este¹⁶. Y una sentencia posterior incluso reconoció la posibilidad de la asunción tácita de la obligación de otro, acto que se desentraña por su tenor o su espíritu, es decir, que tal operación es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes¹⁷.

De acuerdo con el profesor FERNANDO HINESTROSA, 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 acumulativa)”¹⁸.

Afirma que en el derecho nacional, se trata de una figura legalmente atípica, pero socialmente reconocida y practicada, con aceptación expresa de la jurisprudencia¹⁹.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, en el derecho colombiano es viable concebir la asunción de deuda como un mecanismo de transmisión singular de la obligación como negocio *inter vivos*. Para ello es del caso precisar ciertas figuras conocidas por el derecho común que se refieren a fenómenos relacionados con dicha asunción.

Por un lado, se encuentra la delegación pasiva como encargo o mandato nacido por iniciativa del deudor (delegante) para que otra persona (delegado), sea nuevo deudor frente al acreedor (delegatario), ya sea actuando como codeudor o deudor subsidiario (delegación imperfecta) o en su reemplazo (delegación perfecta, también llamada novatoria, cuando la liberación del delegante comporta la extinción del vínculo primitivo).

¹⁶ Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1940, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, tomo XLIX, núms. 1957-1958, págs. 496 a 502.

¹⁷ Sala de Casación Civil, sent. de 10 octubre 1963, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, tomo CIII-CIV, núms. 2268-2269, págs. 198 a 213.

¹⁸ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 507.

¹⁹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 509.

En el primer evento, el delegante no queda excluido de la obligación, sino que, junto con el delegado, debe satisfacer la prestación debida por ocurrir una asunción acumulativa. En el segundo, y contando con la voluntad expresa del acreedor-delegatario, el deudor primitivo queda exento y la deuda extinguida, surgiendo otra obligación a cargo del delegado, en virtud del fenómeno novatorio. Pero si en ejercicio de la autonomía de la voluntad hay un acuerdo específico de asunción liberatoria con permanencia de la misma obligación en cabeza del nuevo deudor —delegado— manteniendo las garantías y accesorios del vínculo inicial, se trata de un mecanismo de traslación de la deuda a un tercero que la asume como propia, sin solución de continuidad, en las mismas condiciones que tenía y sin que desaparezca el vínculo original.

La *expromisión*, por su parte, consiste en la asunción de la deuda o del pago por un tercero, de manera espontánea y con la aceptación del acreedor, pero sin el consentimiento del deudor primitivo, es decir, en ausencia de mandato o delegación, con la intención de sustituir al deudor. La *expromisión* —referida a la asunción de deuda— obliga al expromitente frente al acreedor, que para liberar al deudor inicial deberá declararlo expresamente (C. C., art. 1694)²⁰. A falta de acuerdo en contrario, liberado así el deudor, se produce un relevo en la posición pasiva, que implica novación²¹.

En contraste, la *adpromisión* ocurre cuando, por iniciativa del tercero y sin intervención del deudor inicial, aquel se añade como deudor solidario o subsidiario, produciéndose una asunción acumulativa y no liberatoria.

Según CANO, el instrumento ordinario para producir la asunción de deuda es la delegación y excepcionalmente, la *expromisión*. Reitera que mediante la primera el deudor nombra a un tercero ante el acreedor para que le sustituya, mientras que la segunda se configura como un negocio entre el acreedor y un tercero, que le ofrece espontáneamente asumir la deuda preexistente. En ambos casos, tratándose de asunción traslativa y no extintiva, cuando el acreedor declara libre al deudor primitivo, la obligación queda a cargo del nuevo deudor, conservando sus privilegios, garantías (como prendas e hipotecas) y accesorios (como intereses)²².

²⁰ En el derecho italiano, la *expromisión* genera responsabilidad solidaria entre el expromitente y el primitivo deudor, a menos que el acreedor expresamente lo declare libre (C. C. italiano, art. 1272).

²¹ Al respecto, véase HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 521.

²² Cfr. CANO, *op. cit.*, págs. 98-103.

En este sentido, sostiene el profesor CUBIDES CAMACHO, sea que la transmisión opere en virtud de asunción o de la delegación, “[...] salvo por el cambio del deudor, subsistirán todos los elementos, características, privilegios, garantías, etc. de la obligación primitiva, que en virtud de delegación o asunción se ha trasladado”²³.

La Corte distingue claramente la cesión de deuda con la novación que ocurre por el cambio de deudor. En efecto, “[l]a cesión efectuada por el propio obligado, desde luego, no puede confundirse con la novación subjetiva, ni con la asunción de deuda, ni con la delegación (artículos 1687, 1690 y 1694 del Código Civil). En términos generales, porque tales mecanismos implican pago de la obligación contraída, de ahí que, una vez efectuado, nada habría que transferir; mientras la cesión comporta el tránsito de la prestación de una persona a otra, sin extinguirse”²⁴.

En cuanto a los efectos de la asunción, se generan según la forma como ella se produzca y la fase en la que se encuentre. Desde el momento en que el asumiente decide tomar como propia una deuda ajena y de ahí en adelante hasta que finalmente se produce su liberación por la aceptación expresa del acreedor, los efectos jurídicos serán los ya esbozados al comentar las correspondientes etapas de la asunción interna, la externa, la acumulativa y la liberatoria.

Como hemos señalado, en la asunción el cambio de deudor no causa la desaparición del vínculo, que se transmite sin mutaciones al asumiente. Este ofrece como garantía su patrimonio, sin perjuicio de cauciones adicionales que convenga otorgar en beneficio del acreedor. Con la asunción libetatoria, el patrimonio del deudor original no sirve en adelante como prenda general para el acreedor. Pero como la obligación mantiene su estatus previo, las garantías especiales que hubiese otorgado el deudor inicial deben conservarse como parte del acuerdo de asunción; así mismo, las que el nuevo deudor hubiese convenido antes de la asunción se conservan, sin necesidad de estipulación especial²⁵. Sin embargo, las garantías constituidas por terceros se extinguen —por ser ellos ajenos al negocio de sustitución—, a menos que dichos garantes acepten mantenerlas con el advenimiento del nuevo deudor.

²³ JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, 6ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pág. 424.

²⁴ Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 2019, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, exp. 2010-00358-01 (sent. SC5569-2019).

²⁵ HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 524-525.

Puesto que se trata de la misma obligación la que sobrevive tras la asunción, la posición pasiva se transmite en el mismo estado, es decir, junto con la situación de mora y al asumiente le aprovecha el tiempo que haya transcurrido para la prescripción extintiva²⁶.

El nuevo deudor podrá oponer al acreedor las excepciones derivadas del negocio de asunción, por ejemplo su nulidad, pero no aquellas derivadas del negocio de cual surgió la deuda original, pues el asumiente es un tercero respecto del mismo, ni la excepción de compensación por ser de carácter personal²⁷.

Debe, en todo caso, distinguirse el fenómeno de la delegación en sus dos manifestaciones (perfecta e imperfecta), la *expromisión* y la asunción propiamente dicha como mecanismo de transmisión, de la simple diputación para el pago (mandato a un tercero para pagar en representación del deudor previsto en los artículos 1630 y 1691 del Código Civil), la estipulación en favor de otro (art. 1506) y la promesa por otro (art. 1507, *ibid.*).

En nuestra opinión, la asunción singular de deuda así entendida, es aplicable tanto a los negocios civiles como a los comerciales. El estatuto mercantil no consagra un régimen para los casos de sustitución del obligado en deudas individuales y, aunque su artículo 822, al hacer la remisión a los principios de derecho civil en materia de obligaciones no menciona expresamente los atinentes a su transmisión, consideramos que por vía subsidiaria del artículo 2º del Código de Comercio, es procedente aplicar las consideraciones esbozadas como principios unificadores para todo el derecho privado.

En suma, el derecho patrimonial debe evolucionar hacia nuevas figuras que faciliten el tráfico económico y que contribuyan a superar la rigidez que persiste en algunas instituciones civiles. Por ello es de recibo la figura de la asunción de deuda como vehículo adecuado para la transmisión de obligaciones.

No sin razón los principios Unidroit (versión 2016) sobre contratos comerciales internacionales²⁸ consagran esta posibilidad bajo el título de “Transferencia de obligaciones” (arts. 9.2.1 a 9.2.8), sin que haya extinción del vínculo. Si bien estos principios constituyen *soft law*, es decir, no son normas vinculantes, sí contienen principios aceptados del

²⁶ Cfr. CANO, *op. cit.*, pág. 81.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Disponible en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Recuperado 15 enero 2021.

comercio internacional que son citados con frecuencia como autoridad en materia de contratación para resolver inquietudes de los sistemas jurídicos nacionales, y que pueden ilustrar la discusión sobre el tema en Colombia.

Los principios Unidroit en esta materia pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Las obligaciones de dinero o de realizar otras prestaciones pueden transferirse a un tercero, ya sea por acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor (caso 1) o entre el acreedor y el nuevo deudor, quien asume la obligación (caso 2).

- En el caso 1, se requiere el consentimiento del acreedor. Este consentimiento puede otorgarse en forma anticipada, caso en el cual la transferencia surte efectos cuando ella se le notifica al acreedor o este la reconoce.

- Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que esta cumpla la prestación en su lugar, a menos que tenga un carácter esencialmente personal (*intuitu personae*). En todo caso, el acreedor conserva sus acciones contra el deudor.

- El acreedor puede liberar al deudor originario o retenerlo si el nuevo no cumpla satisfactoriamente. En cualquier otro caso, los dos deudores responden solidariamente.

- El nuevo deudor puede oponer al acreedor todas las excepciones que tenía el obligado inicial, salvo la compensación.

- Por su parte, el acreedor puede exigir al nuevo deudor todas las prestaciones debidas bajo el contrato. Pero si el antiguo deudor es liberado, queda liberada también cualquier garantía otorgada por persona distinta del nuevo deudor, a menos que dicha persona acceda a que la garantía permanezca disponible para el acreedor. Las garantías otorgadas por el deudor original se extinguen si este es liberado, a menos que la garantía recaiga sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor primitivo y el nuevo.

- Las reglas anteriores solo se aplican para transferencias singulares, más no aquellos casos en que las deudas forman parte de la transferencia de una empresa.

5. MECANISMOS DE TRANSMISIÓN DE DEUDA MEDIANTE ACTOS ENTRE VIVOS PREVISTOS EN LA LEY COLOMBIANA

Como se ha mencionado, el régimen civil colombiano no ha aceptado expresamente la cesión singular de deuda mediante negocios jurídicos

celebrados entre vivos y solo prevé como mecanismo de sustitución de deudores el que opera respecto del patrimonio herencial como universalidad jurídica, por el cual la totalidad de bienes, créditos y deudas se transmiten a los herederos del difunto.

El régimen comercial ha ido más allá, admitiendo casos en los que la transmisión convencional de deudas es válida y reglamentada por la ley, atendiendo las necesidades del tráfico jurídico y los requerimientos de la creciente actividad económica. El derecho mercantil, desde sus comienzos, ha sido innovador en la creación de fórmulas más flexibles que mitiguen la rigidez del derecho común y que fomenten la circulación de la riqueza en condiciones de agilidad, preservando la seguridad jurídica.

Así, el estatuto mercantil de 1971, acogiendo en particular los criterios del Código Civil italiano de 1942, introdujo varias figuras que permiten la cesión de deudas, siempre que ellas formen parte de un contrato, de un establecimiento de comercio o de sociedades que se fusionan o se escinden. En suma, el derecho comercial consagra el mecanismo de cesión de posición pasiva, siempre que la obligación forme parte de un bloque económico o jurídico que se trasmite de un sujeto a otro. Como lo afirma SUESCÚN, “[n]uestra legislación permite la transferencia de deudas u obligaciones cuando se enajenan universalidades, pero no a título singular”²⁹.

Aunque estas figuras se examinarán en capítulos posteriores, a continuación haremos mención breve de ellas para plantear, en términos generales, el régimen de estos eventos especiales de transmisión.

A) Cesión de posición contractual (C. de Co., arts. 887-896)

El código mercantil, rompiendo la resistencia que al respecto existía en el derecho civil —para el cual, en principio, solo son susceptibles de cesión los derechos activos como los créditos personales y no los contratos³⁰—, permite que cualquiera de las partes en un contrato bilateral de ejecución sucesiva pueda hacerse sustituir por un tercero (cesionario), que asume tanto la posición activa como la pasiva que ostentaba el cedente, para continuar en el futuro ejecutando el acuerdo en los mismos términos iniciales.

La aceptación del contratante cedido no es necesaria para la eficacia de la cesión, a menos que convencionalmente se hubiese limitado la

²⁹ JORGE SUESCÚN MELO, *op. cit.*, pág. 22.

³⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1942, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LVI, núms. 1989-1990, pág. 93.

posibilidad de efectuarla o que se trate de contratos *intuitu personae*, celebrados en atención a las condiciones particulares del contratante cedente. La cesión de posición contractual tiene efecto entre las partes —cedente y cesionario— desde el momento en que se haya acordado, pero solo será oponible al cedido a partir de su notificación o aceptación, según sea el caso.

B) *Enajenación de establecimientos de comercio*
(C. de Co., arts. 525-531)³¹

El establecimiento de comercio es un bien mercantil, definido por la ley como un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa, integrado por activos materiales e inmateriales por medio de los cuales el titular desarrolla su actividad mercantil (C. de Co., arts. 515-516).

Su naturaleza es la de una universalidad de hecho, porque el conjunto de bienes ha sido dispuesto por el titular para ciertos propósitos económicos y no por la ley para determinados efectos legales. El régimen jurídico del establecimiento promueve la permanencia del bloque económico para la continuidad de la empresa como actividad generadora de riqueza, pero no exige que sus elementos deban permanecer en unidad, pues el titular puede optar por disponer de ellos en forma separada.

En cuanto a la enajenación del establecimiento, se presume que ella se ha efectuado en bloque o como unidad económica y, en el caso de ventas forzadas³², se preferirá la que se realice en bloque (C. de Co., arts. 525 y 517).

El numeral 7 del artículo 516 del estatuto mercantil incluye, como parte del conjunto, los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, lo cual indica que son transmisibles, en caso de enajenación, tanto los activos como los pasivos radicados en el patrimonio del empresario titular.

Con el cumplimiento de los requisitos de fondo, de forma y de publicidad previstos en la ley mercantil, las deudas, como parte de esa unidad

³¹ Véase al respecto MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Unian-des-Edit. Temis, 2016, págs. 139-153.

³² Debe entenderse, a nuestro juicio, las que se llevan a cabo judicialmente, en pública subasta.

económica, también forman parte de la transferencia y pasan al nuevo titular sin solución de continuidad pues no hay extinción de los vínculos jurídicos preexistentes mediante novación u otra figura extintiva.

C) *Fusión de sociedades (C. de Co., arts. 172-180)*

Estos son mecanismos especiales del derecho societario, que desde el punto de vista jurídico comportan transferencia en bloque de patrimonios (activos y pasivos) de una sociedad a otra.

La fusión es una reforma estatutaria mediante la cual se integran dos o más compañías. De acuerdo con la definición legal, habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva (C. de Co., art. 172).

En esta operación se realiza un traspaso universal, que comprende activos y pasivos, que se desplazan de la(s) sociedad(es) fusionada(s) a la absorbente, en virtud de un acto único, sin que haya extinción de las deudas por novación ni modificación del vínculo por cambio de la sociedad deudora.

Con arreglo al artículo 178 del mismo Código, una vez formalizado el acuerdo de fusión, la sociedad absorbente adquiere —en bloque— los bienes y derechos de las sociedades absorbidas y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de ellas.

D) *Escisión de sociedades (ley 222 de 1995, arts. 3º-11)*

En la escisión ocurre el fenómeno inverso al de la fusión, pues lo que se pretende es “dividir un patrimonio en varias partes, cada una de las cuales se destina a crear una unidad de explotación económica o a su integración a sociedades ya existentes”³³.

De acuerdo con el artículo 3º de la ley 222 de 1995, habrá escisión cuando:

- Una sociedad, sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.
- Una sociedad se disuelve, sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a crear nuevas sociedades.

³³ FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, t. II, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2016, pág. 209.

En este evento, en virtud de un solo negocio se produce también una transferencia patrimonial en bloque de la(s) sociedad(es) escidente(s) a la(s) beneficiaria(s), incluso tanto activos (derechos reales y personales) como pasivos.

En cuanto a los efectos jurídicos, una vez solemnizada la escisión por escritura pública e inscrita en el registro mercantil, opera entre las partes y frente a terceros, la transmisión en bloque de los activos y pasivos. En consecuencia, las sociedades beneficiarias asumen las obligaciones preexistentes en las mismas condiciones que tenían bajo la(s) escidente(s) y los vínculos se mantienen aunque haya existido sustitución de deudores (art. 9°).

6. CONCLUSIONES

En conclusión, se observa que si bien el Código Civil no reglamentó la cesión de la posición pasiva ni el cambio de deudor como forma de transferir obligaciones entre vivos a título singular, es posible que mediante la figura de la asunción liberatoria, fruto de la autonomía de la voluntad, se pacte la continuidad del vínculo con un nuevo obligado. Esta figura ya ha sido aceptada por diversos sistemas normativos que permiten, bajo ciertos requisitos, la sustitución del deudor.

Entre tanto, el Código de Comercio autoriza la cesión de obligaciones cuando ellas forman parte del bloque contractual o se integran a universalidades, siempre que se lleven a cabo las formalidades especiales y se cumplan requisitos publicidad que permitan al cedido conocer la operación y proteger su crédito.

Con estas medidas se busca la agilidad en el tráfico mercantil, sin soslayar la seguridad jurídica y la transparencia frente a terceros acreedores que tienen intereses legítimos que no pueden ser desconocidos, si bien no pueden tener impedir que dichas transferencias se lleven a término.

7. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

Como se ha señalado en el presente capítulo, la cesión singular de deuda no cuenta con un régimen propio en la legislación colombiana. Sin embargo, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia civil desde hace varias décadas, se trata de una operación lícita y posible mediante la cual una obligación se traspaşa del deudor original a un nuevo deudor, sin que se produzca la extinción del primer vínculo en la forma de delegación

perfecta o novatoria. Para que la obligación se traslade y no se extinga, las partes deben diseñar y reglamentar el acto a la medida, con previsión de los efectos jurídicos correspondientes.

Con el propósito de dotar dicho mecanismo de transmisión de la certeza y seguridad necesarias, es imperioso consagrarlo de manera expresa en el derecho común de las obligaciones —que debe ser unificado y no diferenciado para actos civiles y actos de comercio— de forma que sean claros su noción, sus requisitos y sus efectos jurídicos. Esta tipicidad ya existe en diferentes sistemas nacionales y en instrumentos de *soft law* como ha quedado explicado. Nota común en esos cuerpos normativos es la necesidad de aceptación del acreedor para la liberación del deudor inicial, pero esta no produce novación subjetiva; el mismo vínculo permanece entre el acreedor y el nuevo deudor, sin solución de continuidad.

Por ejemplo, el Código Civil y Comercial de la Nación argentina prevé el cambio de deudor, que puede tomar dos formas: la cesión de deuda propiamente dicha y la asunción de deuda.

“Artículo 1632. Cesión de deuda. Hay cesión de deuda si el acreedor, el deudor y un tercero, acuerdan que éste debe pagar la deuda, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario

Artículo 1633. Asunción de deuda. Hay asunción de deuda si un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, la asunción se tiene por rechazada”.

Se observa cómo en la cesión de deuda se celebra un acuerdo tripartito entre el acreedor, el deudor primitivo y el nuevo deudor. Si el acreedor acepta al deudor “cesionario” pero no expresa su consentimiento para liberar al “cedente”, se aplica la regla según la cual el recién llegado entra a reforzar la parte pasiva como deudor subsidiario, como lo es el fiador.

En cambio, en la asunción el acuerdo se celebra entre el acreedor y el tercero y sin la intervención del deudor primitivo para que dicho tercero se subrogue en la posición pasiva. Si el acreedor no acepta, se frustra la asunción y continúan vinculados el deudor y el acreedor originales.

Pero también puede contemplarse otro supuesto de la asunción y es el acuerdo entre el deudor inicial y quien quiere reemplazarlo, en el cual no participa el acreedor, pero en todo caso se requiere la aceptación de este para que el deudor inicial quede liberado, sin que en tal evento se produzca novación.

Es perfectamente posible que el acreedor autorice de antemano la cesión o la asunción, por lo cual un futuro régimen legal así puede preverlo.

El principal escollo de esta propuesta es determinar de manera congruente los efectos de la sustitución del deudor, sea por cesión o por asunción. Si no hay rompimiento del vínculo inicial, el nuevo deudor puede oponer al acreedor todas las defensas y excepciones que hubiese podido presentar el deudor inicial. Además, el acreedor conserva todos los privilegios, garantías reales y los accesorios que tenía la obligación antes de la transmisión, pero se extingue la garantía personal del primer deudor, que pasa a recaer sobre los activos patrimoniales del nuevo deudor. Cabe suponer que el acreedor ha hecho un ejercicio de debida diligencia para determinar la solvencia económica y moral del nuevo deudor antes de expresar su aprobación.

Una vez aceptada por el acreedor la sustitución del deudor, el liberado no responde por la insolvencia del nuevo deudor, a menos que haya pacto expreso al respecto.

Pero con el cambio del deudor se extinguen las garantías otorgadas por terceros, a menos que estos consientan expresamente en mantenerlas.

En suma, es aconsejable tipificar legalmente la operación de sustitución del deudor como un mecanismo especial de transmisión de las obligaciones entre vivos, a título singular, con los requisitos y efectos anotados.

8. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: *La asunción de deuda*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2003.

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA: *Derecho comercial: actos de comercio y empresas, comerciantes y empresarios*, 2ª ed. Bogotá, Ediciones Uniandes-Legis Ediciones, 2016.

CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

CUMYN, MICHELLE: “La delegation du Code Civil du Quebec: una cession de dette?”, en *Les Cahiers de Droit*, Université Laval, diciembre 2002 (43 C. de D 601).

HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1994.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO: *Derecho societario*, t. II, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2016.

SUESCÚN MELO, JORGE: *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de Los Andes-Legis Ediciones, 2003.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 1938, M. P. Juan Francisco Mujica, “G. J.”, t. XLVII, núms. 1940-1946.

Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1940, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, tomo XLIX, núms. 1957-1958.

Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1942, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LVI, núms. 1989-1990.

Sala de Negocios Generales, sent. de 31 agosto 1942, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, “G. J.”, t. LIV, núms. 1989-1992.

Sala de Negocios Generales, sent. de 17 enero 1951, M. P. Gualberto Rodríguez Peña, “G. J.”, t. LXIX, núm. 2096-2097.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXVII.

Sala de Casación Civil, sent. de 10 octubre 1963, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, ts. CIII-CIV, núms. 2268-2269.

Sala de Casación Civil, sent. de 24 julio 2015, M. P. Luis Armando Tolosa, exp. 2004-00469-01, sent. SC9680-2015.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 septiembre 2017, M. P. Luis Armando Tolosa, exp. 2012-00121-01, sent. SC15339-2017.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 2019, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, exp. 2010-00358-01, sent. SC5569-2019.

b) *Laudo arbitral*

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A. Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 septiembre 1994.

CAPÍTULO VI

LA CESIÓN DE CONTRATOS*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. CONCEPTO

En los capítulos precedentes se ha examinado la transferencia de los elementos activo y pasivo de la relación obligatoria, en particular, el régimen de la cesión singular de créditos y de la asunción de deudas.

La primera es el mecanismo previsto por el derecho civil, mediante el cual un acreedor acuerda transmitirle a un tercero cesionario el derecho personal que tiene para exigirle al deudor la prestación de dar, hacer o no hacer, sin que el vínculo se altere y menos se extinga, puesto que conserva todas sus características, garantías privilegios y vicisitudes.

La transmisión singular de la posición pasiva por acto *inter vivos*, en cambio, no se encuentra reglada por el Código Civil ni por el de Comercio, lo cual no significa que se encuentre prohibida. Lo que ocurre es que, en ausencia de normas positivas o de estipulaciones especiales, a la cesión de deuda se le confiere el tratamiento de una delegación perfecta con efectos novatorios, en la cual se requiere el consentimiento del acreedor original para que el deudor quede libre y sea aceptado el nuevo deudor, considerando que al acreedor no le son indiferentes las calidades personales ni la solvencia patrimonial de quien debe satisfacer la prestación.

En este supuesto, la obligación se extingue junto con sus accesorios y se crea un nuevo vínculo entre el acreedor y quien asume la deuda. Si el acreedor no da por libre al obligado inicial, se tendrá al nuevo como un simple diputado para el pago o como deudor solidario o subsidiario, según se desprenda del texto o del espíritu del negocio¹.

Aunque esta regla se acepta como principio general, nada se opone a que se realice, por convención, entre acreedor y deudores, el cambio de

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.544>.

¹ C. C., art. 1694.

sujeto pasivo sin que haya solución de continuidad en la relación obligatoria, la cual es asumida por el tercero con todos sus accesorios, como se explica en el capítulo sobre la transmisión de deudas².

El Código Civil tampoco establece reglas para la transferencia de la posición que una parte ocupa en un contrato bilateral cobijando tanto el lado activo como el pasivo. Por ello, la jurisprudencia y la doctrina clásicas se mostraban reticentes a aceptarla por considerar que al comprender no solo la transmisión de un crédito sino de la deuda correlativa, era menester darle el tratamiento de la delegación perfecta o novatoria mencionada, que implicaba la extinción de vínculo original a menos que hubiese una norma legal como la del artículo 2004 del Código Civil³ para el arrendamiento o una regulación convencional que autorizara expresamente la cesión:

“En principio, y salvo estipulación en contrario o previa aceptación del acreedor solo son susceptibles de cesión los derechos activos, v. gr., los créditos personales, la obligación de pagar una suma de dinero, etc. De ahí que contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso para hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante deudor este los hubiera concedido”⁴.

Al discutirse la viabilidad de que uno de los contratantes sea sustituido tanto en los derechos como en las obligaciones derivadas del contrato

² La transmisión de las deudas, ya no como elementos singulares y aislados, sino como parte de un conjunto patrimonial, opera tratándose de la sucesión universal por causa de muerte en la cual los herederos ocupan la misma posición del causante, respecto de los activos (derechos reales y personales) y de los pasivos (obligaciones).

³ C. C., art. 2004: “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo”. Sobre el caso especial de cesión del contrato de arrendamiento, dijo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “La cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del subarrendamiento, no puede hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de sus garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron partes en el contrato original [...]” (sent. de 21 marzo 1949, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. LXV, págs. 621 a 628).

⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1942, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LIV, págs. 107 a 116.

bilateral de promesa, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló: “Si el derecho que para cada una de las partes emana de la promesa bilateral de contrato no ejecutada es el de que la otra celebre con la primera el negocio ofrecido, resulta que ese derecho no se concibe desligado del deber correlativo de esta a concurrir por su parte a esa contratación. Es decir, que el derecho de cada uno de los mutuos prometientes no es un crédito simple o autónomo, sino un «derecho-obligación», cuyo sujeto activo lo es al mismo tiempo pasivo en el extremo que le corresponde, de la relación jurídica que la promesa constituye.

”Por lo tanto, la cesión a tercera persona de un derecho de esta especie, arrastraría consigo la obligación que lo aparea, esto es, que implicaría la sustitución del cedente por el cesionario en la órbita del contrato, o más concretamente la transferencia de este, fenómenos jurídicos no reglados por nuestra ley civil, pero que, sin embargo, por no estar vedados, ni ser contrarios al orden público, ante el principio de la libertad de las convenciones han de considerarse en general como viables, bajo una condición *sine qua non*, a saber: que la cesión de deuda o de contrato por una de las partes a un tercero, tenga la aceptación ya previa, ya coetánea o posterior de la otra parte”⁵.

Se observa cómo, aun sin que la legislación civil hubiese aceptado la posibilidad de celebrar este tipo de negocios, la jurisprudencia no formuló reparos absolutos para que una de las partes cediera a un tercero su posición contractual. Impuso sí, el requisito del consentimiento del contratante cedido para su protección permitiéndose incluso el consentimiento tácito, pues de lo contrario, aquel podría verse sorprendido por el advenimiento de un extraño, con riesgo patrimonial considerable si el cesionario incumplía las prestaciones previamente contraídas por el cedente. Esta posición se refleja en el siguiente aparte:

“La doctrina no admite la cesión de los derechos y obligaciones originados del contrato, sino cuando haya sido autorizada por las mismas partes. Basta el consentimiento tácito para convalidar la cesión. El arrendatario no puede ceder el arriendo sin la autorización o concurrencia del arrendador. Tal prohibición, sin embargo, es de orden privado y por lo mismo susceptible de modificación convencional. Aprobada la cesión por el arrendador, el cesionario sustituye al arrendatario directo”⁶.

⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1960, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, “G. J.”, t. xciii, págs. 114 a 125.

⁶ C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 12 marzo 1964, M. P. Luis Carlos Zambrano, “G. J.”, t. cvi, págs. 580 - 587.

El derecho comercial introdujo nuevas figuras por las cuales se admite la transmisión de los créditos y las deudas como parte de esquemas más complejos —como lo es el contrato bilateral—, en el cual cada contratante puede ser sustituido por otro, en los derechos y en las obligaciones derivados del acuerdo, sin que se extinga el vínculo preexistente por novación. En el caso de las universalidades, de hecho y de derecho se prevé su circulación en bloque, incluso los elementos activos, pasivos, materiales e inmateriales, como en la enajenación del establecimiento de comercio y en la fusión y escisión de sociedades, respectivamente⁷.

La cesión de contrato, que para algunos es en realidad una “cesión de la cualidad de parte contratante”⁸, se consagró en Colombia por primera vez en el Código de Comercio de 1971 (arts. 887-896), punto en el que los redactores siguieron de cerca, mas no calcaron, el Código italiano de 1942⁹, como se verá. La cesión de contrato sigue siendo figura atípica

⁷ Este capítulo versará sobre la transferencia singular del contrato bilateral bajo las reglas de los arts. 887 a 896 del C. de Co. Aunque los contratos en ejecución pueden formar parte de universalidades de hecho y de derecho que se enajenan en bloque, el régimen de esta transmisión es especial y se trata en capítulo separado.

⁸ JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*, Parte general, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 166.

⁹ C. C. italiano, art. 1406. “*Noción*. Cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si estas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello.

”Art. 1407.—*Forma*. Si una de las partes hubiera consentido previamente que la otra sustituya a sí misma un tercero en las relaciones derivadas del contrato, la sustitución será eficaz respecto de ella desde el momento en que le haya sido notificada o en que la haya aceptado.

”Si todos los elementos del contrato resultaran de un documento en el que figure inserta la cláusula «a la orden» u otra equivalente, el endoso del documento producirá la sustitución del endosatario en la posición del endosante.

”Art. 1408.—*Relaciones entre el contratante cedido y el cedente*. El cedente quedará liberado de sus obligaciones hacia el contratante cedido desde el momento en que la sustitución resulte eficaz respecto de este.

”Sin embargo, el contratante cedido, si hubiese declarado que no libera al cedente, podrá accionar contra este cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas.

”En el caso previsto por el párrafo precedente, el contratante cedido deberá dar noticia al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los quince días desde que se verificó el incumplimiento; en su defecto, quedará obligado al resarcimiento del daño.

”Art. 1409.—*Relaciones entre el contratante cedido y el cesionario*. El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que hubiera hecho expresa reserva de ellas en el momento en que consintió la sustitución.

en materia civil, pero se pregunta sobre la aplicación de dichas normas a los contratos civiles, punto que trataremos más adelante¹⁰.

La doctrina perfila la figura en los siguientes términos:

“Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. Por la cesión del contrato se traspasa la calidad íntegra de contratante.

”Y como en el contrato bilateral cada parte adquiere al mismo tiempo la calidad de acreedora y deudora, la cesión del contrato implica que el cedente traspasa al cesionario sus derechos y obligaciones; tanto el aspecto activo como el pasivo [...].

”El cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, lo reemplaza en el contrato, y, en consecuencia, puede exigir el cumplimiento de los créditos que a su favor emanen de este y queda obligado a cumplir las obligaciones derivadas de él”¹¹.

La jurisprudencia ha explicado que “[...] la cesión de contrato es más compleja y profunda en sus implicaciones jurídicas, porque traslada de una persona a otra la posición que tiene en el negocio, con sus derechos y obligaciones —salvo acuerdo en contrario—; mientras que la cesión de crédito solo transfiere al cesionario el derecho al pago de un crédito, y no se asumen cargas u obligaciones derivadas de la relación contractual de donde proviene la deuda”¹².

”Art. 1410.—*Relaciones entre el cedente y el cesionario.* El cedente queda obligado a garantizar la validez del contrato.

Si el cedente asumiese la garantía del cumplimiento del contrato, responderá como fiador por las obligaciones del contratante cedido.

¹⁰ La jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado al respecto que “[...] la cesión del contrato es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el traspaso que, con el consentimiento del otro —a menos, claro está, que exista disposición legal en contrario—, un contratante hace a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral. En tal caso, existe una sola relación contractual de la cual es, por regla general, desplazado uno de los contratantes originales”. (Auto 160 de 28 junio 1995, M. P. Héctor Marín Naranjo, exp. 4571).

¹¹ RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 3ª ed., t. II, Santa Fe de Bogotá, Santiago de Chile, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993, págs. 952 y 954.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sent de 25 abril 2012, C. P. Enrique Gil Botero, rad. 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817).

Y sobre su alcance, la Sala Civil de la Corte añade: “No se trata de una cesión de crédito, acción, pretensión o derecho, sino de toda o parte de la relación jurídica emanada del contrato y, por consiguiente, de la posición de contratante, en tanto el cesionario sustituye al cedente en los derechos y obligaciones, adquiere la calidad de acreedor y deudor así sea en el fragmento al cual concierne, distinguiéndose así de la cesión de un crédito, derecho, acción o pretensión y de la asunción de la deuda.”¹³

Se trata entonces de la transferencia del estatus de contratante de una persona a otra, para que esta (cesionario) sustituya a aquella (cedente) en las prestaciones futuras de un contrato ya existente y que fue celebrado entre el cedente y un cocontratante (que se convierte en el contratante cedido). Se superponen entonces dos negocios claramente diferenciados: el contrato inicial y el acuerdo de cesión: el contrato inicial se mantiene sin solución de continuidad, pero ocurre una mutación subjetiva en cuanto uno de los contratantes iniciales se desprende en todo o en parte de su posición en el contrato, la cual es asumida por un tercero. En una jurisprudencia más reciente, la Corte caracterizó la operación en los siguientes términos:

“[...] el cambio de posición contractual difiere sustancialmente de la cesión de una obligación —propriadamente denominada, asunción de deuda—, porque en este caso [...] la salida del deudor cedente se supedita, so pena de inoponibilidad, a la voluntad del acreedor cedido, como mecanismo legal de protección de sus intereses. [...]

”Si bien la declaración de voluntad en cuestión conlleva liberar al primitivo deudor, la cesión del contrato constituye una figura autónoma, distinta de la novación subjetiva, inclusive de la delegación y de la asunción de deuda (artículo 1694 del Código Civil). En términos generales, la diferencia estriba, porque estos últimos mecanismos, por sí, implican el pago de la obligación contraída, de ahí que, una vez efectuado, nada habría que transferir; mientras la cesión comporta el tránsito de la prestación de una persona a otra, sin extinguirse.

”Por lo tanto, la cesión a tercera persona de un derecho de esta especie, arrastraría consigo la obligación que lo aparea, esto es que implicaría la sustitución del cedente por el cesionario en la órbita del contrato, o más concretamente la transferencia de este, fenómenos jurídicos no reglados

¹³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 de octubre de 2011, M. P. William Namén Vargas, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01.

por nuestra ley civil, pero que, sin embargo, por no estar vedados, ni ser contrarios al orden público, ante el principio de la libertad de las convenciones han de considerarse en general como viables, bajo una condición *sine qua non*, a saber: *que la cesión de deuda o de contrato por una de las partes a un tercero, tenga la aceptación ya previa, ya coetánea o posterior de la otra parte*¹⁴.

Pasamos a exponer la función económica, los requisitos y efectos de la cesión de posición contractual. Por último, nos referiremos a la cesión parcial del contrato, a la diferencia que existe entre cesión de contrato y subcontrato y, a esbozar algunas propuestas para la modernización de esta importante institución jurídica.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA

Según ANDREOLI, “[l]a cesión de contrato (presupuesto este último como *bilateral*, al menos en la configuración típica de la institución) es el instrumento que permite realizar la llamada *circulación del contrato*, es decir, la transferencia *negocial* a un tercero (llamado *cesionario*) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como el resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes), constituida en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado *cedente*); de tal forma que, a través de esa sustitución *negocial* del tercero en la posición de “parte” del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente”¹⁵. Para el autor italiano, bajo este esquema los contratos son valores económicos idóneos como tales para la circulación: en atención a la utilidad que el contrato está encaminado a procurar, se le atribuye un valor económico actual, considerándolo como un bien capaz de circular¹⁶.

De acuerdo con la doctrina, no se trata de la yuxtaposición de dos operaciones aisladamente consideradas: la cesión de crédito, por un lado, y la cesión de deuda, por otro. Tampoco de la descomposición del contrato en sus partes activa y pasiva, pues en el contrato bilateral ambas están

¹⁴ Sala de Casación Civil, sent. de 24 julio 2015, M. P. Luis Armando Tolosa, exp. 2004-00469-01 (sent. SC9680-2015).

¹⁵ MARCELO ANDREOLI M., *La cesión del contrato*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 2.

¹⁶ *Ibid.*

íntimamente ligadas¹⁷, ni equivale a la sumatoria de la transmisión de créditos más transmisión de deudas sino a la transferencia integral de la situación jurídica generada por el contrato¹⁸. El contrato se cede en su integridad y como fuente reguladora de su ulterior desarrollo¹⁹.

La cesión de la posición contractual se realiza mediante una operación única por la cual el cesionario simultáneamente sustituye al cedente en el conjunto de los efectos del acuerdo²⁰ erigiéndose como un mecanismo moderno para la circulación del valor involucrado en los contratos.

La jurisprudencia arbitral ha apoyado esta visión unitaria al expresar que “El cesionario del contrato, en virtud de la cesión, sustituye al cedente en los derechos y obligaciones derivados del contrato. Cuando el código se refiere a las «relaciones derivadas del contrato» no está haciendo mención a un vínculo unilateral entre acreedor y deudor, sino a una situación jurídica en la que ambas partes son a la vez deudoras y acreedoras de obligaciones interdependientes entre sí, que es precisamente lo que constituye la esencia de los contratos denominados bilaterales por la doctrina. Dicha relación es la que se transmite del cedente al cesionario, o lo que es lo mismo, en dicha relación es en la que el segundo sustituye al primero [...]”.

”La mención a «relación» en lugar de «obligación» distingue entonces la cesión del contrato de la cesión del crédito, razón por la cual el cesionario, como lo expresa al código, viene a sustituir en dicha relación jurídica al cedente y en virtud de la cesión, ocupa el lugar que este tenía en el contrato convirtiéndose en titular de los derechos y en deudor de las obligaciones que estaban radicados en cabeza del cedente”²¹.

¹⁷ LAURENT AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques a trois personnes. Collection droit civil*, Paris, Economica, 1984, pág. 64. En el mismo sentido, véase FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 531.

¹⁸ Véase al respecto ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 658.

¹⁹ Laudo Arbitral de Inversiones Petroleras S. A., Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. 21 de septiembre de 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

²⁰ AYNÈS, *op. cit.*, pág. 81.

²¹ Laudo arbitral de Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S. A., Corabastos, 12 de diciembre de 2001 (Cámara de Comercio de Bogotá).

3. LA CESIÓN NO REQUIERE LA ACEPTACIÓN DEL CONTRATANTE CEDIDO

En Colombia, esta operación adquiere una significación jurídica particular porque cualquiera de las partes en un contrato comercial de ejecución periódica o sucesiva puede hacerse sustituir en todas o algunas de las relaciones derivadas de él, “sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”. Cuando la sustitución se realiza en contratos de ejecución instantánea con prestaciones pendientes o que sean *intuitu personae*, será necesaria la aceptación del contratante cedido²². Esta es una disposición novedosa no solo frente al sistema italiano, que inspiró nuestro Código en la materia, sino a otros que incluyen la cesión de contratos, que exigen siempre la aceptación del contratante cedido²³.

²² C. de Co., art. 887.

²³ Arts. 1406 y 1407 del C. C. italiano, transcritos anteriormente. El Código peruano de 1984 dispone en el art. 1435: “[...] En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión”. Por su parte, los artículos 9.3.3 y 9.3.4 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2016) exigen el consentimiento de la otra parte (contratante cedido), en los siguientes términos: “Art. 9.3.3 (*Exigencia del consentimiento de la otra parte*): La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte. Art. 9.3.4 (*Consentimiento anticipado de la otra parte*): 1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente. 2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce”. Aunque la cesión de contrato es figura atípica en el derecho español, la doctrina especializada se inclina por señalar que el consentimiento de cedente y cesionario no basta porque se trasfiere junto con el crédito la deuda y será preciso contar con el consentimiento del cocontratante cedido. (Véase GARCÍA-PITA Y LASTRES, *op. cit.*, págs. 168-169), regla que también existe en el ordenamiento argentino al exigirse el consentimiento de las tres partes (cedente, cesionario y cedido). (Véase el art. 1636 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina). El derecho inglés sostiene también esta regla de aceptación del acreedor de la prestación en un contrato: “With regards to the assignment of the burden of a contract, the general rule is that this can not be done unless the creditor consents, as Collins MR in *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd* [1902] 2 KB 660 at 668, stated: «It is, I think, quite clear that neither at law nor in equity could the burden of a contract be shifted off the shoulders of a contractor on to those of another without the consent of the contractee. A debtor cannot relieve himself of his liability to his creditor by assigning the burden of the obligation to somebody else; this can only

La eliminación de este requisito —que puede entenderse como una forma de agilizar la transferencia de la posición de los contratantes en los negocios mercantiles— no fue, sin embargo, bien recibida por algún sector de la doctrina, que la consideró una innovación no solo extraña, sino peligrosa, pues “al celebrar un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva, no obstante el principio secular [...] de que la deuda y por lo mismo la posición de parte en un contrato bilateral, no pueden ser transferidas sino con el consentimiento del otro contratante, los celebrantes deben tener cuidado de estipular la prohibición de la cesión, so pena de quedar expuestos a soportar todas las consecuencias sorpresivas que cesiones como esas son susceptibles de acarrear”²⁴.

En nuestro régimen comercial, “[...] la cesión del contrato está autorizada, salvo cuando se ha prohibido por la ley o por las partes. Ello significa que el consentimiento del acreedor, que en teoría siempre se requiere, puede darse por anticipado y se infiere o presume por el hecho de no prohibirse la cesión”²⁵.

La Sala Civil de la Corte ha subrayado que “[...] 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. Por supuesto, que una cosa es la aceptación como condición de validez, que no se precisa, y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que estos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, estos se producen «desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888» [...]”²⁶.

be brought about by the consent of all three, and involves the release of the original debtor». En <http://www.articlesbase.com/internet-law-articles/difference-between-priority-of-contract-novation-and-assignment-under-uk-law-542666.html>

²⁴ CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 150.

²⁵ Laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A., Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 de septiembre de 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

²⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. S-63 de 4 abril 2001, exp. 5628, M. P. José Fernando Ramírez Gómez. El inc. 3º del art. 888 del C. de Co., prescribe: “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 sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato”.

La posibilidad de ceder sin autorización previa denota un rasgo de gran despersonalización de las relaciones comerciales, que da vía libre a la posibilidad de subrogar la posición de un contratante, escenario en el cual las relaciones económicas, incluso los contratos, se tornan intercambiables, es decir, son “fungibles”²⁷. Esta característica resalta particularmente “[...] en la economía contemporánea, en la que tanto auge y trascendencia han cobrado los contratos de larga duración”²⁸, que son los que tienen mayor vocación de ser transferidos.

Este mecanismo especial de transmisión comprende, pues, el negocio vivo, continuo y no acabado²⁹ en conjunto, en sus elementos activos y pasivos conservando plenamente su identidad y radicándose en el patrimonio del adquirente con sus accesorios, garantías, privilegios, vicios, acciones y excepciones. El contrato se convierte en un bien con potencial de circulación en el tráfico económico y fuente de especulación cuando con la transferencia el cedente realiza una ganancia superior a la que hubiese recibido con la ejecución del contrato.

Aunque la cesión se entiende generalmente como unitaria, siendo el objeto del acuerdo el contrato como un bloque jurídico-económico, se hará más adelante referencia a la cesión parcial que autoriza la ley colombiana en el artículo 887 del Código de Comercio, al señalar que la sustitución del tercero cesionario podrá hacerse “en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato”.

4. REQUISITOS DE LA CESIÓN

En primer lugar, debe distinguirse claramente entre el negocio de cesión y el contrato que se cede. El primero es el que nos interesa para efectos del capítulo; su objeto es la transferencia de la posición contractual de un contratante en otra relación³⁰, mientras que el segundo es el contrato original, cuyo contenido permanece invariable, en el cual uno de los extremos subjetivos se subroga en virtud de la cesión. El contrato que se cede puede ser típico o atípico; al celebrarse, como acto jurídico bilateral debió reunir los elementos propios de su esencia, y junto con

²⁷ JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles*, t. I, 12ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2008, pág. 274. El autor cita en este punto a JOAQUÍN GARRIGUES.

²⁸ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 532.

²⁹ GARCÍA-PITA, *op. cit.*, pág. 166.

³⁰ ALTERINI, *op. cit.*, pág. 660.

los de existencia, los de validez y las solemnidades sustanciales que la ley exige para su perfeccionamiento.

El acuerdo de cesión, como veremos, puede ser consensual o solemne (verbal o escrito), oneroso o gratuito —dependiendo si el cesionario debe pagar un precio por la cesión o no—. Si es oneroso, se considera conmutativo, es decir, las prestaciones de cedente y cesionario se miran como equivalentes; sin embargo, no se encuentra prevista para esta clase de acuerdos la rescisión por lesión enorme, si llegara a presentarse un desequilibrio económico objetivo y notorio entre lo que paga el cesionario y las prestaciones que este obtiene bajo el contrato base. Además, es un contrato principal y de ejecución instantánea. Si se pactó precio u otra contraprestación, el beneficiario de la transmisión debe pagarla al cedente³¹, y como contrato sinalagmático tiene los efectos legales ordinarios de estos contratos, salvo en cuanto el régimen especial prevea consecuencias jurídicas diversas.

El contrato de cesión propiamente dicho tiene requisitos especiales que pasamos a examinar.

A) *Contratos que pueden cederse*

Para que proceda la cesión, ella debe versar sobre contratos bilaterales³², de naturaleza comercial³³, de tracto sucesivo³⁴ o de ejecución instantánea³⁵, que al momento de la cesión no hayan sido cumplidos en

³¹ *Ibid.*, pág. 661.

³² “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. (C. C., art. 1496).

³³ Los contratos comerciales son los enumerados y los regulados por la ley mercantil. Véase el art. 20 del C. de Co.

³⁴ Los contratos de ejecución sucesiva son aquellos que suponen obligaciones cuyo cumplimiento se escalona necesariamente en el tiempo. CHRISTIAN LARROUMET, *Teoría general del contrato*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1993, pág. 157. Véase también CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE, “Categorías de contratos”, en *Derecho de las obligaciones*, t. II, Bogotá, Uniandes-Edit. Temis, 2015, pág. 58: en estos contratos la prolongación del cumplimiento es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes; la conjugación del verbo rector del contrato permanece en el tiempo.

³⁵ En estos contratos las prestaciones de las partes se intercambian o pueden intercambiarse en un solo momento, pues no suponen plazo, duración ni ejecución prolongada en el tiempo. Las partes pueden convencionalmente establecer modalidades de plazo,

todo o en parte, es decir, se proyecta respecto de prestaciones futuras de un contrato que, por supuesto, ha sido perfeccionado con anterioridad a la cesión. Señala la doctrina que este mecanismo solo procede en aquellos contratos bilaterales que no han tenido un cumplimiento total de sus obligaciones. “Si lo que se pretende es no adquirir la posición contractual con todas las consecuencias que ello implica, no sería necesaria esta figura, sino que se podría acudir a otras por las cuales simplemente se asumen deudas o se ceden derechos”³⁶.

Ha dicho en ese sentido la justicia arbitral:

“[...] Se trata de una figura aplicable de manera especial a los contratos bilaterales con obligaciones vigentes para ambas partes y, principalmente, a los contratos de tracto sucesivo. Lo anterior se explica porque si se tratara de negocios unilaterales o de contratos en los cuales una de las partes ya ha cumplido con su obligación, lo que se estaría cediendo sería simplemente un crédito y no un contrato. Por el contrario, en la cesión del contrato, a la cual el mismo código se refiere como «sustitución», el cesionario «sustituye» al cedente en «la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato» [...].

”La razón para que, en principio, la cesión solo tenga efecto en los negocios jurídicos de tracto sucesivo o periódico y se excluyan los contratos instantáneos sobre prestaciones futuras, es la de que perfeccionado el contrato en forma instantánea, la sustitución es inútil, porque entonces lo que se lleva a cabo es una simple cesión de créditos [...]”³⁷.

Compartimos las anteriores afirmaciones, pero para comprender cabalmente la figura es necesario estudiar la cesión parcial permitida por el artículo 887 del Código de Comercio, como lo haremos posteriormente.

Ahora bien, son excepcionalmente cesibles los contratos celebrados en consideración de las calidades personales de uno o ambos contratantes originalmente vinculados (*intuitu personae*), evento en el cual es apenas lógico que deba contarse con la aprobación del cedido, la cual puede ser previa, simultánea o posterior a la cesión, pues la ley no hace distinción.

cumplimiento por instalamentos u otras formas de ejecución, pero en su estructura las prestaciones pueden cumplirse de manera inmediata.

³⁶ ARRUBLA, *op. cit.*, pág. 273.

³⁷ Laudo Arbitral de Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S. A. Corabastos, de 12 de diciembre de 2001 (Cámara de Comercio de Bogotá).

La misma exigencia de aceptación hace la norma mencionada, cuando se trata de la cesión de contratos de ejecución instantánea que tengan prestaciones pendientes en todo o en parte.

B) *Formalidades de la cesión*

En forma análoga a lo que ocurre con la cesión de créditos, la sustitución de una parte en su posición contractual constituye una operación escalonada que exige el agotamiento de una sucesión de actos que se concretan en dos etapas diferenciadas. La primera se surte entre cedente y cesionario con la celebración del acuerdo de cesión y la segunda debe completarse entre el cesionario y el contratante cedido, que, en estricto sentido, es un tercero en el negocio de cesión, pues en el régimen colombiano, como regla general, no se requiere su consentimiento para que la cesión sea eficaz. Sin embargo, para que el vínculo negocial continúe entre el sustituto y el cedido, es indispensable, mediante la notificación, poner a este en conocimiento de la cesión que se ha perfeccionado. Según se mencionó, en casos excepcionales no es suficiente esta noticia, pues la ley requiere la aceptación de la parte cedida: cuando el negocio que se cede ha sido celebrado *intuitu personae*³⁸ y cuando se trata de un contrato de ejecución instantánea con prestaciones pendientes.

³⁸ En el derecho administrativo, los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante (ley 80 de 1993, art. 41). Al respecto, el Consejo de Estado señaló: “Para la Sala la calificación de *intuitu personae* que se pregona de los contratos estatales no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo. Corrobora el planteamiento que se viene haciendo, el hecho de que, por disposición legal, la administración tenga prohibido seleccionar al contratista atendiendo a consideraciones de naturaleza subjetiva; se le impone, en cambio, el deber de seleccionarlo objetivamente según el art. 29 de la ley 80 de 1993. Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra *intuitu personae* en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización, por cuanto como bien se sabe, la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, de forma tal que frente al contratista originario se extinguen las obligaciones y derechos derivados del contrato cedido en virtud del fenómeno de la novación, para ser transferidas al cesionario quien en adelante ostentará la calidad de contratista y frente a quien la administración debe

El consentimiento del cedente y del cesionario requerido en el negocio de cesión en su primera fase será verbal o escrito, dependiendo de la formalidad que hayan observado las partes al celebrar el contrato que se cede³⁹. Si el contrato base es consensual, basta el acuerdo verbal de cesión entre el cedente y el cesionario; si es solemne, la cesión deberá constar por escrito.

Nótese, sin embargo, que el artículo 888 del Código de Comercio no sigue estrictamente la regla de la forma de perfeccionamiento señalada por la ley para el acto respectivo, pues el hecho relevante es que originalmente el contrato transferido se haya celebrado o no por escrito⁴⁰. La jurisprudencia dio aplicación a esta regla al desconocer la supuesta cesión de un contrato de depósito simple que había sido celebrado por documento privado al no encontrar prueba escrita de la cesión, independientemente del carácter real del contrato, que se perfecciona con la entrega del bien y sin necesidad de escrito.

Consideró la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que mientras no se pruebe la cesión, al depositante inicial es al único que corresponde ejercer los derechos derivados del contrato de depósito y que:

“[...] esa legitimación permanece en cabeza del original depositante, en tanto este no haya cedido su posición contractual, conforme lo permite el artículo 887 del Código de Comercio, pues de acuerdo con esta norma cada una de las partes de un contrato mercantil puede hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en algunas de las relaciones derivadas del contrato, siempre y cuando se trate de contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, como lo sería el de depósito subexamen.

”Claro está, que para que esta sustitución pueda nacer a la vida jurídica tiene que realizarse conforme a las pautas indicadas por el artículo 888

exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual”. (C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, auto del 7 de febrero de 2002, exp. 21845, C. P. Alier E. Hernández Enriquez). Al respecto cabe aclarar que cuando se produce la cesión del contrato en debida forma, los derechos y obligaciones se transfieren al cesionario sin que haya extinción del vínculo por novación.

³⁹ C. de Co., art. 888.

⁴⁰ En los casos en que la ley exige solemnidades sustanciales para la existencia del negocio que se cede, será necesario cumplirlas y la cesión como tal deberá constar por escrito.

del Código de Comercio, es decir, por escrito o verbalmente, «según que el contrato conste o no por escrito».

”De manera, que como en este caso el contrato de depósito simple se efectuó por escrito [...], la cesión también debió haberse efectuado por escrito, [...] y lo cierto es que en este asunto no existe prueba de la misma, ya que ni en el Acta [...], ni en el contrato de depósito, ni en ningún otro escrito se hizo alusión alguna al respecto”⁴¹.

Tratándose de contratos que constan en escritura pública, sea que se trate de formalidad sustancial exigida por la ley o establecida por los contratantes *ad probationem*, la cesión respectiva no requiere instrumento público; basta uno privado con la firma autenticada del cedente, pero no produce efectos frente a terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro de instrumentos públicos en el que se ha insertado la escritura pertinente⁴².

Cuando se trate de escrituras públicas inscritas que, aunque no tengan la naturaleza de títulos-valores, estén otorgadas o contengan la cláusula “a la orden”, para la cesión bastará el endoso del documento de parte del cedente para que el endosatario quede sustituido en todas las relaciones derivadas del contrato, solución que algunos doctrinantes no encuentran coherente. Compartimos este reparo, pues el endoso es la forma típica de transferencia de títulos valores a la orden y la ley prevé su aplicación a los contratos, instituciones claramente distintas⁴³.

El contrato de suministro es mencionado de manera puntual por el estatuto mercantil para establecer una excepción a los requisitos de forma

⁴¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 mayo 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5737, en <http://consultajurisprudencial.rajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml> (recuperado 7 febrero 2021).

⁴² C. de Co., art. 888, inciso 3°. En este caso, la norma no se refiere al registro mercantil porque las inscripciones en este registro se refieren a actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exige esa formalidad y no todos los contratos susceptibles de cesión tienen este requisito legal de oponibilidad; además, la interpretación debe ser la más razonable teniendo en cuenta la mención que el artículo 888 hace de las escrituras públicas, para los eventos en que ellas constituyen títulos traslativos de dominio, en los que la tradición del derecho real se efectúa por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. Véase al respecto JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, pág. 326.

⁴³ FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, “La cesión de contrato”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis Ediciones, Universidad del Rosario, 2007, pág. 442.

que se vienen comentando. Siendo el suministro un contrato consensual, tanto el proveedor como el cliente podrían ceder su posición en el contrato mediante un simple acuerdo verbal. Sin embargo, el artículo 889 del Código de Comercio va más allá y no exige siquiera consentimiento expresado de manera verbal cuando es el proveedor quien va a efectuar la cesión a otra persona, pues prescribe que la simple aquiescencia tácita del cedido a su continuación con un tercero equivale a la cesión del contrato.

En otras palabras: en este contrato, de acuerdo con el principio general, se permite la sustitución del proveedor sin que sea necesaria la autorización del cliente o consumidor, pero además la cesión puede operar sin que haya manifestación expresa alguna, bastando la sola conducta de aquel, al entregar de hecho su posición a un tercero, si el receptor de los bienes o servicios suministrados continúa ejecutando el contrato sin manifestar reservas por el cambio de proveedor, aceptación tácita que produce el mismo efecto jurídico de la expresa. Esta cesión que calificamos de “informal” se aprecia especialmente sorpresiva en el contrato de suministro, negocio que en nuestro parecer no amerita esta excepción que desprotege al contratante cedido.

Una vez perfeccionada la cesión con la intervención del cedente y el cesionario en los términos explicados, debe cumplirse una segunda fase de publicidad consistente en la notificación al contratante cedido para que le sea oponible y pueda el cesionario exigirle la satisfacción de las prestaciones a su cargo y a la vez cumplir aquellas que debe realizar frente al cedido. Aunque aquel es un tercero respecto de la cesión, tiene un interés legítimo que le da derecho a conocer la cesión y en particular la identidad del cesionario, puesto que este será en adelante su cocontratante. Antes de esta comunicación, el cedido puede cumplir válidamente sus obligaciones frente al cedente, pero después que sea conocedor de la sustitución, no puede sino dirigirse al cesionario, a quien se encuentra ligado a partir de la notificación. A su vez, si el cedente acepta las prestaciones sin darle a la parte cedida noticia de la sustitución, incurre en responsabilidad penal por estafa⁴⁴.

La notificación también confiere oponibilidad a la cesión frente a terceros como lo son los acreedores del cedente y el cesionario, como se desprende del artículo 894 del ordenamiento comercial, diligencia que debe realizar cualquiera de los intervinientes en la cesión, aun de manera extrajudicial, siempre que quede consignada en un documento que provea una fecha cierta.

⁴⁴ C. de Co., art. 892.

Como se señaló, no procede notificación sino aceptación del contratante cedido cuando el contrato original es *intuitu personae* o es de ejecución instantánea, si aún no ha sido cumplido, en todo o en parte.

Sobre la notificación o aceptación del contratante cedido, ha señalado con acierto la jurisprudencia arbitral:

“[...] no obstante que el contrato puede cederse cuando no se ha prohibido la cesión, es necesario que el acreedor sea notificado de la cesión o que la acepte. Basta la notificación, pues el consentimiento cuando no es expreso se supone por no haberse prohibido la cesión.

”La notificación tiene por objeto que la cesión en concreto, en favor de determinada persona, le sea oponible al acreedor para que este conozca al nuevo deudor.

”Pero el acreedor puede también aceptarla. Aunque el Código no lo diga expresamente, resulta obvio que la aceptación, como en el caso de la cesión de créditos, puede ser expresa o tácita. Ello, porque como la cesión está autorizada cuando no se ha prohibido, la exigencia de la notificación o de la aceptación es solo un problema de inoponibilidad, ya que los actos jurídicos tienen efecto relativo entre las partes, pero no pueden tenerlo frente a terceros que de buena fe los ignoran.

”Pero cuando el acreedor tiene conocimiento de una acción, no puede alegar la ignorancia del acto y le es oponible.

”Así, parece evidente que, como en el caso de la cesión de créditos, donde la aceptación de la cesión a determinado cesionario puede ser tácita y resulta de la conducta del deudor, por ejemplo cuando se entiende con el nuevo acreedor o lo demanda, lo mismo podrá aplicarse a la cesión de la deuda, pues el acreedor puede aceptarla tácitamente, demandando o entendiéndose con el nuevo deudor”⁴⁵.

Por último, el cesionario debe ser efectivamente un tercero distinto e independiente del cedente. Este requisito, a todas luces obvio, no se cumple y no es verdadera cesión la que realiza una sociedad matriz a una filial a la que controla⁴⁶.

⁴⁵ Laudo Arbitral de Inversiones Petroleras S. A., Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A., de 21 de septiembre de 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

⁴⁶ “La cesión de los Contratos de Concesión núms. [...] celebrados entre el Invías y XXX S. A., propuesta por esta en favor de una sociedad anónima que se constituiría y que sería subordinada de la misma sociedad matriz de la Wackenhut, si bien no infrinquiría los principios de la contratación, tal como están señalados en los artículos 23 a 26 de la ley 80 de 1993 y no estaría tipificada en la inhabilidad mencionada en el literal 1) del numeral 1 del artículo 8º de la misma ley, no es procedente, por cuanto la sociedad proyectada no sería jurídicamente un tercero, conforme lo exige la cesión de un contrato

5. EFECTOS DE LA CESIÓN Y LAS RESPONSABILIDADES CONSIGUIENTES

La cesión surte un conjunto de efectos jurídicos en distintos niveles, precisamente por tratarse de una operación compleja que involucra intereses de diversas personas.

A) *Efectos entre las partes de la cesión (cedente-cesionario): reemplazo en la posición contractual*

Estos efectos se producen al perfeccionarse el acuerdo de cesión. El cedente, como enajenante, garantiza la existencia y validez del contrato objeto de la transferencia. Para el cedente, el propósito de la cesión —cuando es total— es liberarse de la relación contractual, por lo cual en principio no asume responsabilidad alguna por el incumplimiento del contratante cedido, ni de los garantes (fiadores, codeudores, etc.). Pero en virtud de convenio expreso, puede el cedente quedar en la posición de obligado subsidiario, en caso de que el cedido como deudor principal y los garantes no honren los compromisos que tienen a su cargo en virtud del contrato objeto de cesión⁴⁷. Aunque la ley comercial no impone en ese evento solidaridad entre el cedente y el cedido, aquel puede asumir dicha posición de codeudor y el acuerdo no tendría carácter liberatorio sino acumulativo, perdiendo su efecto como cesión contractual en sentido estricto.

Si el cedente asume responsabilidad por el cumplimiento del cedido, el cesionario tiene la carga de darle a aquel aviso del incumplimiento o la mora del cedido dentro de los diez días siguientes; de no hacerlo, caducará la obligación de garantía asumida por el cedente y este quedará liberado⁴⁸.

B) *Efectos entre el cesionario y el cedido, partes del contrato a partir de la notificación o aceptación. El contrato permanece sin solución de continuidad, tal como existía en cabeza de los contratantes originales*

Una vez aceptada o notificada la cesión, según el caso, las partes del contrato base son el cesionario y la parte cedida. La ejecución de

de acuerdo con el artículo 887 del Código de Comercio, ya que su poder de decisión se encontraría sometido a la voluntad de la misma sociedad matriz o controlante de la cedente, según lo dispuesto por el artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995". C. de E., Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001 (exp. 1346), C. P. César Hoyos Salazar.

⁴⁷ Art. 890, *ibid.*

⁴⁸ Art. 891, *ibid.*

las obligaciones continúa a cargo de ellas, de la misma forma en que lo estaban inicialmente entre el cedente y el cedido. Como el cedente pierde la titularidad de los derechos personales y la calidad de deudor de las obligaciones correspondientes, los beneficios del contrato ya no le corresponden, por lo cual incurre en responsabilidad penal si acepta las prestaciones una vez separado del vínculo contractual que ha convenido ceder.

Teniendo en cuenta la aludida continuidad de la relación contractual, la cesión de contrato difiere sustancialmente del fenómeno novatorio:

“Hay claras diferencias entre la cesión de la posición contractual y la novación, a fin de todo, esta última siempre consistirá en la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. Se trata de una nueva obligación que reemplaza la antigua, por ello es una forma de extinguir las obligaciones. Así se trate de novación subjetiva, bien por cambio de acreedor o de deudor, es diferente a la institución de la cesión de posición contractual que venimos estudiando. En la novación por cambio de acreedor, el deudor contrae una nueva obligación para con un tercero y el anterior acreedor lo declara libre en consecuencia; la novación por cambio de deudor sucede cuando un nuevo deudor sustituye al anterior, quien queda por ello liberado de la obligación. Son situaciones jurídicas bien diferentes a la cesión de la posición contractual, en la cual un tercero cesionario adquiere la posición de una de las partes del contrato, con todos los derechos y las obligaciones que como efecto del contrato se habían radicado en ella. Podemos concluir que la cesión de la posición contractual es una figura bien diferente a la novación, no se trata de una nueva obligación que sustituye a la antigua sino de un tercero que pasa a ocupar en el contrato, el lugar que ocupaba el contratante cedente con los mismos derechos y obligaciones del cesionario”⁴⁹.

C) Efectos entre el cedente y el cedido

En principio, el cedente queda desvinculado de la relación jurídica y liberado de sus obligaciones. Si, por su parte, el cedido hace la reserva de no liberar al cedente al serle comunicada la cesión o al aceptarla, podrá exigir al cedente la satisfacción de las obligaciones derivadas del contrato original si el cesionario no las cumple, quedando aquel como obligado subsidiario; pero en este caso será el cedido quien debe poner el hecho

⁴⁹ ARRUBLA, *op. cit.*, págs. 271-272.

del incumplimiento en conocimiento del cedente, dentro de los diez días siguientes a la mora. Esta responsabilidad no tendrá lugar cuando la ley permita la cesión sin previa aceptación o notificación⁵⁰.

D) *Efectos frente a terceros*

Frente a terceros, la oponibilidad de la cesión se produce con la notificación o aceptación, según el caso. Esto significa que, a partir de ese momento, para todos los efectos, incluso para los acreedores y demás interesados, los derechos y obligaciones recíprocos ya no corresponden al cedente, porque se radican en el patrimonio del cesionario y las prestaciones recíprocas continúan, como venían, en el patrimonio del cedido.

6. ¿QUÉ SE TRANSMITE?

El contrato cedido se transfiere en el mismo estado que tenía en cabeza de los contratantes originales, por lo cual la cesión implica el traslado de todas las acciones, privilegios, garantías y beneficios legales pertenecientes a su naturaleza, mas no las que se funden en causas ajenas a él o en la calidad o estado de la persona de los contratantes⁵¹. Las acciones de nulidad, resolutorias, de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual y todas aquellas que tienen los contratantes para la tutela de sus derechos se transmiten al sustituto en virtud de la cesión⁵².

Así mismo, el cedido conserva intactas las excepciones que tenía frente al cedente, que se deriven del contrato y puede oponerlas al cesionario, como por ejemplo las de pago, prescripción y de contrato no cumplido. Pero podrá el cedido oponer también otras excepciones fundadas en relaciones distintas que tenga con el cedente (*e. g.* la compensación o la confusión), siempre que haga reserva expresa de ellas al momento de la notificación o aceptación de la cesión⁵³.

Así las cosas, sostuvo lo siguiente el fallo de un tribunal de arbitraje:

⁵⁰ Art. 893, *ibid.*

⁵¹ Art. 895, *ibid.*

⁵² Véase al respecto el laudo arbitral de Inversiones Petroleras S. A., Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 de septiembre de 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

⁵³ C. de Co., art. 896.

“[...] El cesionario tiene, respecto del contratante cedido, las mismas acciones que tenía el cedente; y el contratante cedido tiene, respecto del cesionario, las mismas excepciones que tendría contra el cedente.

”Si el cesionario ocupa en el contrato la posición que tenía en el mismo el cedente; si lo que hace es sustituirlo en sus derechos y obligaciones, lógico resulta que pueda ejercer las mismas acciones que habría podido ejercer su cedente.

”Por ello el artículo 895 del Código de Comercio, al regular el tema de la extensión de la cesión, textualmente expresa:

”«La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales, inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato [...]».

”Lo anterior implica que si al momento en que se realiza la cesión, por ejemplo, el contratante cedido se encuentra en mora de cumplir con sus obligaciones, el cesionario podrá ejercer frente a él la acción de ejecución o resolución del contrato con indemnización de perjuicios prevista en el artículo 1546 del Código Civil. Correlativamente implica también que, si el cedente se encontraba en mora de cumplir, el contratante cedido podrá oponer al cesionario la excepción de «contrato no cumplido» en la misma forma en que habría podido proponérsela al cedente si no hubiese existido cesión del contrato.

”Por esta razón el artículo 896 del mismo código, en concordancia con el 895 antes citado, dispone: «El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato [...]».

”El cesionario, en otros términos, asume el contrato en la situación en que lo deja el cedente; llega con los mismos derechos y obligaciones que aquél tenía desde el punto de vista sustancial; y en consecuencia, cuenta con las mismas acciones y excepciones que tenía su cedente.

”Pensar lo contrario, esto es, considerar que a partir de que ingresa el cesionario al contrato, debe hacerse una especie de «borrón y cuenta nueva», en forma tal que lo sucedido antes de la cesión ni beneficie ni perjudique al cesionario implicaría confundir la cesión del contrato, con la novación, que si comporta la extinción del vínculo obligacional anterior para dar nacimiento a uno nuevo”⁵⁴.

Cuestión diferente es que las partes de la cesión puedan regular convencionalmente diversas contingencias que pueden surgir en el negocio,

⁵⁴ Laudo arbitral de Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S. A. “Corabastos”, de 12 de diciembre de 2001 (Cámara de Comercio de Bogotá).

por ejemplo, si hay incumplimientos del cedente o del cedido anteriores a la cesión, bien puede pactarse que el cesionario atienda las respectivas acciones judiciales y se acuerden las indemnidades que correspondan.

7. LA CESIÓN PARCIAL

Al iniciar este capítulo se señaló, con apoyo en la más autorizada doctrina, que la cesión de contrato implica la transferencia integral de la posición de una de las partes en un contrato bilateral, de suerte que esta, como cedente, hacia el futuro se separa de la relación jurídica perdiendo su condición de acreedor y liberándose de las obligaciones correlativas.

Sin embargo, es del caso analizar la situación especial que autoriza el artículo 887 del Código de Comercio al prever que cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, “en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato”.

Aquí surgen varios interrogantes de no poca importancia. Por un lado, la doctrina señala que no es cesión de contrato la que se contrae a la simple transferencia de los derechos que la parte cedente deriva de un contrato, puesto que ello equivale a una cesión de créditos; por otro lado, tampoco se considera tal la cesión de la posición de quien ya ha recibido lo que le debían, pues solamente puede transferir su obligación⁵⁵.

Sobre la cesión parcial de la posición contractual prevista en el artículo 887 del estatuto mercantil, la jurisprudencia arbitral ha señalado:

“[...]La cesión de la deuda es parte de la cesión de un contrato.

”Por ello estima el tribunal que la cesión de obligaciones o asunción de la deuda puede hacerse cumpliendo los requisitos y formalidades de la cesión del contrato. Porque si esta es legal, *a fortiori*, con mayor razón, se pueden ceder las solas obligaciones, como también los créditos que surgen de un contrato.

”Por otra parte, sin duda alguna, puede asumirse una deuda, acogiendo a las disposiciones civiles sobre novación y estipulación para otro. La diferencia, en realidad, solo operaría en cuanto a la extinción de garantías o codeudores, lo que no interesa en el presente caso”⁵⁶.

Sin embargo, el aparte transcrito indica que cuando se ceden únicamente las obligaciones derivadas de un contrato, lo que existe es una transmisión

⁵⁵ ARRUBLA, *op. cit.*, pág. 273.

⁵⁶ Laudo arbitral Inversiones Petroleras S. A., Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A. de 21 de septiembre de 1994 (Cámara de Comercio de Bogotá).

singular de deuda o delegación perfecta con efecto liberatorio y no una verdadera cesión de contrato. Nuestro entendimiento de la cesión parcial no se corresponde con la cesión aislada de los créditos o de las obligaciones de uno de los contratantes a un tercero, sino es la transferencia de un bloque de algunos de los derechos y obligaciones originados en el contrato objeto de la cesión, por lo cual las partes originales del contrato se mantienen vinculados también a parte de los derechos y obligaciones del negocio.

Otro fallo arbitral reconoció la viabilidad de la cesión parcial al afirmar que “la cesión de un contrato implica el traspaso de todos los derechos, privilegios o prestaciones derivados de dicho contrato, *si no se ha hecho reserva expresa de algunos de ellos*”⁵⁷, indicando que la parte cedente puede perfectamente retener para sí algunas de las obligaciones o de los derechos derivados del contrato a la vez que el cesionario lo sustituye en otros.

Pero en el laudo que ha dedicado mayor atención a este problema y acertadamente a nuestro juicio, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones que, por su importancia, se transcriben a continuación:

“[...] Existirá cesión parcial del contrato cuando el cedente transfiera una parte de las «relaciones» derivadas del contrato y conserve para sí mismo parte de dichas «relaciones».

”Lo primero que debe señalarse respecto de esta figura de la cesión parcial, es que parte de la doctrina no admite la posibilidad de que exista «cesión parcial del contrato» [...].

”La cesión parcial del contrato, prevista en el artículo 887 del Código de Comercio cuando señala que ella puede hacerse «en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato», se presenta cuando al cesionario se le transfieren solo parte de los derechos y obligaciones del contrato, por lo cual este entra a ocupar, solo parcialmente, la posición contractual que tenía el cedente.[...]

”Se estará ante la cesión parcial de un contrato cuando, por ejemplo, un contratista encargado de implementar sistemas informáticos, con la anuencia de la entidad contratante, le cede a un tercero la parte del contrato relativa al suministro de los equipos y conserva para sí la parte relativa al suministro de los programas.

⁵⁷ Subrayado fuera del texto. Laudo Arbitral de Grupo de Ingenieros Antonio José Vera Nieto, Víctor Reyes Chejuén, José Rafael Amado Gutiérrez y Gerardo Ramos López vs. Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, Empresa Industrial y Comercial del Estado, de 31 de mayo de 1978 (Cámara de Comercio de Bogotá).

”En el ejemplo planteado, resulta claro que el cesionario no adquiere, en virtud de la cesión, la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato. No sustituye a quien ocupa la posición de contratista, en forma total sino que lo hace solo en parte de sus obligaciones y derechos. Y, correlativamente a lo anterior, quien ocupaba previamente la posición de contratista, continúa conservando derechos y obligaciones en el contrato. La sustitución no es total, sino parcial.

”Con base en ese criterio, que no es el del tribunal, tenemos que:

”• El cedente o quien ocupaba la condición de contratista en el contrato, conserva parte de los derechos de los cuales era titular en el contrato cedido y continúa con la condición de deudor de parte de dichas obligaciones.

”• El cesionario, en consecuencia, no sustituye totalmente al cedente en las obligaciones y derechos derivados del contrato: solo adquiere parte de dichos derechos y obligaciones.

”Ahora bien, tratándose de un contrato de tracto sucesivo, cuya ejecución prolonga en el tiempo, es obvio que, para el momento en que se produce la cesión, el cedente ya habrá cumplido obligaciones y habrá ejercido derechos derivados del contrato, que no podrán ser ni cumplidas nuevamente, ni ejercidas nuevamente por el cesionario. Y para dicho momento existirán también obligaciones pendientes de cumplimiento y derechos pendientes de ejercicio, que son los que asume el cesionario, pues este sustituye al cedente en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato [...]”.

Con base en lo expuesto, dedujo el Tribunal, que la asunción de un contrato de tracto sucesivo por el cesionario, después que el cedente ha ejecutado parte de él, no implica la cesión parcial del contrato.

Y continuó:

“El contrato se cede totalmente en este caso al cesionario; lo que ocurre, como quedó explicado, es que el citado cesionario lo asume en el estado en que el mismo se encuentra y a partir de allí, se convierte en el único titular de todos los derechos y en el único deudor de todas las obligaciones derivadas del mismo.

”La obligación de responder por el cumplimiento del contrato que puede continuar pesando sobre el cedente, si el contratante cedido no lo libera de su responsabilidad en el contrato, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio, convierten al citado cedente en un garante ante el contratante cedido del cumplimiento de las obligaciones del ce-

sionario, pero quien, a partir de la cesión adquiere la condición de parte en el contrato es el cesionario”⁵⁸.

En suma, estimamos que la cesión parcial que permite el artículo 887 del ordenamiento mercantil se refiere al evento en que un tercero entra a sustituir a una de las partes en alguna o algunas de las obligaciones del contrato junto con los derechos correlativos a ellas, adquiriendo así la calidad de cocontratante con el cedente parcial. La cesión parcial debe en todo caso interpretarse de manera que se mantenga la unidad funcional del contrato y no se trate de la transferencia aislada de los elementos activos o pasivos de la relación negocial.

A título ilustrativo, supongamos que, en un contrato celebrado entre A y B, el primero como proveedor se obliga a suministrar no solo equipos, sino servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de ellos, por un precio que B paga periódicamente. Es perfectamente posible que A decida por razones de tipo comercial ceder parcialmente el contrato a C para que

⁵⁸ Laudo arbitral de Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S. A. “Corabastos”, de 12 de diciembre de 2001 (Cámara de Comercio de Bogotá). En este fallo se expresaron otras importantes consideraciones sobre la cesión parcial que se transcriben parcialmente: “En algunos trabajos que se publicaron en Alemania entre 1921 y 1962 (Sibel en 1921; Stoll en 1936; Wolff en 1960; Larenz en 1962) y en la tesis doctoral del profesor MANUEL GARCÍA-AMIGO se dice que el carácter unitario de la relación contractual la hace indivisible, razón por la cual no puede cederse parte de esa relación contractual, integrada por lo que expresamente se enuncia en el contrato y por el complejo defecto jurídico obligacionales que en conjunto, unos y otros, definen la posición de cada parte dentro del contrato. Esta idea quedó bien expuesta por el profesor MANUEL GARCÍA-AMIGO en los siguientes términos:

”«Ahora bien, este complejo de efectos jurídicos obligacionales que integran el contenido de la relación contractual, y que, al subjetivarlos, constituyen la posición de contratante o *status* de parte en el contrato, no es una simple situación o colocación de unos al lado de los otros, una mera adición de cosas independientes, sino que se integran en una síntesis superior que los aúna y da sentido. Esta unidad de la relación contractual no se perjudica por la complejidad de su contenido, que puede disminuirse por su cumplimiento parcial o por la simple prescripción de los singulares créditos que se van extinguiendo [...].

”«Pero además esta relación contractual sigue existiendo idéntica a sí misma, aunque se alteren alguno o algunos de sus elementos estructurales, siempre que aquella no implique una novación; pudiendo modificarse perfectamente en su objeto o en los sujetos [...]. De ello se deduce que la relación contractual es unitaria en sí misma y como tal, vínculo jurídico de naturaleza obligacional [...]».

se encargue en adelante del mantenimiento, conservando A únicamente la provisión de bienes, cobrando A y C el 50 por ciento del precio cada uno. Con la notificación o aquiescencia de B, pueden continuar A y C como proveedores cada uno con la ejecución de sus respectivas obligaciones y el cobro del 50 por ciento del precio del suministro.

8. CESIÓN DE CONTRATO Y SUBCONTRATO

Continuando con el examen de la institución objeto de este capítulo, vale hacer la distinción entre la cesión de contrato y el “subcontrato”, fenómenos que en apariencia tienen características similares.

En el subcontrato, una persona vinculada a un contrato (que llamaremos *originario, padre o base*, utilizando la terminología de MESSINEO) decide contratar a otra (acuerdo derivado o subcontrato, tercero que se denomina *subcontratista*) para mediante ella satisfacer prestaciones del contrato originario, contraídas en beneficio del contratante principal. El subcontratista conserva su autonomía jurídica y técnica para la ejecución del objeto contratado; no tiene vínculos de subordinación o dependencia laboral con el contratista original, por lo cual debe cumplir con sus propios medios, y su propio personal por el objeto encargado y responde con su patrimonio ante aquel por la satisfacción de sus obligaciones subcontractuales.

En la subcontratación, “[e]l tercero asume la obligación del primigeniamente obligado, pero a consecuencia de un nuevo contrato que coexiste con el primero. En virtud de este nuevo contrato, el tercero, que ahora es parte de este nuevo contrato, puede asumir en su totalidad la obligación del primitivamente obligado o solo parte de ella; pero en cualquiera de estos casos el primigeniamente obligado continúa estándolo”⁵⁹.

Este fenómeno presenta dos acuerdos sucesivos, en los que el segundo (subcontrato) se subordina y se identifica en lo esencial del objeto con el primero (contrato originario). Por el principio de la relatividad de los contratos, el contratante original se vincula solamente con el contratista y, a su turno, este queda ligado al subcontratista. No hay relación jurídica directa entre el contratante primigenio y el subcontratista, por lo cual el cumplimiento del objeto del contrato base continúa a cargo del contratista originario.

⁵⁹ MARÍA DEL PILAR BAEZA CAMPOS, *La subcontratación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pág. 10 (en <http://books.google.com>).

El subcontrato es una convención lícita: es un sistema para organizar el trabajo, útil como mecanismo para satisfacer las obligaciones por especialidad. Los contratos complejos o de múltiples prestaciones (como la construcción de grandes obras de infraestructura) pueden dividirse o fragmentarse de manera que el trabajo se distribuya de un modo eficiente entre diversos empresarios que colaboran para el cumplimiento del objeto total. El contratista principal puede celebrar uno o más acuerdos que le permitan atender adecuadamente los frentes de trabajo y tendrá en su matriz de costos los valores que ha de pagar a sus subcontratistas. Frente al contratante, el objeto permanece indivisible, y su cumplimiento correcto, total y oportuno, es responsabilidad exclusiva del contratista principal.

En caso de incumplimiento del subcontratista que lleve a su vez a la inobservancia de las obligaciones que el contratista ha adquirido con el contratante, el contratista responde de los perjuicios derivados de tal incumplimiento y no puede excusarse alegando que ha intervenido el hecho de un tercero, por cuanto el subcontratista es una persona por la que el contratista principal debe responder contractualmente, con arreglo al artículo 1738 del Código Civil⁶⁰.

Sobre el subcontrato y sus diferencias con la cesión de posición contractual, se ha dicho:

“En la ley colombiana no existe una definición del subcontrato, pues solo algunas normas hacen referencia a algunas de sus formas. Así ocurre en materia de arrendamiento (C. C., arts. 2004, 2021, 2031; C. de Co., arts. 523 y 1679), fianza (C. C., arts. 2385, 2391, 2392, 2405 y 2408), fletamento (C. de Co., art. 1676) y en cierta medida en relación con el contrato de mandato (C. C., art. 2161).

”[...] Se puede señalar que el subcontrato es un negocio jurídico por el cual una de las partes en otro contrato —que puede denominarse el contrato principal— acuerda con un tercero que este último ejecutará la totalidad o parte del objeto del primer contrato.

”El subcontrato se caracteriza entonces, porque una de las partes en un contrato principal y sin dejar de serlo, celebra con un tercero un nuevo contrato cuyo objeto coincide, en su totalidad o en parte, con el del primero, para que a través del subcontrato se cumpla el contrato principal. El subcontrato implica una identidad total o parcial con el objeto del contrato principal [...].

⁶⁰ C. C., art. 1738 “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”.

”Las dos características anotadas permiten distinguir el subcontrato de otras figuras jurídicas.

”En efecto, la circunstancia de que se mantenga el contrato inicial entre quienes lo celebraron y que se celebre un nuevo contrato con un tercero, permite distinguir el subcontrato de la cesión de contrato en la cual el cesionario reemplaza al cedente en la relación contractual.

”[...] Esta diferencia obedece a que en el subcontrato el contratista desea ejecutar el contrato a través del subcontratista, en tanto que en la cesión, el cesionario simplemente desea retirarse del contrato [...] y que otra persona ejecute el contrato. El cesionario queda vinculado en los términos del contrato original, en tanto que el subcontratista se vincula en los términos del subcontrato”⁶¹.

En materia de subcontratación suele hablarse de “contratos espejo” puesto que el contrato derivado refleja el contenido del negocio principal al identificarse con su objeto total o parcialmente. Este contrato base es dado a conocer al subcontratista, pero no se trata de estipulaciones o

⁶¹ Laudo arbitral de Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., vs. Constructora Andrade Gutiérrez S. A., de 30 de mayo de 2002 (Cámara de Comercio de Bogotá). Véase también el Laudo arbitral Montecz Ltda. Dragados Internacional de Pipelines “Daip S. A.” y Construcciones Ingeniería y Equipos “Conequipos ING. Ltda.” vs. Empresa Colombiana de Petróleos “Ecopetrol” del 11 de noviembre de 2003. El *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pone de resalto los elementos del subcontrato: “Subcontrato: en un lineamiento generalizado, el nuevo contrato [...], derivado o dependiente del otro previo —llamado básico u originario— y con su mismo contenido en todo o en parte. Los dos contratos coexisten, ya que la subcontratación no extingue el contrato básico no afecta el vínculo que el mismo estableciera. Pero nace un nuevo vínculo contractual, distinto, aunque no sea autónomo. 1. Índole jurídica. El subcontrato configura un contrato derivado [...], por requerir uno preliminar, del cual el segundo es accesorio o más bien complementario; puesto que, sin prohibición al respecto de alguna cláusula *intuitu personae*, el contratante principal delega en otro parte de las tareas, a cambio de una comisión por ello, que no es accesible ventaja del que estipula directamente y encarga y paga, debido a cohesión de las actividades; como el suministro de materiales para una edificación, el de piezas menores para una fábrica de automóviles o el de estructuras más complejas en la construcción naval. 2. Valoración. Como ventajas económicas del subcontrato, aparece la división del trabajo, con la aceleración que significa tal simultaneidad de tareas y la calidad proveniente de la especialización. Alivia además de muchas cargas sociales, con el abaratamiento consiguiente, y coordina la gran empresa con las medianas y pequeñas; ya que los subcontratistas (v), a su vez, acaban traspasando algunas partes a talleres menores e incluso a ciertos artesanos”.

promesas en favor de tercero (contratante principal), cuya naturaleza y efectos son enteramente diferentes⁶².

La parte contratante puede prohibir o limitar a su contratista la posibilidad de subcontratar, exigiendo para ese efecto su aceptación previa por involucrar las prestaciones un elemento *intuitu personae*. Aun en los casos en que no se prohíba la vinculación de subcontratistas o que ella se realice con autorización del contratante, es el contratista originario quien responde por el cumplimiento pleno de las obligaciones del contrato base sin que haya solidaridad con los subcontratistas ni estos actúen como deudores subsidiarios o garantes.

El subcontrato “[...] 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 parte, el subcontrato responde más bien al propósito de la parte que lo celebra de ejecutar el contrato principal por medio del subcontratista [...]”⁶³.

9. LA CESIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El arrendamiento es un contrato que interesa para efectos de este capítulo por contar con reglas especiales para el caso de la cesión. Para ello es menester distinguir, en primer lugar, la cesión propiamente dicha del subarriendo. Mientras que la cesión es la sustitución de alguna de las partes en el contrato por un tercero, quien asume en adelante la posición contractual, hay subarriendo cuando se entrega⁶⁴ o se recibe⁶⁵ en arriendo una cosa, no del dueño, sino de quien es arrendatario de ella.

Hay tres regulaciones legales sobre el particular que muestran las prohibiciones y limitaciones que tiene el arrendatario —no el arrendador—, tanto para la cesión del contrato, como para el subarrendamiento del bien:

- El artículo 2004 del Código Civil contiene la regla del derecho común para el arrendamiento de cosas, prohibiendo al arrendatario ceder o subarrendar, a menos que el arrendador le haya concedido expresamente esa facultad. Pero en tal caso los términos del arriendo serán los mismos que los inicialmente pactados.

⁶² C. C., arts. 1506 y 1507.

⁶³ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 535.

⁶⁴ Subarrendador.

⁶⁵ Subarrendatario.

- El artículo 17 de la ley 820 de 2003, aplicable al arrendamiento de inmuebles para vivienda urbana, establece que el arrendatario no puede ceder el arriendo ni subarrendar el bien, salvo que el arrendador le haya dado autorización expresa.

- El artículo 523 del Código de Comercio es norma especial para los contratos de arrendamiento de locales que forman parte de un establecimiento de comercio. Al igual que en los eventos expuestos, el arrendatario no podrá, sin autorización del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta de la prevista en el contrato, autorización que podrá —a diferencia de lo dispuesto en los artículos 2004 del Código Civil y 17 de la ley 820 arriba reseñados— ser expresa o tácita. Para subarrendar hasta la mitad de los inmuebles, el arrendatario empresario podrá hacerlo sin necesidad de autorización, pero con la misma limitación mencionada, es decir, conservando el destino del local para evitar perjuicio a su propietario.

En cuanto a la cesión del contrato de arrendamiento de locales comerciales, el inciso 3° del artículo 523 del Código de Comercio dispone que ella “será válida cuando la autorice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio”⁶⁶. La cesión

⁶⁶ La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 523 del C. de Co. En el fallo C-598 de 1996 incluyó los siguientes razonamientos: “[...] el arrendador y el arrendatario están en situaciones diferentes, de conformidad con el mismo contrato de arrendamiento. El contrato hace surgir derechos diversos para el uno y el otro, así exista entre ellos, en principio, un equilibrio económico. Y si el arrendatario, y dueño a la vez del establecimiento de comercio, puede, al enajenar este, ceder el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del arrendador, este, a su vez, cuando es dueño, puede enajenar el inmueble, cediendo así el contrato sin la autorización del arrendatario. Lo que la ley permite al dueño del establecimiento de comercio que es a la vez arrendatario, y al arrendador que es dueño del inmueble, está determinado por la diferente situación de uno y otro de acuerdo con el contrato de arrendamiento. El dueño del establecimiento de comercio puede disponer de este; el dueño del inmueble también puede disponer de este. Pretender que exista una igualdad entre las partes en este caso, implica desconocer las consecuencias del contrato en lo que tiene que ver con la creación de derechos y obligaciones. Obsérvese, además, que el contrato de arrendamiento en sí no sufre menoscabo: quien adquiere el establecimiento de comercio deberá seguir cumpliendo las obligaciones del arrendatario; y, en principio, quien adquiere el inmueble, deberá respetar el contrato de arrendamiento. En cuanto al supuesto quebranto del artículo 58 de la Constitución, tampoco tiene razón el demandante, como se explicará. La cesión del contrato de arrendamiento en nada vulnera el derecho de propiedad del dueño del

del contrato en este último evento debe interpretarse en armonía con el numeral 5 del artículo 516 de la misma codificación, que entiende que forman parte del establecimiento “[l]os contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario [...]”.

10. CRÍTICA Y CONCLUSIONES

A manera de síntesis, y para terminar, planteamos las siguientes observaciones sobre el régimen vigente:

- La cesión de contrato, aunque fue una institución novedosa frente a los mecanismos clásicos de transmisión del derecho civil, va a cumplir ya cincuenta años de existencia en el Código de Comercio. La doctrina y la jurisprudencia colombianas han estudiado la figura, que se encuentra hoy suficientemente decantada.

- La autorización legal que confiere el artículo 887 del Código de Comercio a los contratantes en los negocios mercantiles para hacerse sustituir libremente a menos que exista prohibición o limitación especial—sean estas impuestas por la ley misma o por los contratantes—plantea una situación de trascendencia para el equilibrio que debe existir entre la deseada agilidad del tráfico y los derechos de los sujetos involucrados, sin que pueda soslayarse el interés de la contraparte contractual, ni caerse en el terreno del abuso del derecho o del abuso de la posición dominante.

Las partes pueden incluir limitaciones o prohibiciones para que se efectúen cesiones del contrato a terceros pero ellas deben ser razonables y legítimas⁶⁷. Así mismo, cuando convencionalmente se exija la autorización del cedido para que la sustitución pueda efectuarse, este no cuenta con poderes ilimitados y arbitrarios para negar injustificadamente la cesión pues estaría ejerciendo su prerrogativa por fuera de los límites

inmueble. Es, como se ha explicado, la consecuencia legal necesaria de la enajenación del establecimiento de comercio, en ejercicio del derecho de propiedad sobre este. Y si existen garantías del cumplimiento del contrato, y en particular de las obligaciones del arrendatario, ellas, en principio, no tienen por qué extinguirse por la cesión. Y por la misma razón, tampoco se quebranta la garantía de los derechos adquiridos consagrada por el artículo 58 de la Constitución: la cesión del contrato en nada cambia los derechos que de él nacen, ni las obligaciones”. (Sala Plena, 6 de noviembre de 1996, exp. D-274. M. P. Jorge Arango Mejía).

⁶⁷ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 535.

de su facultad contractual, dando origen a un abuso del derecho con indemnización de los perjuicios que ocasione.

- Bajo el sistema vigente de dualidad del derecho privado con códigos separados, ante el silencio del Código Civil en esta materia, no podría aplicarse a los contratos civiles el régimen de la cesión de contrato previsto en el estatuto especial que la permite sin aceptación del contratante cedido, puesto que la ley sí distingue al prescribir que son cesibles “los contratos mercantiles”. Esta disposición, al parecer, tiene su razón de ser en que, tratándose de negocios celebrados entre empresarios, ellos tienen el conocimiento suficiente y la trayectoria para precaver los riesgos de una posible cesión, para incluir convenientemente cláusulas de prohibición o limitación que les eviten ser adversamente afectados por un cambio sorpresivo de contraparte. De no tener tales reparos, los comerciantes verán con buenos ojos la agilidad en el mecanismo, tal como está previsto en la legislación comercial colombiana.

- A pesar de lo señalado en el numeral anterior, la realidad es que los contratos comerciales no solo se concluyen entre profesionales, sino que también se rigen por el derecho comercial muchos negocios concluidos entre comerciantes y no comerciantes que se someten al derecho mercantil, sea por aplicación del criterio de enumeración legal (C. de Co., art. 20) o por el criterio mixto (art. 22 *ibid.*)⁶⁸. Muchos de esos contratos son celebrados con carácter masivo por empresarios con los consumidores, donde las condiciones generales suelen imponer la prohibición para que estos cedan el contrato, pero nada se dice respecto de los primeros, dejándose la vía libre para que transfieran los contratos libremente a otras personas sin necesidad de aceptación del cliente. En esos casos, el único requisito pendiente para la oponibilidad es la notificación al contratante cedido, quien generalmente nada puede hacer al respecto mostrándose un claro desequilibrio en la relación contractual.

- No obstante, a falta de regulación civil del fenómeno, es procedente la aplicación analógica del régimen de cesión integral de contrato a los contratos civiles para evitar la dispendiosa negociación de la cesión de los créditos derivados del acuerdo, por un lado, y la asunción de sus deu-

⁶⁸ El art. 22 del C. de Co. prevé el criterio de la mercantilidad mixta o unilateral. Aunque el acto sea de consumo para el adquirente de un bien o un servicio ofrecido por un empresario comercial, se aplica el régimen del Código de Comercio, incluso la cesión de contrato en los términos de los artículos 887 a 896 del Código de Comercio. El artículo 22 reza: “Si el acto fuere mercantil para una de las partes, se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

das, por otro. De esta manera, las relaciones civiles se verían beneficiadas con la posibilidad de realizar la sustitución integral o parcial de derechos y obligaciones comprendidas en una relación contractual.

- El artículo 889 del Código mercantil suscita preocupaciones. En los contratos de suministro, que son claramente elegibles para la cesión, no requiere ni siquiera notificación al contratante cedido. Esta disposición da lugar a cesiones intempestivas y sorpresivas que puede afectar a los consumidores en las relaciones de consumo.

En la siguiente sección formulamos algunas propuestas para actualizar y mejorar el régimen de la cesión de posición contractual.

11. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

En primer lugar, como ya hemos mencionado en otros capítulos de esta obra, vemos conveniente unificar el régimen de las obligaciones y contratos en un estatuto que sea aplicable a todas las relaciones patrimoniales de derecho privado, salvo aquellas que tengan regímenes especiales, como lo son el derecho de familia y la sucesión *mortis causa*. De esa forma, la cesión de contrato no sería una especialidad de los negocios comerciales, sino que regiría para todos los contratos que se concluyan entre particulares.

Es muy recomendable establecer el requisito de la aceptación del contratante cedido para que la cesión sea válida por incorporar no solo créditos sino también obligaciones como lo pregonan la inmensa mayoría de los sistemas nacionales, por ejemplo el francés⁶⁹, el argentino⁷⁰ y el peruano, lo mismo que los principales instrumentos de *soft law* que se encuentran disponibles para consulta. El Marco Común de Referencia⁷¹

⁶⁹ Art. 1216 Código Civil francés

⁷⁰ Artículo 1636. *Transmisión*. En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad es previa a la cesión, esta solo tiene efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido.

⁷¹ Section 3: Transfer of contractual position

III.-5:301: Transfer of contractual position

(1) A party to a contractual relationship may agree with a third person that that person is to be substituted as a party to the relationship. In such a case the substitution takes effect only where, as a result of the other party's assent, the first party is discharged.

exige el consentimiento del contratante cedido, al igual que los Principios Unidroit⁷². Esta autorización puede ser previa, simultánea o posterior al acuerdo de cesión. Este requisito no constituye un retroceso en la deseada agilidad de los negocios, puesto que protege a ambas partes del contrato original en caso de que uno de los contratantes opte por ceder a un tercero su posición en el acuerdo.

Como ya se mencionó, en una propuesta de unificación de las obligaciones y los contratos en Colombia, la cesión del contrato es una de las figuras que puede servir a todo tipo de negocios en el derecho privado, pero al ser aplicable tanto a los empresarios como a los consumidores, lo más adecuado es la exigencia del consentimiento de la contraparte para que sea válida la cesión, sin que el cedido pueda negar su autorización de manera arbitraria. Si este tiene objeciones legítimas para negar la cesión, la solución puede ser otorgarle el derecho de terminar el contrato con justa causa. Esta situación será óptima si el mercado ofrece opciones suficientes a los consumidores para que puedan acceder al mismo bien o servicio en condiciones de competencia y no de monopolio.

Para agilizar la circulación de los contratos de consumo que se celebren masivamente para el suministro de bienes y servicios la ley podría permitir que la oponibilidad de la cesión al consumidor cedido se produzca con la notificación, eliminando la cesión “automática” prevista en el actual artículo 889 del Código de Comercio.

Planteamos a continuación a título ilustrativo algunas disposiciones que consideramos necesarias en una futura codificación. Por un lado, una definición clara de la cesión de contrato, con un texto como el que se propone a continuación:

“Cesión de posición contractual es la transferencia del cedente a un cesionario, de los derechos y obligaciones que surgen de un contrato. La cesión puede ser total o parcial, pero no constituye cesión de posición

⁷² Section 3: Assignment of Contracts

Article 9.3.1

(Definitions)

“Assignment of a contract” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”) of the assignor’s rights and obligations arising out of a contract with another person (the “other party”).

Article 9.3.3

(Requirement of consent of the other party)

The assignment of a contract requires the consent of the other party.

contractual la transferencia exclusivamente de los derechos o exclusivamente de las obligaciones derivados de un contrato. En estos eventos deberán aplicarse las reglas de la cesión de créditos y de la cesión de deudas, respectivamente”.

En otra norma debería sentarse la aceptación del cedido como regla general en la cesión de contrato:

“En los contratos con prestaciones pendientes, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas del contrato. La cesión producirá efectos entre cedente y cesionario en virtud del acuerdo de cesión y, con respecto del contratante cedido y los terceros, desde la aceptación de aquel. El consentimiento del cedido puede ser previo, simultáneo o posterior al negocio de cesión. Si el contratante cedido ha expresado su consentimiento de manera anticipada, la oponibilidad frente a terceros se producirá en el momento en que se le da aviso de la cesión, a través de medio idóneo”.

“En los contratos de consumo que se celebren en forma masiva para el suministro de bienes y servicios, la cesión entre empresarios será oponible al consumidor a partir de la notificación a este, la cual se surtirá por medios idóneos”.

En fin, la nueva normativa debería abordar lo relativo a las formalidades de la cesión, punto en el que se recomienda que toda cesión de contrato conste por escrito, en documento electrónico o generado tecnológicamente. Así mismo, debe mantenerse la responsabilidad del cedente por la existencia y validez de contrato cedido; consagrar, como hoy se establece, que el cedente recibe el contrato en el estado en que se encuentra con todos sus accesorios; disponer la posibilidad de celebrar pactos de no liberación del cedente y disposiciones sobre las excepciones que el contratante cedido puede proponer al cesionario, siguiendo ahí si las directrices de los artículos 895 y 896 del actual Código de Comercio.

12. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ: *Las obligaciones*, t. II, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ALTERINI, Atilio Aníbal: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

ANDREOLI, MARCELO: *La cesión del contrato*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

- ARRUBLA PAUCAR, JAIME: *Contratos mercantiles*, t. 1, 12ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2008.
- AYNÈS, LAURENT: *La cession de contrat et les opérations juridiques a trois personnes*, Collection Droit Civil, Paris, Economica, 1984.
- BAEZA CAMPOS, MARÍA DEL PILAR: *La subcontratación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981. (En <http://books.google.com>).
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO: *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, 5ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, 2005.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ LUIS: *Derecho mercantil de obligaciones*, Parte general, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR: *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- LARROUMET, CHRISTIAN: *Teoría general del contrato*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1993.
- MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO: “La cesión de contrato”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2007.
- RÍOS LABBÉ, SEBASTIÁN: “Las cesiones legales de contrato. Una contribución al régimen de la cesión convencional de contrato”, en Mantilla E., Fabricio y Pizarro W., Carlos (coords.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Santiago, Universidad del Rosario, 2008.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

Sala Plena, sent. C-598 de 1996, exp. D-1274, M. P. Jorge Arango Mejía.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1942, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, “G. J.”, t. LIV.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 marzo 1949, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. LXV.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1960, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, “G. J.”, t. XCIII.

Sala de Casación Civil, sent. de 12 marzo 1964, M. P. Luis Carlos Zambrano, “G. J.”, t. CVI.

Sala de Casación Civil, auto 160 de 28 junio 1995, M. P. Héctor Marín Naranjo, exp. 4571. RE

Sala de Casación Civil, sent. S-063 de 4 abril 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5628.

Sala de Casación Civil, sent. de 15 mayo 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5737.

Sala de Casación Civil, sent. de 12 febrero 2008, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 08001 31 03 005 2000 00205 01

Sala de Casación Civil, sent. de 19 octubre 2011, M. P. William Namén Vargas, ref: 11001-3103-032-2001-00847-01

Sala de Casación Civil, sent. de 24 julio 2015, M. P. Luis Armando Tolosa, exp. 2004-00469-01 (sent. SC9680-2015).

c) Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 7 febrero 2002, exp. 21845, C. P. Alier E. Hernández Enríquez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sent. de 25 abril 2012, rad. 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817).

Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 17 mayo 2001, C. P. César Hoyos Salazar, exp. 1346.

d) Laudos arbitrales

— Cámara de Comercio de Bogotá

Grupo de Ingenieros Antonio José Vera Nieto, Víctor Reyes Chejuén, José Rafael Amado Gutiérrez y Gerardo Ramos López vs. Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, Empresa Industrial y Comercial del Estado, de 31 de mayo de 1978.

Inversiones Petroleras S. A. Inverpetrol vs. Repsol Exploración S. A., de 21 de septiembre de 1994.

Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S. A. “Corabastos”, de 12 de diciembre de 2001.

Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda. vs. Constructora Andrade Gutiérrez S. A., de 30 de mayo de 2002.

Montecz Ltda. Dragados Internacional de Pipelines “Daip S. A.” y Construcciones Ingeniería y Equipos Conequipos ING. Ltda. vs. Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, de 11 de noviembre de 2003.

— Cámara de Comercio de Medellín.

Laudo arbitral de Information Trade Management Consulting de Colombia Ltda. vs. Interservicios Cooperativa Multiactiva, de 29 de abril de 2016. <https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/arbitraje-y-conciliacion/Documentos/laudos-arbitrales/2015-A-018-29-de-abril-de-2016.pdf>

CAPÍTULO VII

CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. NOCIÓN

Como una forma *sui generis* de transmisión, nuestro estatuto civil consagra la cesión de derechos litigiosos por la cual una persona (cedente) traspasa a un tercero (cesionario) un derecho patrimonial subjetivo que carece de certeza, siendo aún dudoso por hallarse en disputa.

El artículo 1969 del Código Civil —cuyo texto es idéntico al art. 1911 del Código Civil chileno— señala sobre este particular:

“Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis del que no se hace responsable el cedente.

”Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda”.

En el capítulo sobre la cesión de créditos se explicó el mecanismo legal para la transmisión entre vivos de derechos personales ciertos a título singular. Pero también es posible ceder derechos que una persona alega tener aunque otra los cuestione, ya sea judicial o extrajudicialmente. En el primer caso, la cesión se sujetará a las reglas especiales de los artículos 1969 al 1972 del Código Civil y en el segundo —cesión extrajudicial de derechos en disputa— se produce una situación atípica, en la cual la autonomía de la voluntad determinará su régimen, y las obligaciones, derechos y responsabilidades de las partes, pues nuestro ordenamiento no prevé reglas particulares en ese supuesto.

De acuerdo con el inciso 2° del artículo 1969 del Código Civil, el objeto de la cesión es el evento incierto de la litis, de manera que la ley entiende por “litigioso”, para aplicar las reglas especiales que pasan a estudiarse, el derecho que se reclama judicialmente en un proceso, del cual ya tiene noticia formal el demandado y, por supuesto, la cesión puede ser total o parcial. Este derecho, aunque incierto, tiene significación

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.546>.

patrimonial, de suerte que es enajenable e incluso embargable¹. Para que sea litigioso un derecho no basta la demanda, pues se requiere que esta haya sido notificada judicialmente. La venta de un pleito futuro no se encuentra regulada por los artículos 1969 al 1972 del Código Civil; es cierto que pueden surgir relaciones entre el cedente y el cesionario, pero no es un derecho litigioso en el sentido legal del término².

La consecuencia de considerar litigioso un derecho en los términos señalados en el Código Civil es, en esencia, la posibilidad que surge para el demandado cedido de ejercitar la facultad de retracto prevista en el artículo 1971 del ordenamiento civil, a la cual nos referiremos en detalle más adelante.

La jurisprudencia entendió los derechos litigiosos en sentido amplio, pero limitó la aplicación del régimen legal y en particular el derecho de retracto a los casos en los que se ha notificado la demanda en un proceso en el que aquellos se reclaman, de acuerdo con el extracto siguiente:

“[...] para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aun sin que sobre él se haya promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva; y, por consiguiente, el titular de ese derecho puede cederlo por venta o permutación a otra persona, entendiéndose como tal operación el traspaso del evento incierto de la litis, conforme a las propias expresiones, del Código. Una cesión en tales condiciones obliga plenamente [...] a las personas que en ella intervienen, o sea, al cedente y al cesionario. Otra cosa es que la disposición en cita haya previsto en su último inciso lo que debe entenderse por derecho litigioso «para los efectos de los artículos siguientes», los cuales se refieren al título de la adquisición del derecho, a la personería del demandante en el juicio y a la regulación de la facultad de retracto que corresponde al deudor cedido. De donde se desprende que, si para los fines mencionados en el derecho se tiene por litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda, es lógico que para objetos distintos —que son todos los demás no expresados en la ley— no cabe

¹ C. G. del P., art. 593, num. 5: “Para efectuar embargos se procederá así: [...] 5. El de derechos o créditos que la persona contra quien se decreta el embargo persiga o tenga en otro proceso se comunicará al juez que conozca de él para los fines consiguientes, y se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo de la comunicación en el respectivo despacho judicial”.

² JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del profesional, 2000, pág. 334.

ni se aplica la misma limitación y debe darse a la expresión —derecho litigioso— su sentido obvio y natural. Pero así como [...] puede concebirse el derecho con carácter de litigioso aun antes de que se haya trabado la querella jurisdiccional y la cesión que se haga vincular jurídicamente a las partes, no pasa lo mismo con respecto a la persona del deudor cedido. En relación con este, el pacto de cesión no produce efectos sino después que se haya notificado la demanda judicial, pues desde ese momento nace para él la facultad de ampararse con el retracto litigioso que reglamentan los arts. 1971 y 1972 del C. C.”³.

Por ello, debe distinguirse entre la cesión de un derecho litigioso y la cesión de un derecho disputado, que se encuentra sujeto al alea de un eventual litigio, así como también es indispensable diferenciar la cesión de un derecho litigioso de la venta de una “cosa litigiosa”⁴. Esta es el objeto mismo de la litis, el bien disputado que se encuentra en poder del demandado⁵.

En cuanto a diferencias concretas, en la cesión de derechos litigiosos no hay obligación de garantía pues el cedente no responde por el resultado

³ C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 29 septiembre 1947, M. P. Ramón Miranda, “G. J.”, t. LXIII, pág. 468.

⁴ JUAN PABLO CÁRDENAS, *Contratos. Notas de clase*, Bogotá, Legis, 2021, pág. 506.

⁵ En vigencia del num. 4 del art. 1521 del Código Civil la Sala de Casación Civil se pronunció al respecto: “El contrato de cesión de derechos litigiosos es esencialmente distinto del de venta de cosas litigiosas. El objeto del primero «es el evento incierto de la litis» (C. C., art. 1969), o sea el derecho sometido a controversia judicial; el del segundo es la cosa corporal misma cuya propiedad se litiga (art. 1521, ord. 4º), el primero es lícito y eficaz y el segundo ilícito y absolutamente nulo, salvo el caso de que la enajenación haya sido precedida de permiso del juez que conoce del litigio. El primero es aleatorio, porque el cedente no se hace responsable del evento incierto de la litis y el segundo es conmutativo y el vendedor responde la evicción, salvo el caso de estipulación en contrario” (sent. de 1º julio 1948, M. P. Pedro Castillo Pineda, “G. J.”, t. LXIV, pág. 477). El art. 1521, num. 4 fue derogado por el art. 698 del C. de P. C. Por otra parte, es posible que el demandado ceda la cosa litigiosa con el consentimiento del demandante. La Corte expresó sobre este punto que “si el demandado o demandados ceden sus derechos sobre la cosa litigiosa a otra persona, y a solicitud de esta el juez, con aquiescencia del demandante, la admite para continuar representando en el juicio a la parte demandada, el cesionario tiene derecho para que se hagan en su favor o en su contra las declaraciones que se pidieron en la demanda y no a favor o en contra del cedente o primitivo demandado. En virtud de tal cesión el cedente dejó de ser parte en el juicio, y pierde el interés que tenía y se desprende de sus derechos a favor del cesionario”. Sala de Casación, sent. de 23 junio 1924, M. P. José M. Arango, “G. J.”, t. xxxi, pág. 5.

del proceso; en cambio, si se vende cosa litigiosa —materia del juicio— el enajenante responde por la evicción que sufrirá si el demandado pierde el pleito⁶.

La Sala Civil de la Corte ha señalado que “la cesión del derecho litigioso debe considerarse dentro de la órbita procesal señalada, como el acto por medio del cual una de las partes del proceso cede en favor de otra persona, total o parcialmente, la posición de sujeto de la relación jurídica procesal, y con ella la posibilidad de ejercer las facultades y derechos que de allí se derivan con miras a conseguir una decisión final favorable, que en manera alguna garantiza la cesión”⁷.

La cesión de derechos litigiosos regulada por la ley trata, pues, de un negocio dispositivo mediante el cual quien pretende en juicio un derecho real o personal como demandante transfiere tanto su posición sustantiva como procesal a un tercero⁸. La doctrina, de manera uniforme, ha interpretado que el sistema de cesión previsto por los artículos 1969 y siguientes del Código Civil se refiere únicamente a la enajenación que puede efectuar el demandante y no a la posibilidad del demandado de ceder su estatus en el juicio, puesto que él no es el pretendido titular del derecho que se controvierte. Además, como la facultad de retracto está consagrada en favor del demandado, se entiende que la cesión ha sido realizada por su contraparte⁹.

Aunque los artículos 1971 y 1972 del Código Civil se refieren a “el deudor”, categoría jurídica que se predica del sujeto pasivo en el vínculo obligatorio, la doctrina señala que la expresión es errónea porque en

⁶ ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, pág. 893.

⁷ Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, exp. 5647, M. P. José Fernando Ramírez Gómez. Recuperado de: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/cs/j/index.xhtml>

⁸ “[...] la cesión de derechos litigiosos es un contrato que tiene por objeto directo el resultado de una litis (C. C. col., art. 1969). Se trata de la transferencia de un derecho incierto, porque, una de las partes procesales, demandante o demandado, dispone a favor de un tercero del asunto en disputa, luego de entablada la relación procesal. Así entendida, la cesión de derechos litigiosos es una negociación lícita, en la cual el cedente transfiere un derecho aleatorio y el adquirente se hace a las resultas del juicio, pudiendo exigir este a aquel tan solo responsabilidad por la existencia misma del litigio”. Sent. C-1045 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Véase CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, 3ª ed, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 171.

verdad se está aludiendo al demandado, pues nada impide la cesión de un derecho real que se discute judicialmente¹⁰.

Cuando se trata de derechos personales en litigio, se ha debatido si son susceptibles de cesión, con arreglo a las normas aludidas, solo aquellos que se pretenden en procesos de conocimiento o si es procedente este negocio respecto de derechos que se cobran en procesos ejecutivos. Para un sector de la doctrina, es preciso que este tipo de cesión se efectúe en procesos cognoscitivos porque frente al derecho disputado el actor busca justamente una declaración de certeza, mientras que en el ejecutivo la obligación es clara, expresa y exigible. Además, el artículo 1972 del Código Civil, al establecer el plazo para ejercer el derecho de retracto que examinaremos, señala que corre a partir de “la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia”, lo cual, según la postura que se comenta, solo ocurre en los procesos declarativos y de condena¹¹.

Según otro sector, nada impide que la cesión recaiga sobre derechos litigiosos que se encuentren inmersos en los dos tipos de procesos, “[...] sea que se haya demandado la ejecución del crédito *in natura* o en su subrogado pecuniario, sea que se pretenda su definición jurisdiccional, sea en fin que se debata sobre su titularidad”¹².

¹⁰ Véase GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 171, que señala que al hablar de derechos litigiosos, el Código no distingue derechos reales de personales, pudiendo aplicarse no solo a los que creyéndose acreedores demandan el reconocimiento de un crédito, sino a quien defiende en reivindicación la propiedad sobre una cosa o a quien instaura una acción de petición de herencia. Señala, sin embargo, que esta posibilidad de cesión no se aplica a los derechos reales personalísimos (uso y habitación), que no pueden cederse a ningún título. Tampoco a los derechos reales accesorios, que son inseparables de una obligación principal, ni a las servidumbres, que van unidas al predio dominante o sirviente, según sea el caso. En el mismo sentido BONIVENTO FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pág. 333) y RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 892.

¹¹ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 173.

¹² FERNANDO HINESTROSA FORERO, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 461. Esta tesis también ha sido sostenida por Ramiro Bejarano en su escrito “Cesión de derechos litigiosos en proceso ejecutivo”, publicado en la obra *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio: homenaje al doctor Hernando Morales Molina*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2008. Este autor cita providencias judiciales de los Tribunales Superiores de Bogotá y Medellín las cuales sostienen que el régimen legal de la cesión de derechos litigiosos sólo es aplicable a los que se reclaman en los procesos declarativos puesto que en los ejecutivos se reclama la satisfacción de derechos ciertos.

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en un auto de 13 de mayo de 1918, además de distinguir la cesión de créditos propiamente dicha de la cesión de derechos litigiosos, dio a entender que esta última procede sin dificultad en los procesos de ejecución:

“Existe notable diferencia entre la cesión de un crédito y la cesión de un derecho litigioso [...] Desde el instante en que un acreedor ejercita ejecutivamente su derecho corre todos los eventos que las leyes de procedimiento prevén para los litigantes temerarios, desconcertados o morosos, como son, entre otros, la caducidad de la instancia, si hay embargo de bienes y el reconocimiento de excepciones perentorias; de ahí lo aleatorio del contrato. [...] Como para todos los efectos legales se entiende que hay juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de ejecución hasta que se hace el pago al acreedor, o se notifique la sentencia definitiva que mande cesar la ejecución, por lógica gramatical y jurídica debe concluirse que un crédito en tela de juicio ejecutivo es un derecho litigioso. Insiste la Corte en sostener que, en tratándose de cesión de un derecho litigioso, no hay necesidad de la notificación específica de que trata el artículo 1960 del C. C. ya que el auto que reconoce la cesión debe notificarse al ejecutado, ya porque este está ineludiblemente sometido a las decisiones que finalizan el juicio ejecutivo”¹³.

En nuestra opinión, la cesión de derechos litigiosos cabe tanto en procesos de conocimiento como en los ejecutivos pues en estos la existencia de un título ejecutivo no resta incertidumbre a la litis; no obstante la exigencia procesal de acompañar el documento en el que conste la obligación de manera clara, expresa y exigible, pueden prosperar las excepciones del ejecutado, puede no lograrse la práctica del embargo y el secuestro, pueden perder eficacia las que se hayan practicado y, en fin, pueden presentarse circunstancias que impidan la satisfacción efectiva del crédito. Por ello, no hay razón para que el ejecutante no pueda ceder su derecho en litigio a un tercero, como puede hacerlo el demandante en los procesos declarativos. La ambigua redacción del artículo 1972 del Código Civil, sobre el ejercicio del retracto litigioso, puede interpretarse de manera amplia, así que en los procesos instaurados para la ejecución forzosa, el plazo correspondiente se compute desde la notificación de la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución¹⁴.

¹³ “G. J.”, t. xxvi, pág. 312.

¹⁴ C. G. P., art. 443, num. 4.

2. REQUISITOS

Para el perfeccionamiento de esta operación, la ley no establece requisitos o solemnidades especiales. Al igual que en otros tipos de transmisión ya analizados, es necesario hacer la separación conceptual entre el contrato fuente y la cesión en sí misma que es la transferencia, es decir, la tradición del derecho, que se cumple como consecuencia de aquel.

La cesión supone una causa que es necesariamente un contrato traslativo, el cual puede ser gratuito u oneroso —v. gr., compraventa y permuta enunciadas en el art. 1970 del C. C., pero puede tratarse de otro negocio típico o atípico—. Por no haber exigencia expresa de formalidades, la cesión es un negocio consensual, aunque el derecho litigioso verse sobre bienes inmuebles. Sobre su oponibilidad, se ha señalado que “[n]o hay entrega de título ni se exige notificación al o la aceptación por parte del deudor, pues basta que el cesionario se apersona del juicio acompañando el título de la cesión efectuada”¹⁵. Sin embargo, con otra perspectiva se afirma que esta cesión se hace efectiva por la entrega del título que contenga la cesión, el cual consiste en un documento privado aun cuando la controversia trate sobre inmuebles¹⁶, posición razonable porque habrá que acreditar en el proceso la calidad de cesionario y para ello se requiere un título (documento) que contenga la cesión.

En cuanto a la notificación a la contraparte cedida, necesariamente debe ser judicial, al producirse la sustitución del demandante por el tercero cesionario que ocupa su lugar en el juicio, como veremos en los aspectos procesales de la cesión. Por la operación de que se trata, no se requiere, en cambio, notificación directa del cesionario al demandado para la oponibilidad de la cesión, como sí se exige en la que versa sobre derechos personales ciertos. Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia:

“[...] no son propiamente aplicables a la cesión de un derecho litigioso, para que aquella se perfeccione, las reglas relativas a la notificación al deudor de la cesión de los créditos, no solo porque no lo dice la ley, sino porque constituyendo el derecho litigioso el evento incierto de la litis, no se sabe si hay deudor mientras no termine el juicio. Es verdad que el art. 1971 del C. C. habla de que se haya notificado la cesión al deudor,

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de marzo de 2001, Exp. 5647, M. P. José Fernando Ramírez Gómez. Véase también ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, pág. 896.

¹⁶ BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 333.

pero ello se refiere a los casos en que ya se sabe que existe un deudor, y tiene por objeto fijar la fecha desde la cual se deben intereses. Lo que sí es necesario, para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el juez que conoce del asunto, tengan conocimiento de ellas, es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquellos el derecho litigioso no sale del poder del cedente y, por lo mismo, puede ser embargado válidamente por los acreedores del propio cedente, o puede el deudor pagarle al cedente el resultado del juicio”¹⁷.

En sentencia posterior, la Corte reiteró la tesis y señaló que como la ley no reglamentó —según hizo para los créditos personales— el mecanismo de la cesión de los derechos litigiosos, este vacío lo ha llenado la jurisprudencia, señalando las formalidades que deben cumplirse para que la cesión de estos derechos produzca las debidas consecuencias para el cesionario¹⁸. Para ello es necesario solicitar al juez el reconocimiento del cesionario y la notificación judicial, al demandado, sobre el cambio de actor.

Sobre la notificación al litigante cedido, y en armonía con los fallos citados, sostuvo más recientemente el alto tribunal:

“[...] observa la Corte que los derechos objeto de la comentada cesión, sin importar la específica denominación de «cesión de acciones judiciales» empleadas por las partes, tienen el carácter de litigiosos, de donde se sigue que la transferencia que de ellos se hizo en favor de la parte demandante no requiere de la notificación previa y menos de la aceptación del deudor, sujeto pasivo o supuesto contradictor de la demanda que para su definición se llegue a promover; es en el escenario del proceso respectivo en el que se ha de surtir la notificación que habilita al deudor cedido para ejercer a plenitud el derecho de defensa, como aquí sucedió; una comunicación distinta a esa y previa al ejercicio de la acción derivada del derecho material, ni se exige legalmente, ni representa utilidad práctica ninguna”¹⁹.

¹⁷ Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 1941, M. P. Isafías Cepeda, “G. J.”, t. LI, pág. 489.

¹⁸ Sala de Negocios Generales, sent. de 29 septiembre 1947, M. P. Ramón Miranda, “G. J.”, t. LXIII, pág. 468.

¹⁹ Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2003, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 7467.

Tras la comunicación formal del cedente o del cesionario al juez sobre la transferencia del derecho en litigio, el funcionario se manifestará otorgando reconocimiento al segundo como parte, si considera que la cesión cumple con los requisitos de ley. Toda la actuación se agregará al expediente para ponerse en conocimiento del demandado, con lo cual este quedará enterado de la cesión y de la identidad de su nueva contraparte, que entonces pasa a ser sujeto de la relación procesal hasta la terminación del pleito²⁰. Más adelante nos referiremos a la “sucesión procesal” (C. G. P., art. 68), figura que es imperioso examinar para una correcta y completa comprensión de la cesión de derechos litigiosos.

Hay un límite temporal dentro del cual el demandante puede realizar este tipo de cesiones. Es el lapso comprendido entre la notificación al demandado del auto admisorio (o el mandamiento de pago), hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso (o que ordene seguir adelante con la ejecución, según el caso), pues hasta entonces existe la contingencia²¹.

Es importante precisar, como lo explica el profesor JUAN PABLO CÁRDENAS, que “cuando se realiza la cesión del derecho litigioso desde el punto de vista sustancial, el derecho corresponde al cesionario; sin embargo, ello no se traduce necesariamente en que el cesionario deba hacerse presente en el proceso”²². La Sala Civil de la Corte ha señalado que “desde que un derecho litigioso es susceptible de traspasarse en todo o en parte, el cesionario, en guarda de sus intereses, puede hacerse presente en el respectivo juicio, para que su derecho sea reconocido”²³.

De conformidad con el artículo 1970 del Código Civil, es indiferente que sea el cedente o el cesionario el que persigue el derecho, norma que debe entenderse en el sentido de que el proceso judicial puede continuar con el cedente o puede vincularse el cesionario en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso. No obstante, en el primer caso, el derecho será embargable por los acreedores del cedente.

3. EFECTOS

El efecto principal de la cesión de un derecho en litigio es que a partir de ella, el cesionario sustituye en su derecho, al demandante original. El

²⁰ Véanse los arts. 107 y 108 del C. de P. C. sobre presentación de memoriales y su traslado.

²¹ Al respecto, véase ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, pág. 895.

²² CÁRDENAS, *op. cit.*, págs. 511-512.

²³ Sent. de 4 diciembre 1952, “G. J.”, t. LXXIII, núms. 2121-2122, pág. 742.

nuevo titular puede asumir, como parte, las actuaciones, cargas y responsabilidades del proceso.

Como se deriva de un acto jurídico aleatorio, si la cesión se ha celebrado a título oneroso, el equivalente consiste en una contingencia de ganancia o pérdida²⁴. No hay equilibrio ni proporción entre las prestaciones de cedente y cesionario. Así, puede en juicio obtenerse una resolución favorable, con una condena económica desproporcionadamente más alta o más reducida que el valor pagado por la cesión, sin que las partes puedan invocar la lesión enorme como causal de rescisión del negocio. En las transferencias gratuitas, el cesionario puede así mismo obtener un resultado muy favorable o desfavorable que le afecta solo a él, porque el cedente se desprendió del derecho pretendido; este nada debe y nada puede reclamar. Por la naturaleza de los debates judiciales, al momento del traspaso hay total incertidumbre sobre el resultado futuro de la litis, por lo cual el cedente no responde del mismo, lo que constituye un elemento de la esencia de la cesión de derechos litigiosos²⁵. Ha dicho la Corte:

“Conforme a lo prescrito por el art. 1969 del Código Civil, la cesión de derechos litigiosos es un acto de carácter aleatorio. En la incertidumbre de la litis elimina la posibilidad de la lesión enorme y por tanto dicho acto, o mejor aún, contrato de venta o de permuta que le da origen no es susceptible de ser rescindido por causa de una supuesta lesión enorme”²⁶.

Como ya se ha señalado, la cesión produce efectos en la esfera sustantiva y en la procesal²⁷. En este conjunto de efectos, cabe distinguir tres niveles:

A) Entre el cedente y el cesionario

El cesionario se convierte en el nuevo titular del derecho y está facultado para intervenir en el proceso judicial. Si la cesión fue a título oneroso, el cedente puede exigir el precio o cualquier otra prestación que se haya convenido y el cesionario nada podrá reclamar, aunque el pleito se pierda. Esto será así, incluso si la cesión se realiza en una etapa avanzada del juicio y la decisión desfavorable pueda atribuirse a la inactividad o falta

²⁴ C. C., art. 1498.

²⁵ ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, pág. 89.

²⁶ Sala de Casación Civil, sent. de 21 febrero 1966, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, t. CXV, núm. 2280, pág. 129.

²⁷ ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, págs. 895-896.

de diligencia del cedente. No hay responsabilidad de este, es totalmente a riesgo del cesionario, salvo que se haya estipulado lo contrario.

Como la convención de la cual proviene la cesión se caracteriza por su aleatoriedad, no cabe ninguna responsabilidad para el cedente por el resultado del pleito. En caso de decisión favorable, el cesionario se convierte en titular del derecho real o personal que se reclama. Si el demandado es absuelto, esta consecuencia afecta el patrimonio del cesionario, que no recibe el derecho que esperaba aun cuando haya pactado y pagado al cedente la contraprestación a su cargo²⁸.

B) Entre el cedente y el demandado cedido

El cedente se ha despojado de su derecho en litigio; puede continuar su actuación en el pleito y el adquirente podrá intervenir como litis consorte del anterior titular. Si el demandado autoriza expresamente la sustitución del demandante cedente por el cesionario, será este quien obtenga el resultado del juicio para sí (C. G. P., art. 68). Al concluir el juicio con sentencia en firme, hay cosa juzgada; en consecuencia, el cedente no podrá pretender contra el demandado, en un proceso diferente, el mismo derecho que cedió en estado litigioso.

Ha dicho la Corte que “el escenario del proceso sirve al propósito de la notificación (artículos 60 del Código de Procedimiento Civil y 68 del Código General del Proceso), cuando la cesión se realiza estando en curso el litigio, y si se efectúa previamente y no se ha informado del hecho al contendor deudor, no hay ninguna razón para negar ese noticiamiento con la intimación del auto admisorio de la demanda, así como ese acto procesal sirve como mecanismo para notificar la cesión del crédito (artículo 94 del Código General del Proceso). De ahí que, en este último evento, cualquier comunicación previa para el efecto, como se consignó en el precedente antes citado, «[...] ni se exige legalmente, ni representa utilidad práctica ninguna [...]»²⁹.

²⁸ Otro efecto de la cesión se señala en el siguiente extracto de jurisprudencia: “Si el demandante de un crédito cede sus derechos a otra persona, deja de ser parte en el juicio y no puede obligársele a absolver posiciones en él. La confesión no le perjudicaría, porque no es parte en el juicio, ni podría perjudicar al cesionario, puesto que no es confesión suya”. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sents. de 16 marzo 1925, “G. J.”, t. xxxi, pág. 212 y 21 marzo 1925, “G. J.”, t. xxxi, pág. 196, ambas con ponencias del magistrado Luis Felipe Rosales.

²⁹ Sent. de 28 septiembre 2017, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, rad. SC15339-2017, rad. 11001-31-03-026-2012-00121-01.

C) *Entre el cesionario y el demandado*

Si el demandado autoriza expresamente la sustitución del demandante inicial por el cesionario, de ahí hacia adelante el cesionario y el demandado son las únicas partes intervinientes en el litigio, que continúan en el trámite hasta su terminación y el cesionario lo recibe en el mismo estado. Pero también puede el proceso continuar con el cedente, o con cedente y cesionario en calidad de litisconsortes. Si la cesión ha sido a título oneroso, surge para el demandado el derecho de retracto.

Desde el punto de vista adjetivo, el cesionario queda facultado para entrar al proceso; para los efectos de la sucesión procesal prevista en el artículo 68 del Código General del Proceso, puede hacerlo por comunicación del cedente o del mismo cesionario al juez acompañando la prueba auténtica del título en virtud del cual se hizo la cesión³⁰. El cesionario tendrá entonces derecho a que se le reconozca su calidad de titular del derecho en caso de sentencia favorable, el cual deberá reclamar en proceso distinto si el cedente no lo hace espontáneamente. En este caso, por la relatividad de las sentencias, la decisión se pronunciaría a nombre del demandante inicial y este, en cumplimiento del acuerdo de cesión deberá trasladar los efectos al cesionario.

Para otros, la cesión hace que necesariamente el cesionario solicite el reconocimiento de su calidad para continuar como parte en el proceso³¹. Desde el punto de vista procesal, el cesionario puede intervenir como litisconsorte facultativo de la parte cedente. Pero para reemplazarla completamente, se requiere que la contraparte los acepte expresamente³². Para entender cabalmente los efectos procesales, mencionaremos posteriormente la sucesión procesal, fenómeno conexo a la cesión de derechos litigiosos.

4. DERECHO DE RETRACTO LITIGIOSO

El Código Civil ha reglamentado de manera especial la cesión de derechos litigiosos, sin prohibirla. En sus disposiciones sobre la materia se evidencia desconfianza hacia ella, pues el legislador no ve con buenos

³⁰ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 174.

³¹ Véase BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 335.

³² C. G. P., art. 68.

ojos que los pleitos se compren y se vendan como mercancías a litigantes profesionales con ánimo puramente especulativo.

La Corte Constitucional, sobre esta facultad, sostuvo:

“[...] no siempre se ha considerado la cesión de derechos litigiosos como un contrato válido y, cuando se lo ha permitido se lo ha condicionado, como va a explicarse: en el derecho romano antiguo existían disposiciones que prohibían negociar los derechos en litigio y otras que lo permitían solo en aquellos casos en los cuales el cesionario podía demostrar que un interés lícito lo había conducido a la adquisición del derecho, es decir, desde sus inicios la cesión de derechos litigiosos ha sido una negociación permitida pero controlada, porque se llegó a considerar que los adquirentes de derechos en litigio eran, generalmente, especuladores movidos por afán de lucro, que en no pocas veces abusaban de la situación del cedente y en otras muchas aprovechaban la oportunidad para ser contradictores del cedido con el propósito de alimentar rencillas ajenas al asunto debatido, incrementando los pleitos e influyendo en forma negativa, tanto en la marcha del proceso como en la posibilidad de lograr un arreglo amigable. Sin embargo, con el objeto de regular la situación de aquellos que podían demostrar que fue un interés lícito el que los impulsó a negociar, se creó la figura del «retracto litigioso» de conformidad con la cual, el cedido podía liberarse del litigio en curso reembolsando al adquirente, aun en contra de su voluntad, el precio real de la cesión, para lo cual era necesario que se le pusiera en conocimiento la negociación [...] Esta figura, aunque sin esta denominación, fue acogida por el Código Civil francés y adoptada por el nuestro”³³.

El derecho de retracto se halla consagrado en el artículo 1971 del Código Civil en favor del demandado, que puede ejercerlo cuando su contraparte ha transferido a un tercero cesionario el derecho que se disputa, a título oneroso. La facultad aludida consiste en que el demandado-cedido, para dar por terminado el proceso, puede pagar al cesionario la misma cantidad que este ha dado al cedente, con los intereses que se hayan causado desde la fecha en que se haya notificado la cesión al demandado. En otras palabras: el cedido puede, sin requerir el consentimiento del cesionario y por autorización de la ley, despojarlo del derecho litigioso adquiriéndolo para sí. De esta manera no tendrá que aguardar la sentencia, sino que el pleito se resuelve por sustracción de materia perdiendo

³³ Sent. C-1045 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

su razón de ser, al confundirse en el cedido las calidades de titular del derecho pretendido y de demandado.

Con el derecho de retracto se pretende disuadir de su aventura a los especuladores con derechos en litigio e impedir su lucro indebido³⁴ y poner barreras a ventas que permitan grandes utilidades con fundamento en una controversia judicial³⁵.

Es una medida excepcional y coactiva considerada un verdadero poder de expropiación en interés privado³⁶. El valor por pagar es el mismo de la cesión —más los intereses, según dispone el art. 1971 del C. C.— aunque las pretensiones económicas de la demanda sean superiores y existan serias posibilidades de que la condena pudiese ascender a un monto mayor.

Sobre esta facultad excepcional, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que si bien la cesión de derechos litigiosos es una operación lícita a los ojos de la ley, ha sido admitida con notoria prevención. Y continúa expresando que esta prevención es la que ha justificado la institución del retracto litigioso consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, norma que ha establecido un verdadero beneficio en favor del deudor cedido:

“Al deudor cedido —retrayente— se le da la facultad de expropiar al cesionario —retraído— sus derechos en el pleito, mediante el pago del valor de la cesión y los intereses legales desde el día en que esta se haya notificado. La indemnización en determinados casos, podrá corresponder a la parte del valor real del derecho rescatado. Es un caso *sui generis* de expropiación por causa de utilidad privada e interés social. Por el retracto el deudor cedido sustituye en sus derechos y obligaciones al cesionario dentro del pleito, reuniéndose en cabeza del retrayente las calidades opuestas de actor y reo en la litis, de acreedor y deudor, se extinguen las correspondientes obligaciones por el modo llamado de la confusión (arts. 1625, ord. 6º, y 1724). Según la ley, la confusión produce iguales efectos que el pago”³⁷.

Este derecho, de origen legal, es irrenunciable de manera anticipada por ser de orden público³⁸, teniendo en cuenta los motivos que han llevado

³⁴ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 463.

³⁵ BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 336.

³⁶ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 175.

³⁷ Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXIX, pág. 14.

³⁸ C. C., art. 15.

a que se consagre con carácter imperativo en el derecho positivo. Pero como es la regla general en los derechos patrimoniales, el demandado puede abstenerse de invocarlo cuando se configuran los supuestos para su nacimiento, (renuncia tácita) o puede, en el mismo caso, por razones que solo a él incumben, renunciar expresamente a su ejercicio.

Por ello, cuando el demandado es notificado de que el derecho debatido en un proceso ha sido transferido a un tercero a título oneroso, puede hacer uso del retracto litigioso, pagando al cesionario el mismo valor que este entregó al cedente logrando así terminar el litigio, sin que aquel pueda oponerse. En otras palabras: el sustituto del demandante puede ser forzado a ceder al demandado el derecho litigioso en las mismas condiciones en que aquel lo adquirió, pero el retrayente deberá pagar los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor, intereses que serán los legales (el 6% anual, si se trata de un negocio civil, o el interés bancario corriente, si de un negocio comercial)³⁹. Es suficiente que el demandado le pague al cesionario el valor correspondiente; si hecha la oferta de pago este se niega a recibir, podrá acudir al pago por consignación⁴⁰.

“Para ejercitar el retracto litigioso es necesario que el retrayente verifique el pago efectivo al cesionario retraído, reembolsándole el valor de la cesión y los intereses legales desde el día en que esta se le haya notificado. Este pago puede hacerse con consentimiento previo del cesionario retraído, caso en el cual bastará que ambas partes manifiesten al juez la realización del retracto, o que el retrayente presente el comprobante respectivo, para que el juicio se dé por terminado. Y puede hacerse también el pago sin previo consentimiento del cesionario retraído: el retrayente deberá manifestar ante el juez su voluntad de oponer al cesionario el beneficio. Esta solicitud deberá tramitarse como un incidente dentro del juicio”⁴¹.

El monto que se ha de pagar es el valor real de la cesión del derecho litigioso y no necesariamente el que aparece en el documento de cesión. De acuerdo con la jurisprudencia, el retrayente puede probar dentro del respectivo incidente que la suma que aparece como valor de la cesión en el título exhibido por el cesionario no es la que realmente dio por ella al cedente. “Tanto en Francia como en Colombia está establecido que el monto principal de la expropiación es el valor real de la cesión. Con esto

³⁹ C. C., art. 1617 o C. de Co., art. 884.

⁴⁰ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 899.

⁴¹ Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXIX, pág. 14.

se quiere evitar que por un acto simulado entre el cedente y el cesionario, se haga más gravoso el ejercicio del retracto para su beneficiario”⁴².

El ejercicio del retracto litigioso por el demandado tiene un límite temporal: máximo nueve días hábiles desde la notificación del auto en que el juez ordena ejecutar la sentencia⁴³, en el entendido de que cuando el demandado espera hasta que se pronuncie la sentencia, el retracto procede cuando esta es condenatoria porque de lo contrario, si es absolutoria, el demandado nada debe y no hay razón para que tenga que pagar siquiera el valor del retracto⁴⁴.

La parte cedida cuenta entonces con un amplio margen de tiempo durante la primera o única instancia del trámite para invocar y ejercer esta facultad, incluso cuando ya se ha proferido el fallo que pone fin al proceso y ha sido notificado y ejecutoriado pero no ha comenzado su ejecución⁴⁵.

Sobre el retracto litigioso, en fallo reciente la Corte Suprema precisó el efecto de la notificación al cedido, en los siguientes términos: “[e]l artículo 1971 del Código Civil, es cierto, habla de la notificación al deudor cedido. La diligencia, empero, tiene como finalidad mensurar el contenido del derecho de retracto, en cuanto es a partir de allí que se empezarán a deber, amén del valor dado por el cesionario, los intereses correspondientes. En esa arista, para ser claros, es un problema de inoponibilidad con respecto al contradictor cedido, por cuanto una cosa es el negocio cesivo, y otra, totalmente diferente, el noticiamiento.

⁴² Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXIX, pág. 15.

⁴³ Véase el art. 306 del C. G. P. sobre ejecución de las sentencias en los procesos cognoscitivos y de condena. En los procesos ejecutivos, el plazo se contará a partir de la notificación de la sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución (C. de P. C., art. 493).

⁴⁴ GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 175.

⁴⁵ “El retracto litigioso puede ejercitarse antes que el pleito termine porque la sentencia definitiva suprime el carácter litigioso del derecho. En nuestro C. C. el retracto puede oponerse aun después de pronunciado el fallo definitivo, ya cuando los derechos de las partes vinculadas a la litis han sido definidos por la justicia. Pronunciada en un juicio ordinario la sentencia definitiva que decide las pretensiones de los litigantes, el ejecutarse o cumplirse ella, bien en juicio separado o dentro de mismo juicio, como se prevé en el art. 550 del C. J., puede oponerse por el interesado el beneficio concedido por el art. 1971 del C. C.” C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXIX, pág. 14

“Desde luego, tratándose de una medida instituida para proteger la posición del extremo cedido, no cabe duda que al alcance de esta no se encontraría la facultad de rechazar el negocio jurídico de cesión, mucho menos al cesionario, entre otras cosas, por incumbir únicamente a sus celebrantes, aunque sí, mediante la aceptación expresa de la parte cedida, relevar al anterior titular, tanto en el campo sustancial, como en el procesal”⁴⁶.

5. EFECTOS DEL RETRACTO

En este evento, el demandante cesionario pierde el derecho y el proceso termina con la satisfacción del cesionario hasta concurrencia del valor del retracto, aunque la condena judicial fuere de un monto mayor. “Para el demandado la cosa deja de ser litigiosa, y quedan en firme sus derechos tanto respecto del cedente como del cesionario. Si se trataba de una obligación que se le cobraba, ella queda extinguida”⁴⁷.

Si se pronunció sentencia condenatoria, esta no puede ejecutarse contra el demandado porque el proceso termina con el pago del precio del retracto.

6. SUCESIÓN PROCESAL

La sucesión procesal, que se relaciona íntimamente con la cesión de derechos litigiosos, es un fenómeno de espectro amplio que acontece cuando una de las partes en el litigio es sustituida por un tercero como consecuencia de hechos o actos jurídicos que desencadenan su reemplazo. Es sucesor procesal “un determinado individuo, que no es el inicial titular del derecho perseguido en el proceso, [pero] se le admite como parte de este en virtud de la sucesión, pues por razón de un acto jurídico ocupa el lugar del demandante, demandado o interviniente, quien a veces deja de figurar en el proceso. La sucesión es a título universal en caso de fallecimiento de la parte a quien se sucede, y a título singular cuando durante el proceso se cede el derecho reclamado o se enajena la cosa litigiosa, cuando es posible”⁴⁸.

⁴⁶ Sala de Casación Civil, sent. de 28 septiembre 2017. SC15339-2017, rad. 11001-31-03-026-2012-00121-01.

⁴⁷ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 900.

⁴⁸ HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 11ª ed., Bogotá, Edit. ABC, 1991, págs. 247-248.

El Código General del Proceso consagra esta figura en los siguientes términos (art. 68):

“Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

”Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

”El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

”Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente” (bastardilla fuera de texto).

Se observa, en primer lugar, que la cesión de derechos litigiosos y la sucesión procesal son fenómenos diferentes, pues esta se produce en virtud de distintas circunstancias en que una de las partes intervinientes en la litis es reemplazada por un tercero sucesor que ocupa el lugar de la parte primitiva, a partir del momento en que la sucesión se efectúa. Se trata de la transferencia de la posición del litigante, que puede trasladarse de un sujeto a otro, ya por acto entre vivos, ya *mortis causa*⁴⁹.

Cuando hay cesión del derecho en litigio, una vez transmitido este, el cesionario deberá hacerse reconocer dentro del proceso respectivo, con el fin de lograr la decisión que le interesa⁵⁰. Pero este reconocimiento no basta para desplazar al cedente, pues la norma exige, como medida de protección de los derechos de la contraparte, que esta acepte expresamente al cesionario.

Al analizar la *exequibilidad* del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil (hoy art. 68 del C. G. P.) sobre sucesión procesal en el aspecto mencionado, la Corte consideró erróneo confundir la cesión de

⁴⁹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 461. Sobre la sucesión procesal por causa de muerte, véase sent. C-131 de 2003, que trata de la vinculación de los herederos a los procesos de responsabilidad fiscal cuando muere el presunto responsable (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵⁰ BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 335.

derechos litigiosos con la sucesión procesal por tratarse de dos figuras jurídicas diferentes, aunque relacionadas. Dijo la Corte⁵¹:

“[...] cuando uno de los contrincantes cede el derecho en litigio no siempre se presenta el fenómeno de la sucesión procesal, porque el cesionario excepcionalmente desplaza al cedente, en razón a que lo que generalmente ocurre es que el adquirente interviene en el proceso en calidad de tercero coadyuvante, actuación respecto de la cual no requiere la aceptación del contrario”.

Continúa la Corte señalando que la cesión de un derecho litigioso y el proceso en el cual se debate el derecho cedido conservan su independencia; que el acuerdo no interfiere en el proceso, ni en su resultado, porque “una vez entablada la relación procesal, no interesa sino la decisión del asunto en disputa, conforme con los dictados de la justicia, siendo indiferente, para el efecto, que el resultado del asunto afecte a uno de los sujetos en conflicto, o a su sucesor [...]”.

El fallo citado aclara que cuando el adquirente de los derechos litigiosos pretende que la negociación surta efectos contra el cesionario desplazando al sujeto procesal que ha cedido el derecho en litigio, deberá presentarse al proceso y solicitar al juez que indague si la parte contraria lo aceptaría como sucesor del cedente, a menos que, sin previo requerimiento, el contradictor cedido hubiese manifestado su aceptación.

Así las cosas, la Corte encontró razonable que la ley le confiriera al sujeto procesal —demandado cedido que no intervino en la negociación— la facultad de aceptar o rechazar el desplazamiento de su contraparte teniendo en cuenta el interés público que inspira las normas de procedimiento.

En conclusión: la cesión de derechos litigiosos le permite al cesionario participar en el litigio, de entrada como litisconsorte cuasinecesario del demandante cedente, pues por obvias razones le interesa conocer todas las actuaciones e intervenir con las facultades que esa condición procesal le otorga. Pero para desplazar y sustituir definitivamente al cedente en el juicio efectuándose en toda su extensión la sucesión procesal, de acuerdo con el artículo 68 del Código General del Proceso, no basta la notificación judicial que se le hace, sino que debe prestar su consentimiento aceptando a la nueva contraparte.

⁵¹ Sent. C-1045 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis. La demanda señalaba que la expresión “También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente”, que forma parte del inc. 3º del art. 60 del C. de P. C., violaba los arts. 1º, 13, 16, 29, 93 y 228 de la Const. Pol.

7. EXCEPCIONES AL DERECHO DE RETRACTO

No puede oponerse este beneficio en todos los casos en que se cede un derecho litigioso. El artículo 1971 del Código Civil lo excluye en distintos eventos, en los cuales la nota predominante es la carencia de ánimo especulativo en la cesión⁵². Los casos enumerados por la ley son:

- Cesiones a título gratuito.
- Cesiones hechas por ministerio de la justicia: cuando hay ejecución con embargo y remate de derechos litigiosos. El derecho de retracto protegería al ejecutante y nadie se arriesgaría a hacer postura ni comprar el crédito.
- Cesiones de derecho litigioso que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma parte o accesión.
- Cesiones hechas por un coheredero o copropietario a otro coheredero o copropietario y se refiere a un derecho litigioso común a los dos. La cesión termina la comunidad y no impide la continuación del pleito, que es lo buscado por el derecho de retracto.
- Cesiones efectuadas por el cedente a un acreedor suyo para pagarle lo que le debe. No hay ánimo especulativo, sino ánimo de extinguir la obligación: es una dación en pago.
- Cesiones que se hacen al que goza de un inmueble como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho que se cede es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble.

8. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

La cesión de derechos litigiosos requiere, sin duda, una actualización de su régimen legal, que por supuesto debe encaminarse a dotar al negocio de una reglamentación justa, clara y razonable.

Si bien en la tradición jurídica colombiana no se prohíbe la transferencia de derechos que se disputan en un proceso judicial, esta clase de operaciones se realizan a riesgo del adquirente que asume el resultado incierto de la litis y además está expuesto al derecho de retracto que se reconoce en favor del litigante cedido.

⁵² Véase GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, pág. 177.

La jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre este mecanismo especial de transmisión de derechos, por lo que ella puede servir como criterio orientador para una reforma de la institución.

Ha quedado claro que son litigiosos los derechos que son objeto de controversia, sea que esta se encuentra en una fase extrajudicial, sea que ya es objeto de una demanda que cursa en la jurisdicción. El régimen legal de la cesión ha sido diseñado para este último evento, al paso que la cesión de un derecho litigioso que no se encuentra en un debate judicial no cuenta con reglas especiales ni se considera una cesión de créditos en sentido estricto. Así las cosas, este negocio es atípico y debe regirse por las estipulaciones de los contratantes y, en caso de duda, por las reglas generales de los negocios de transmisión.

La definición actual del artículo 1969 del Código Civil es acertada, pero considero que debe precisarse en el segundo inciso que el derecho es litigioso no desde la “notificación de la demanda” sino desde la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo. En línea con lo anterior es plausible que la norma reconozca la cesibilidad de derechos que persigue el demandante tanto en procesos declarativos como en los ejecutivos, por las razones expuestas en este capítulo.

Así mismo, es conveniente articular las normas sustantivas con las procesales:

(i) La cesión debe perfeccionarse por un acuerdo entre cedente y cesionario que debe constar en escrito privado;

(ii) La cesión se hace oponible al demandado cedido y a terceros con la notificación de la misma, que debe ser un acto procesal que se realiza en el juicio respectivo. Dicha notificación es indispensable para que el cedido pueda ejercer su derecho de retracto;

(iii) El cedente puede continuar como demandante, o puede el cesionario actuar como litisconsorte, o puede reemplazar al cedente, con la autorización expresa del cedido.

(iv) En cualquier caso, realizada en debida forma la cesión de derechos litigiosos, el resultado del proceso corresponde al cesionario que podrá exigirlo directamente si es parte en el proceso. En caso contrario, el resultado positivo o negativo del juicio recae sobre el cedente, pero debe transferir tal resultado al cesionario en virtud del acuerdo de cesión.

(v) Cuando la cesión ha sido onerosa, la facultad de retracto debe reconocerse al cedido con un plazo amplio para su ejercicio, por ejemplo, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

9. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ: *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ: *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- CÁRDENAS, JUAN PABLO: *Contratos. Notas de clase*, Bogotá, Legis, 2021.
- GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR: *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MORALES MOLINA, HERNANDO: *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 11ª ed., Bogotá, Edit. ABC, 1991.
- SAMPAYO NOGUERA, DIMAS: *El derecho de retracto por causa de la cesión litigiosa*, tesis de Grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

- Sent. C-1045 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sent. C-1031 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

b) *Corte Suprema de Justicia*

- Sala de Casación, sent. de 23 junio 1924, M. P. José M. Arango, “G. J.”, t. XXXI.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 16 marzo 1925, M. P. Luis Felipe Rosales, “G. J.”, t. XXXI.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 21 marzo 1925, M. P. Luis Felipe Rosales, “G. J.”, t. XXXI, pág. 196.
- Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 1941, M. P. Isaías Cepeda, “G. J.”, t. LI.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 29 septiembre 1947, M. P. Ramón Miranda, “G. J.”, t. LXIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 1º julio 1948, M. P. Pedro Castillo Pineda, “G. J.”, t. LXIV.

Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXIX.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 febrero 1966, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, t. CXV, núm. 2280.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2003, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 7467.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 octubre 2011, M. P. Jaime A. Arrubla Paucar, rad. C-6800131030032005-00277-01.

Sala de Casación Civil, sent. de 24 febrero 2015, M. P. Jesús Vall De Rutén, rad. 85001-3189-001-2000-00108-01.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 septiembre de 2017, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, rad. SC15339-2017, rad. 11001-31-03-026-2012-00121-01.

CAPÍTULO VIII

TRANSMISIÓN DE UNIVERSALIDADES*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

Los mecanismos idóneos para la traslación de obligaciones fruto de la autonomía de la voluntad, que se han esbozado precedentemente, se caracterizan, en general, por recaer sobre elementos singulares del vínculo obligatorio. El Código Civil prevé el traspaso universal de derechos y obligaciones solamente cuando opera por causa de muerte y no lo contempla cuando pueda resultar de negocios jurídicos *inter vivos*¹.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.545>.

** La autora agradece a Santiago Valderrama Henao, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, su apoyo en la investigación para la actualización de este capítulo.

¹ Al respecto, el art. 1867 del C. C. perteneciente al capítulo de compraventa y específicamente refiriéndose a la cosa vendida, señala: “Es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota pero será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos. Las cosas no comprendidas en esta designación se entenderá que no lo son en la venta; toda estipulación contraria será nula”. Por su parte, los arts. 1464-1466 *ibid.* disponen lo relativo a las donaciones a título universal, exigiendo para el efecto insinuación (permiso notarial) y escritura pública e inventario solemne registrado. Pero tales actos gratuitos no se extienden a los bienes excluidos del inventario ni a los bienes futuros del donante, aunque se disponga lo contrario y, en todo caso, éste deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia. Estas normas contienen limitaciones para la eficacia de enajenaciones universales entre vivos y si bien permite, con el cumplimiento de ciertos requisitos, la transferencia universal de activos y pasivos, no se refieren ni permiten la venta o donación del patrimonio de personas naturales vivas, por ser el mismo atributo inseparable de la personalidad. Por su parte, el parágrafo del art. 487 del C. G. P. creó la “partición en vida”, la cual puede realizarse por cualquier persona para adjudicar sus bienes en todo o en parte mediante escritura pública, previa licencia judicial y sin perjuicio de las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. Esta partición podrá rescindirse a petición de persona interesada.

Por su parte, el derecho mercantil ha sido fecundo en la creación de nuevas instituciones que propician la circulación ágil y segura de la riqueza; en razón de esta necesidad, el ordenamiento comercial incluye casos especiales en los cuales es viable la transmisión de universalidades de una persona a otra, mediante actos jurídicos traslativos celebrados entre vivos, comprendiendo activos y pasivos, donde los vínculos obligatorios, al cambiar de titular, se conservan sin solución de continuidad. Examinaremos los tres casos más significativos, con la perspectiva de las obligaciones: 1) la enajenación de establecimientos de comercio, 2) la fusión y escisión de sociedades y 3) la enajenación global de activos y pasivos prevista en la ley 1258 de 2008 para las sociedades por acciones simplificadas (SAS). No explicaremos de manera detallada el régimen legal de los tres fenómenos citados, pues su estudio corresponde, en estricto sentido, al derecho comercial en su parte general y al de sociedades, respectivamente. Nuestro estudio se limitará a las implicaciones de estos negocios con la perspectiva de la transmisión de las obligaciones y de los correlativos derechos crediticios.

1. ENAJENACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO²

A) Noción y naturaleza jurídica del establecimiento de comercio

Según la legislación colombiana, el establecimiento de comercio constituye elemento integrante de la empresa mercantil. El artículo 25 del Código de Comercio define la empresa como la actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Y añade que tal actividad se realizará mediante uno o más establecimientos de comercio. Se trata entonces de un instrumento mediante el cual el empresario despliega su actividad en el mercado, como elemento funcional de la empresa mercantil, de suma importancia para intercambiar bienes y servicios.

El establecimiento de comercio se define como el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa

² Seguiremos de cerca y se tomarán algunos apartes del capítulo correspondiente al establecimiento de comercio, del libro *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2ª ed., escrito por la autora, Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 20016, págs. 109-161.

(C. de Co., art. 515) y, a título enunciativo, la ley mercantil enumera los elementos que normalmente lo integran (art. 516, *ibidem*)³. Se trata de una lista que comprende bienes corporales e incorporeales, relaciones jurídicas, posiciones activas o pasivas, contratos, en fin, una reunión de elementos heterogéneos que contribuyen todos a una misma finalidad económica concebida por el titular empresario quien los organiza y les da sentido de unidad que evidencia un designio: la explotación productiva de una actividad para competir en el mercado y conquistar clientela.

Con la empresa en marcha, el establecimiento de comercio acreditado, como realidad dinámica, tiene un valor mayor que la suma de los bienes que lo componen, pues así organizado cuenta con un potencial para generar beneficios económicos al titular. Ese valor añadido corresponde al *good will* como prestigio o fama comercial, que es reconocido por la clientela en razón de la calidad de los productos o servicios, por la larga permanencia del empresario en el mercado con la misma actividad, por la preferencia de los consumidores y por las marcas acreditadas con las que se distingue, entre otros factores⁴.

La enumeración del artículo 516 del Código de Comercio no es taxativa, pues cada establecimiento tendrá elementos diversos según la

³ Art. 516.—Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte del establecimiento de comercio: 1º) la enseña o nombre comercial y las marcas de productos y servicios; 2º) los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento; 3º) las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares; 4º) el mobiliario y las instalaciones; 5º) los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario; 6º) el derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y 7º) los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

⁴ De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, puede hablarse del *good will* como parte integrante de la venta del establecimiento, siempre y cuando la sociedad esté generando utilidades que permitan determinar la existencia y cuantificación del *good will* y se trate de una empresa en marcha y con solvencia económica. En cambio, no es dable la venta del *good will* como parte de los activos pues dicha figura no se enmarca en los criterios contables en lo referente al concepto de *good will* (decr. 2649 de 1993, art. 66), y pensar vender los activos de una compañía que son indispensables para su explotación, sería acabar con ella, en especial si la sociedad atraviesa por una difícil situación financiera (oficio 340-72837 de 1998-11-13).

actividad que mediante él se desarrolla; además, la lista de elementos se encuentra en una norma supletiva y serán las partes en un negocio específico que recaiga sobre el establecimiento, las que determinen cuál es su contenido exacto, que deberá necesariamente incluir aquellos que le sean esenciales según la actividad de que se trate.

Debe subrayarse que el establecimiento no se identifica con el local o lugar físico donde funciona un negocio y a donde acuden los clientes para adquirir los bienes y servicios que el empresario ofrece. Es una noción económica más compleja, con repercusiones en el ámbito del derecho, que bien puede incluir el local comercial, si este es de propiedad del empresario, o el derecho al arrendamiento del local, si no es propietario. Pero se encuentra integrado también por otra serie de elementos materiales e inmateriales, previstos de manera enunciativa en el artículo 516 del Código de Comercio, tales como relaciones jurídicas de diverso orden⁵.

En este sentido, es claro que “[...] el establecimiento de comercio comprende aquellos bienes corporales e incorporeales que las empresas emplean para adelantar su actividad. No es necesario que un establecimiento comprenda bienes inmuebles, como locales u oficinas”⁶.

Además debe precisarse que, como conjuntos de bienes que son, los establecimientos “[...] carecen de personería jurídica y no son sujetos de derechos y obligaciones las que están solamente en cabeza de la persona natural o jurídica titular del establecimiento”⁷. Por supuesto, como activo productivo integrado en forma unitaria, el establecimiento puede ser objeto de derechos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el establecimiento es catalogado por el Código como un bien mercantil. Entre tanto, aunque la doctrina ha discutido sobre el particular, la tesis más aceptada es que el establecimiento es una universalidad de hecho o *universitas facti*⁸, posición que compartimos. Esta universalidad se entiende como un conjunto de bienes

⁵ Véase MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2016.

⁶ Cámara de Comercio de Bogotá, conc. 06114 del 1º de abril de 2002.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Asesora Jurídica, conc. 2055060 del 9 de agosto de 2002.

⁸ C. S. de J., sent. de 24 septiembre 1985, M. P. Hernando Tapias Rocha, “G. J.”, t. CLXXX, núm. 2419, pág. 431. Esta providencia sostiene la tesis del establecimiento como universalidad de hecho.

dispuesto para ciertos propósitos económicos por voluntad de su titular, a diferencia de lo que se predica de las universalidades de derecho, que mantienen su cohesión para determinados fines jurídicos por disposición de la ley, como sucede con el patrimonio propiamente dicho o con la herencia. El primero, como atributo de las personas, en sus activos, sirve como garantía de los pasivos contraídos por el sujeto; la segunda es una masa que se conforma por la muerte de su titular —necesariamente una persona física— y cuyo destino es la adjudicación a los herederos o legatarios conforme a las reglas de la sucesión.

El establecimiento no es un bloque separado del patrimonio del titular, que, en principio, ostenta uno solo. Los activos y pasivos de aquel se encuentran en la misma masa que los demás derechos y obligaciones del empresario, así estén destinados a actividades económicas diversas. En el caso de las personas naturales, el establecimiento se entremezcla con los activos y pasivos relativos a operaciones patrimoniales que se realizan para la satisfacción de necesidades de consumo y a los negocios puramente civiles. El patrimonio, como unidad jurídica, cumple su función de prenda general de los acreedores del titular, sin distinguir si se han originado o no en negocios del establecimiento de comercio.

Como universalidad *de facto*, la unión de los elementos que integran el establecimiento de comercio permanece puesto que el empresario así lo quiere sin que los bienes pierdan su individualidad jurídica ni su régimen legal, tampoco su ley de circulación. Nótese que la ley mercantil promueve la continuidad de la organización para mantener la empresa como fuente de riqueza, de desarrollo y de empleo. Ello explica por qué la normativa comercial prefiere que la circulación del establecimiento mediante negocios jurídicos de enajenación, de goce o de garantía, se haga en bloque⁹, pero por ser una universalidad de hecho y no de derecho, la ley no obliga al empresario a que lo haga indefectiblemente de esa forma, pudiendo desintegrar el conjunto de bienes por el cierre de la empresa o celebrar actos sobre los bienes o derechos que lo conforman, de manera separada¹⁰.

⁹ Cfr. C. de Co., arts. 517 y 525.

¹⁰ Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio en cabeza de su oficina asesora jurídica: “[...] aunque la intención del legislador fue la de procurar la enajenación en bloque de los establecimientos de comercio, en principio es posible enajenar sus elementos integrantes separadamente, caso en el cual habrá que individualizarlos y si se hace, quedará entonces desvirtuada la enajenación en bloque y se entenderán enajenados únicamente los bienes separadamente. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que hay elementos del establecimiento comercial que no pueden ser enajenados sepa-

B) *Enajenación del establecimiento*

El establecimiento como bien con valor económico especial puede circular, es decir, transferirse entre vivos, sin que exista solución de continuidad en la actividad de la empresa. Ello puede ocurrir por negocios traslativos de dominio como la compraventa, la permuta, la dación en pago, el aporte en una sociedad y otros que comportan traspaso del conjunto de elementos de un patrimonio a otro. La enajenación se prefiere en bloque para conservar la unidad económica y la organización de los factores, claves de la productividad de la empresa.

Esta operación se encuentra reglada por los artículos 525 al 531 del Código de Comercio, con características y requisitos especiales. Como ya se esbozó, la ley propicia la circulación del establecimiento en estado de unidad —en bloque económico— para que no pierda su capacidad productiva, conservando la cohesión de los elementos que lo integran.

En este tipo de negocio el consentimiento de las partes recae sobre un objeto complejo, que es la universalidad misma que aglutina una pluralidad de elementos, razón por la cual la enajenación se presume efectuada en bloque (C. de Co., art. 525): comprende los elementos que son esenciales al establecimiento y salvo pacto en contrario, incluye los enunciados en el artículo 516 del Código, con excepción de los derechos y obligaciones que se hayan contraído atendiendo, no la empresa en sí, sino las condiciones personales del titular (*intuitu personae*, num. 7).

El precio del establecimiento es de libre estipulación entre enajenante y adquirente, según las circunstancias del negocio, pero suele ser considerablemente superior a la suma de los elementos que lo integran teniendo en cuenta su *good will*, al que ya hemos hecho referencia.

Como la enajenación supone la transmisión en bloque de activos y de pasivos, los artículos 526 al 531 establecen varios requisitos para que el negocio tenga efectos entre las partes y, además, sea oponible a terceros, muy especialmente a los acreedores que habían otorgado crédito al titular inicial. La finalidad de estas normas es múltiple: por un lado, proteger el bloque económico y preservar la actividad organizada, y otro, dotar de agilidad al negocio unitario, aparejada de la seguridad para las partes

radamente del establecimiento porque son absolutamente necesarios para el desarrollo de la actividad propia del mismo, porque son derechos u obligaciones derivados de dicha actividad o porque conforman la unidad de explotación económica y coherencia de hecho del establecimiento”. (Conc. 1061487 de 10 septiembre 2001).

y la protección de otras personas con intereses legítimos, como son los acreedores del enajenante. Pero ante todo buscan fomentar y facilitar la circulación del establecimiento, aun ante la oposición de los terceros.

a) *Entre las partes: efecto relativo.* La enajenación es un acto solemne, pues el acuerdo de las partes debe verse en escrito privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente¹¹ o en escritura pública, requisito indispensable cuando el contrato incluye bienes raíces, formalidad sustancial sin la cual el contrato es inexistente (C. de Co., art. 898).

En el artículo 527, la ley mercantil exige al enajenante entregar al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por un contador público. Este es un requisito que tiene que ver con la información completa que debe proveer el enajenante, pero no afecta el perfeccionamiento o la validez del negocio jurídico.

Así lo ha sostenido la Superintendencia de Sociedades, entidad que precisó sobre el particular: “[e]sta medida tiene como objetivo procurar por el medio idóneo el conocimiento exacto de todos los bienes que integran el establecimiento, así como de las obligaciones a su cargo, lo que a su vez está atado con la responsabilidad solidaria que les asiste tanto al enajenante como al adquirente por las obligaciones que se hayan contraído en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento hasta el momento de la enajenación y que consten en los libros obligatorios de contabilidad, en el entendido que conforme a los artículos 528 y siguientes, la responsabilidad del enajenante en principio cesa al cabo de los dos meses contados a partir de la fecha en que se haya inscrito la enajenación, siempre que se hayan observado los requisitos para ese fin exigidos. No obstante continuarán a cargo del enajenante todas aquellas obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en el documento de enajenación, a menos que el adquirente no demuestre su buena fe exenta de culpa, en cuyo caso responderá solidariamente con aquel por tales obligaciones, todo lo cual explica la razón de exigir la entrega del documento aludido, no precisamente para el perfeccionamiento del contrato”¹².

¹¹ Reconocimiento del contenido ante notario público.

¹² Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-64645 de 26 de diciembre de 2002, reiterado en el Oficio 220-039509 de 6 de junio de 2012. En este último, además, la Superintendencia sostuvo que en las enajenaciones de establecimiento que llevan a cabo las sociedades vigiladas, no se requiere autorización de la entidad. Aclaró que “[ú]nicamente en el evento que la sociedad propietaria del establecimiento de comercio se encuentre sujeta al control de este organismo y siempre que la enajenación de uno de

Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en el documento de enajenación continuarán a cargo de enajenante, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente por dichas obligaciones (art. 529 *ibid.*)¹³.

En fin, las partes tienen las obligaciones propias de comprador y vendedor: el primero debe pagar el precio, y el segundo, entregar el establecimiento para su pacífica explotación por el adquirente, además del saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, elementos de la naturaleza de todo contrato de venta.

b) *Ante terceros: efecto “erga omnes”*. Una vez perfeccionada la operación, el documento contentivo de ella deberá inscribirse en el registro mercantil para su oponibilidad a terceros¹⁴. Pero esta publicidad no es suficiente. Para la protección de los acreedores, el artículo 528 dispone que enajenante y adquirente respondan solidariamente de todas las obligaciones, relacionadas con las actividades del establecimiento, que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación y que consten en los libros obligatorios de contabilidad.

Como a partir de algún momento hacia el futuro el adquirente debe ser quien asume la calidad de deudor único y es necesario que haya certeza del instante en el cual el enajenante queda liberado de las relaciones jurídicas que se han transferido como fruto de la enajenación, la norma indica que la responsabilidad de este cesará transcurridos dos meses desde la inscripción del negocio en el registro mercantil, pero trae varias exigencias adicionales que se relacionan con la publicidad del negocio, su efecto para los terceros y en particular los acreedores, exigencias que deben cumplirse concurrentemente para que tal cesación de responsabilidad ocurra:

sus establecimientos de comercio deteriore la prenda común de los acreedores, podrá la Superintendencia de Sociedades conminar a los administradores de la controlada, bajo apremio de multas, para que se abstengan de tal contratación (num. 5, art. 85 ley 222 de 1995)”.

¹³ Corte Const., sent. C-963 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), declaró exequible la expresión “pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquel de dichas obligaciones” del art. 529 del C. de Co. En esta providencia, la Corte subrayó la importancia general de la contabilidad mercantil y de manera especial cuando se efectúa la enajenación del establecimiento, como medio necesario para que el adquirente pueda conocer integralmente la situación de la empresa que ha de adquirir.

¹⁴ C. de Co., arts. 28, num. 6, 528, inc. 2º, 901.

- Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita. Esta es una comunicación enviada a cada acreedor en forma individual.

- Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores en dos diarios de amplia circulación, uno de la capital de la República y el otro local, si lo hubiere. Es una comunicación que se hace en general a todos los acreedores¹⁵.

- Que dentro de los dos meses desde el registro del documento en el que conste la enajenación, no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor. Este punto se examinará más adelante.

Estas son cargas que deben cumplir los partícipes en la enajenación; pero teniendo en cuenta los efectos que pretenden, es del mayor interés del enajenante que estas etapas se surtan debidamente para que cese su responsabilidad solidaria en el término de dos meses contados desde la inscripción en el registro mercantil.

De no observarse estas formalidades, en nuestra opinión, la responsabilidad solidaria se prolonga más allá de los dos meses y queda vigente hasta que las prestaciones de los acreedores involucrados queden satisfechas en su totalidad o se extingan por cualquiera de los modos legales (compensación, prescripción, confusión, novación, etc.).

c) *Derecho de oposición de los acreedores.* Cuando se da aviso de la operación a los acreedores del enajenante, conforme lo exige el artículo 528, ellos pueden manifestar expresamente su intención de aceptar al adquirente como su nuevo deudor o guardar silencio, con el mismo efecto. Aquellos que no quieran aceptarlo pueden ejercer su derecho a la oposición —sin que la ley exija invocar o probar justa causa— dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del documento de enajenación en el registro público de comercio. Los acreedores opositores pueden exigir garantías o seguridades para el pago de sus créditos (prendas, hipotecas, fianzas, garantías bancarias o de compañías de seguros, cláusulas penales, etc.) y si ellas no se prestan oportunamente, serán exigibles aun las obligaciones a plazo (arts. 528, parg. y 530) exigibilidad que pesará sobre el enajenante, que deberá cumplir las respectivas obligaciones de manera voluntaria o tras un proceso de ejecución iniciado por el acreedor opositor. En fin, el derecho de los acreedores para oponerse al cambio de

¹⁵ Según la Cámara de Comercio de Bogotá, antes de la inscripción del contrato en el registro mercantil se deberá hacer la notificación individual y la colectiva a los acreedores (art. 528, nums. 1 y 2). Oficio 1956 de 10 febrero 1992.

obligado se traduce en la posibilidad de exigir la constitución de garantías adicionales o el pago inmediato del crédito, pero no es un derecho de veto que detenga o afecte la eficacia de la enajenación que prosigue sin los acreedores opositores que persistan en no aceptar al adquirente como nuevo deudor.

d) *Efecto jurídico de la enajenación.* La operación tiene como objeto transferir, del enajenante al adquirente, el establecimiento como unidad económica. Ya vimos cómo la enajenación tiene el efecto jurídico de transmitir la universalidad y para que ello suceda se requiere el cumplimiento de ciertas formalidades entre las partes y frente a terceros, incluso los acreedores del enajenante.

El documento público o privado donde ella consta sirve de título único para dicha transferencia y debe estar seguido del modo correspondiente para que los distintos elementos queden radicados efectivamente en cabeza del nuevo propietario. Una vez perfeccionada la enajenación y cumplidos tanto el título como el modo, el nuevo titular se subroga en la totalidad de las relaciones jurídicas del establecimiento¹⁶.

En el caso de los activos, habrá cambio de titular, tanto en los derechos reales como en los derechos crediticios. En cuanto a la propiedad y demás derechos reales, cada tipo de bien debe seguir su ley de circulación para efectos de la tradición. Los muebles con la entrega real o virtual según las previsiones del artículo 754 del Código Civil, aplicable con arreglo al artículo 2º del Código de Comercio; los inmuebles, con la inscripción de la escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos más la entrega material (C. de Co., art. 922 por tratarse de un negocio mercantil). Para los demás bienes cuya tradición está sujeta a requisitos especiales, v. gr. los vehículos automotores, los derechos de la propiedad industrial y las minas, debe cumplirse la tradición en la forma que corresponda (inscripción en la oficina competente del tránsito, en la oficina de propiedad industrial para aquellos sujetos a registro como las marcas y las patentes¹⁷ y en el registro minero, respectivamente).

¹⁶ Con referencia a la enajenación del establecimiento, “[...] la transferencia requiere las formalidades propias de la naturaleza de cada bien, como es el registro según se trate de inmuebles, automotores [...] pues mientras no se surta el registro a que está sujeta la transferencia del bien afectado, este no sale del patrimonio del aportante [enajenante] ni entra en el de la persona jurídica [adquirente]” Cámara de Comercio de Bogotá, oficio 3389 de 13 marzo 1991.

¹⁷ El derecho sobre el nombre comercial (identificación del empresario) y la enseña (signo que distingue al establecimiento de comercio) se adquieren por el primer uso y su tradición no está sujeta a solemnidades especiales.

En aquellas relaciones jurídicas en las que el enajenante sea acreedor, la transferencia produce una cesión de créditos en la que él es cedente, el adquirente es cesionario y el deudor cedido permanece invariable. Teniendo en cuenta las normas del Código Civil en materia de cesión de créditos personales (arts. 1959 y ss., aplicables por remisión del art. 822 del C. de Co. en ausencia de norma mercantil especial en la materia), el título que tiene efecto entre cedente y cesionario será el documento en el que conste la enajenación en bloque, y la tradición será la entrega del título como lo exige el artículo 761 del Código Civil. La notificación al deudor cedido se surte, a nuestro juicio, con la inscripción del título único de enajenación en el registro mercantil que dota de publicidad el acto a terceros interesados y a la comunidad en general sobre el traspaso en bloque del establecimiento¹⁸. El crédito se radicará en el patrimonio del adquirente, comprendiendo las garantías reales y personales así como los privilegios que tenía el cedente, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1964 del Código Civil.

Cuando el enajenante es deudor, el cambio de obligado no produce extinción del vínculo por novación, como sucede en la cesión singular de deuda bajo las reglas del derecho común, sino la sustitución del sujeto pasivo sin solución de continuidad, por ser la obligación elemento integrante del conjunto, siempre que se cumplan los requisitos legales para la enajenación en bloque del establecimiento. En consecuencia, los acreedores tendrán al adquirente como nuevo deudor.

La enajenación del establecimiento supone también la cesión de la posición contractual —derechos y obligaciones— en los contratos de ejecución sucesiva que había celebrado el titular inicial del establecimiento, previamente al negocio traslativo. El documento de que trata el artículo 526 del Código de Comercio será el título único para todos los elementos que componen la unidad económica, incluso los contratos en ejecución, documento público o privado que produce los efectos jurídicos *inter partes*. Frente al contratante cedido y los demás terceros, los efectos se generan a partir de la notificación (art. 894, *ibid.*) que para este evento será la inscripción en el registro mercantil del acto de enajenación. Si las partes han acordado el traspaso de negocios *intuitu personae*, se requiere la aceptación del contratante cedido.

¹⁸ Nótese que las publicaciones en prensa exigidas por el num. 2º del art. 528 se dirigen a los acreedores y no a los deudores cedidos; por ello, creemos que aquellas no tienen el efecto de la notificación de la cesión del crédito exigida por el art. 1960 del Código Civil.

Los negocios de tracto sucesivo como los de suministro, de arrendamiento, de *leasing*, entre otros, pasan al adquirente sin interrupción, en el mismo estado que tenían antes de la enajenación, con todas las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a su naturaleza pero no los relativos a la calidad de las personas (C. de Co., art. 895); por su parte, el contratante cedido podrá oponer al cesionario las excepciones derivadas del contrato (art. 896). La enajenación también producirá la cesión de los contratos de trabajo vigentes, operando una sustitución patronal (C. S. del T., art. 67)¹⁹.

Las anteriores explicaciones denotan que la enajenación de establecimientos de comercio procede mediante un título único —como negocio que se erige como fuente de las obligaciones y de los derechos correlativos— pero, en cambio, el modo —como requisito para la transferencia de cosas y derechos— es diverso dependiendo de la naturaleza de los activos que formen parte del negocio. Desde el punto de vista jurídico, los componentes del conjunto económico no pierden su individualidad, la cual se conserva; esto se pone de presente en la enajenación pues la transferencia de cada bien está sujeta a su propia ley de circulación²⁰. Y, se reitera, el establecimiento no es una universalidad jurídica sino económica que se mantiene como un bloque con una finalidad empresarial por la voluntad del titular y no por disposición legal.

En conclusión: al enajenarse un establecimiento de comercio, se transfiere de una persona a otra un bloque económico para que la explotación de la actividad empresarial que mediante él se realiza, continúe sin interrupción. El contrato como título y fuente de obligaciones es solemne y unitario, al comprender todos los elementos que forman del establecimiento. Por su parte, el modo necesario para hacer tradición de los activos (bienes y créditos) debe cumplirse en observancia de la ley, cuando ella exige formalidades particulares respecto de cierta clase de bienes como los inmuebles, los automotores y otros con régimen especial de transferencia.

Las exigencias especiales de publicidad frente a terceros —aviso a los acreedores y publicaciones en los medios masivos de comunicación,

¹⁹ Sobre sustitución patronal en la enajenación de establecimientos de comercio, véase la sent. SL1943 de 17 febrero 2016 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 47544. M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

²⁰ NARVÁEZ GARCÍA, *Derecho mercantil colombiano*, vol. II, La empresa y el establecimiento, pág. 107. El autor cita los casos de registro de automotores, civil de inmuebles, registro de propiedad industrial, etcétera.

además de la inscripción del negocio de enajenación en el registro mercantil— sirven para notificar sobre el cambio de titular, para permitirles a los acreedores ejercer su derecho de oposición para la constitución de nuevas garantías, y para dotar al contrato de la necesaria oponibilidad ante terceros y señalar el momento a partir del cual cesan las responsabilidades jurídicas del enajenante.

2. LA FUSIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES

El régimen societario consagra el estatuto de las personas jurídicas llamadas sociedades, en cuanto a su creación, funcionamiento y hasta su extinción. El artículo 98 del Código de Comercio contiene la siguiente definición: “Por el contrato de sociedad dos o más personas²¹ se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

Entre las reglas aplicables a las sociedades, se prevén diversas operaciones que pueden realizar las compañías para desarrollar de un modo más eficiente su actividad y para adaptarse mejor al entorno empresarial. Negocios como la fusión y escisión, que se examinan en este aparte, generalmente tienen esta finalidad, y al celebrarse, desencadenan importantes efectos jurídicos²². Desde el punto de vista del derecho de las obligaciones,

²¹ La definición tradicional de la ley comercial exige dos o más personas para la constitución de una sociedad, por tratarse de un fenómeno contractual. No obstante, la ley 1258 de 2008 creó en Colombia las sociedades por acciones simplificadas (SAS) que pueden constituirse mediante acto unilateral, bilateral o plurilateral. Es decir, se admite la existencia de este tipo de sociedades con uno o más socios.

²² Desde otro punto de vista, las fusiones y escisiones tienen implicaciones tributarias porque las obligaciones fiscales se radican en cabeza de la sociedad absorbente (E. T., art. 141). “El gobierno nacional, mediante el decreto 852 de 2006, reglamentó los efectos tributarios de la fusión, escisión y cesión de activos, pasivos y contratos. En el artículo 1º dispuso que a partir del momento en que se formalice el acuerdo de fusión, la sociedad absorbente, o la nueva que surge de la fusión, adquirirá los derechos de carácter tributario de la sociedad o sociedades absorbidas...”. (Consejo de Estado, Sección 4ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. de 17 marzo 2016, rad. 00265, C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas). Las fusiones de grandes sociedades también suelen tener efecto en la libre competencia económica, que puede verse afectada por integraciones empresariales que restringen la posibilidad de que otros agentes económicos ingresen o

constituyen casos especiales de transferencias patrimoniales en bloque, las cuales merecen un análisis particular dentro de los mecanismos de transmisión de los vínculos obligatorios.

La fusión y la escisión no deben confundirse con la venta de un conjunto de activos que una sociedad puede hacer a otra, pues esta no tiene la finalidad económica, los requisitos ni los efectos propios de las figuras societarias que implican la transferencia en bloque de los activos patrimoniales de una compañía a otra.

Situación distinta y caso especial es la cesión de una pluralidad de activos y pasivos de una persona jurídica a otra, operación que posee características especiales y diversas frente a la fusión y escisión, negocios estos típicamente societarios, que poseen reglas propias previstas en la legislación mercantil²³.

La cesión de activos y pasivos es un acuerdo que se celebra entre personas jurídicas, comerciantes o no, mediante el cual el enajenante traspassa al adquirente un conjunto de activos y pasivos a título oneroso, conjunto que normalmente se encuentra afecto a una explotación económica, sin que por ello se considere un establecimiento de comercio. La venta —o cualquier otro negocio traslativo— es el título único de la cesión, que se rige por las estipulaciones libremente acordadas por las partes, las cuales pueden introducir las modalidades y cláusulas que a bien tengan. Por supuesto, los vacíos se suplirán con las reglas generales de las obligaciones y los contratos. Para la transferencia efectiva de los derechos y de las obligaciones, debe cumplirse el modo tradición para cada uno de los elementos, según las normas del derecho civil y comercial.

Por último, mencionamos las “compras o adquisiciones de empresas” que pueden ocurrir por el mecanismo de la fusión que veremos en seguida, pero también mediante la compra de participaciones accionarias. En este evento, la adquisición se rige por las reglas y principios de la negociación de acciones, lo cual exige un proceso previo de valoración de la empresa con metodologías financieras apropiadas y un proceso de

permanezcan en el mercado o generan situaciones monopolísticas y de posición dominante en él (cfr. ley 155 de 1959, art. 4°; modificado por el artículo 9° de la ley 1340 de 2009 y 51 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 12 de la ley 1340, atrás citada. La resolución 22195 del 25 de agosto de 2006 establece los casos en los que procede la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio para las fusiones de sociedades, con la perspectiva de la competencia).

²³ Véase, por ejemplo, la sent. de 12 febrero 2008, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Pedro Octavio Munar, exp. 08001 31 03 005 2000 00205 01.

debida diligencia conducido por el adquirente para identificar y gestionar las contingencias de la compañía en cuestión.

A) *Fusión*

La fusión es a la vez un mecanismo de reorganización y una reforma estatutaria, prevista en los artículos 172 al 180 del Código de Comercio y ocurre cuando una o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva²⁴. Según REYES VILLAMIZAR, la fusión se encuentra regulada como una intrincada práctica que conduce a extinguir, sin previa liquidación, una o más compañías, y a integrar asociados, activos, pasivos y empresas en una sola sociedad²⁵.

Se ha dicho también que dicha figura constituye un proceso de reorganización empresarial por el cual una o más sociedades, mediante la reforma de sus estatutos, unifican sus patrimonios y sus asociados en una sola persona jurídica²⁶. La fusión puede implicar 1) el nacimiento de una sociedad nueva que integra los patrimonios de las sociedades fusionadas (fusión-creación); 2) la recepción, de parte de una sociedad ya existente, de los activos y pasivos de otras sociedades que se disuelven sin liquidarse (fusión-absorción)²⁷; o 3) la constitución de una compañía nueva para continuar con los negocios de otra que se ha disuelto (fusión impropia, C. de Co., art. 180)²⁸.

²⁴ La fusión es un fenómeno societario y por ello no procede para sucursales de sociedades extranjeras que son establecimientos de comercio. Dijo la Superintendencia de Sociedades sobre esta materia: “[...] la sucursal no es un ente *[sic]* autónomo o independiente de la sociedad extranjera, sino una parte de la misma y muchísimo menos sociedad susceptible de fusionarse o escindirse. Por consiguiente, en el caso de la fusión de sociedades extranjeras que tengan sucursales en el territorio colombiano, la fusión de sociedades no implica fusión de las cosas y establecimientos que a ella pertenecen, sino unificación de la titularidad que una y otra sociedades tenían sobre lo que a ellas les pertenezca. Nada más, no hay, pues, fusión de sucursales de sociedades extranjeras”. Oficio 220-50922 de 12 noviembre 1996. (Publicado en *Doctrinas y Conceptos*, 1997, págs. 219-221).

²⁵ FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, t. II, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2016, pág. 109.

²⁶ LISANDRO PEÑA NOSSA, *De las sociedades comerciales*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2009, pág. 455.

²⁷ Véanse al respecto los oficios 220-048665 de 12 abril 2011 y 220-056752 de 29 marzo 2016 de la Superintendencia de Sociedades.

²⁸ Sobre la fusión impropia se pronunció la Superintendencia de Sociedades en los oficios 220-084968 de 19 junio 2009, 220-034934 de 25 mayo 2012 y 220-124805 de 6 agosto 2014.

No se trata de una mera enajenación de activos, lo que ocurre en virtud de un acuerdo de fusión, pues lo que se produce es un desplazamiento patrimonial en bloque de parte de la absorbida a la absorbente²⁹.

Para que la fusión sea eficaz y surta todos los efectos jurídicos que de ella se derivan, debe cumplirse una sucesión de etapas y trámites, societarios unos, de tipo contractual otros, y finalmente es imperativa la observancia de ciertos requisitos de publicidad para notificar a los terceros interesados —como los acreedores— sobre la celebración del acuerdo de fusión. REYES sintetiza esta cuestión señalando que hay una fase preparatoria, en la que se adoptan los compromisos preliminares de fusión entre las sociedades interesadas, seguida de una fase decisoria en la cual los acuerdos de fusión son aprobados por las asambleas o juntas de socios de cada compañía participante y que el proceso termina con la fase ejecutiva, en la que se da cumplimiento a las formalidades de escrituración y registro³⁰.

En efecto, después de que las partes acuerdan los aspectos económicos y estratégicos de la operación, los máximos órganos de todas las sociedades involucradas deben aprobar el compromiso respectivo en el cual deben aparecer todas las menciones y anexos previstos en el artículo 173 del Código de Comercio, a saber: 1) los motivos de la proyectada fusión y las condiciones en que se realizará; 2) los datos y cifras pertinentes tomados de los libros de contabilidad de las sociedades; 3) la discriminación y valoración de los activos y pasivos de las compañías que serán absorbidas y de la absorbente; 4) un anexo explicativo de los métodos de evaluación y de intercambio de las acciones, cuotas o partes de interés; y 5) copias certificadas de los balances generales de las sociedades participantes³¹.

Luego, los representantes legales de las sociedades intervinientes deben dar a conocer al público la aprobación del acuerdo de fusión mediante un aviso difundido en un diario de amplia circulación nacional, en el que se inserte la información básica de la operación: los nombres de las sociedades, el valor de los activos y pasivos de ellas y una síntesis del

²⁹ Superintendencia de Sociedades, conc. 155-32391 de 31 julio 2001.

³⁰ REYES, *op. cit.*, pág. 147.

³¹ Sobre los requisitos de información financiera y la valoración de empresas en los casos de fusión, véase la circular externa núm. 3 de la Superintendencia de Sociedades. Por su parte, la Circular Externa 001 de 2007 versa sobre autorización general en fusiones y adquisiciones, y la Circular Externa 220-0007 de 2008 es aplicable para las sociedades que requieran la autorización de dicha Superintendencia para efectos de la fusión y escisión.

anexo explicativo sobre el método de valoración empleado para realizar el intercambio de acciones, cuotas o partes de interés (C. de Co., art. 174).

Los acreedores de las sociedades absorbidas podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, solicitud que se tramitará mediante proceso verbal. Si el juez la encuentra procedente, suspenderá el acuerdo de fusión hasta que se constituya la garantía o se satisfaga el crédito (C. de Co., art. 175). Si al cabo del plazo mencionado no se solicitan las garantías o estas se otorgan, las obligaciones, junto con sus garantías, quedarán exclusivamente a cargo de la sociedad absorbente.

La fusión debe elevarse a escritura pública, la cual incluirá los anexos previstos en el artículo 176 *ibidem*, instrumento que constituye el título traslativo único. El efecto fundamental de la fusión es la transferencia, en bloque, de todos los activos y pasivos de unas sociedades a otras, sin solución de continuidad. “Se trata de una transferencia *sub specie universalitatis*, la cual significa que no es necesario cumplir una multiplicidad de actos jurídicos individuales para que se produzca la transmisión íntegra de los activos y pasivos de todas las sociedades fusionadas a la compañía fusionante (nueva o absorbente). La transferencia patrimonial opera *ipso iure*, a título universal (*in universum ius*)”³² y no implica extinción de las relaciones jurídicas preexistentes, porque en este caso no hay novación de obligaciones sino una transferencia general de elementos patrimoniales de una sociedad a otra.

De acuerdo con el artículo 178 del Código de Comercio, una vez formalizado el acuerdo de fusión, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de ellas. La escritura pública constituye un justo título para la adquisición de tales derechos y obligaciones. Como toda reforma estatutaria, deberá inscribirse en el registro mercantil para su oponibilidad a terceros. La fusión se entiende perfeccionada “cuando la escritura pública que contiene el acuerdo y en la que se formalizan los documentos previstos en el artículo 177, *idem*, se inscribe en el registro mercantil del domicilio de las sociedades, ya que por ser una reforma estatutaria debe cumplir con tal exigencia para que tenga efectos ante terceros (C. de Co., art. 158)”³³.

³² REYES, *op. cit.*, pág. 111.

³³ Superintendencia de Sociedades, conc. 220-10481 de 27 marzo 2001, reiterado por el oficio 220-079750 del 1º junio 2009.

Ha dicho al respecto la Superintendencia de Sociedades que “[...] la razón de ser de que la sociedad absorbente en una fusión adquiera los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades absorbidas, radica en el hecho consistente en que en tal operación se unifican no solo las sociedades como personas jurídicas sino las empresas que ellas desarrollan, es decir, las actividades económicas que adelantan en virtud de su objeto social. De allí que resulte lógico que los patrimonios de las compañías involucradas se concentren en un único ente [sic] económico, en donde confluyen todos los activos y pasivos que tales compañías tenían de manera individual antes de la fusión”³⁴.

La misma autoridad, subrayando la transferencia patrimonial en bloque que se realiza como efecto de la fusión, expuso las siguientes consideraciones, de gran relevancia:

“[...] la fusión no es una compraventa, una novación o una subrogación, pues al igual que estos negocios tiene entidad propia y consagración legal particular; que lo erige en título para adquirir el dominio de los bienes, sin que pueda señalarse de él un carácter accesorio de otro contrato de los previstos en la ley; debido a que la legislación le ha definido de manera general, le ha establecido los requisitos de observancia rigurosa para su validez, le ha previsto formalidades propias para garantizar el cumplimiento con las obligaciones frente a los terceros, le ha consagrado supuestos de representación legal y señalado los efectos. Por lo tanto, al operarse la transmisión patrimonial como consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente adquiere la totalidad de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, es su única causa jurídica, es su justo título.

”Afirmamos que la fusión supone una transmisión *in universum ius* del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo. No hay, por consiguiente, transmisión de singularidades que integran el

³⁴ Oficio 220-000211 de 4 enero 2008, reiterado en el oficio 220-000040 del 1º febrero 2008.

patrimonio: enajenación o permuta de bienes muebles, inmuebles, cesión de créditos, asunción de deudas, etc.; como tampoco cabe hablar de una verdadera novación subjetiva por cambio de deudor, a menos que descompongamos la transmisión en bloque en otras de todos y cada uno de sus elementos patrimoniales. Las consecuencias jurídicas que traen su causa de esta concepción son tantas y de tal gravedad que conviene parar un momento la atención a fin de reflexionar las razones que motivan esta sucesión patrimonial a título universal que se da en la fusión”³⁵.

Por ello se ha afirmado que en la fusión no existe propiamente una enajenación de activos, pues lo que se produce es un traslado o desplazamiento patrimonial en bloque de la sociedad absorbida a la absorbente³⁶.

La escritura contentiva del acuerdo debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos para efectuar la tradición de bienes inmuebles³⁷; los muebles se entregarán por inventario y deberán cumplirse los requisitos para que se surtan los efectos necesarios frente a terceros. En todo caso, consideramos que para transferir los bienes cuyo régimen de tradición exija requisitos especiales³⁸, deberán observarse las formalidades registrales pertinentes.

Aunque no toca el punto central de nuestro análisis, el cual se centra en el traspaso de las universalidades jurídicas por virtud de la fusión, no sobra mencionar que ella tiene claras repercusiones respecto de los socios de las compañías partícipes, por lo cual la ley mercantil consagra importantes garantías para evitar el menoscabo de sus derechos o la desmejora de su situación patrimonial. Por ello, los artículos 12 al 17 de la ley 222 de 1995, normas con claro carácter imperativo, les permiten a los socios ejercer el derecho de retiro o receso cuando en procesos de fusión, escisión o transformación de sociedades, se les imponga mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales. Cuando se ejerce el derecho de retiro, el asociado puede exigir el reembolso del capital aportado. El derecho de retiro es irrenunciable y es ineficaz cualquier estipulación que pretenda desconocerlo.

³⁵ Superintendencia de Sociedades, conc. 220-10481 de 27 marzo 2001.

³⁶ Superintendencia de Sociedades, oficio 220-079750 de 1º junio 2009.

³⁷ Al respecto, véase de la Superintendencia de Sociedades, el oficio 220-17176 de 3 abril 1997.

³⁸ Por ejemplo: vehículos automotores, aeronaves, derechos de la propiedad industrial como marcas y patentes.

Es evidente la complejidad del proceso de fusión, porque además de los pasos que obligatoriamente deben observarse, genera la transferencia, mediante un acto único, de una universalidad con todos sus componentes, diversos en naturaleza. El cambio de titularidad opera respecto de los activos y pasivos: en cuanto a los primeros, se trasladan todos los derechos reales —tanto principales como accesorios— y los personales; así mismo, hay transmisión de todas las obligaciones sin que haya extinción de ellas originada en novación por cambio de sujeto pasivo. Lo cual se predica también de los contratos que se encuentran en fase de ejecución —diferenciándose claramente de la cesión singular de posición contractual— y de los procesos vigentes en los que era parte la sociedad absorbida.³⁹

En la fusión se produce un cambio de titular, “proceso por el cual puede afirmarse que existe una cesión de todas las relaciones jurídicas de la sociedad absorbida a la absorbente. Pero tal cesión no es la que establece el artículo 888 del Código de Comercio, sino la que se entiende en su tenor gramatical, es decir, la transmisión que opera de un sujeto a otro. Lo que ocurre es que en este caso dicha transferencia se da como consecuencia de la fusión sin que requiera reunir requisitos adicionales previstos en la ley para otro tipo de actos jurídicos”⁴⁰.

Sobre las diferencias jurídicas que existen entre la cesión singular de contrato y la fusión de sociedades, la jurisprudencia arbitral se ha pronunciado en los siguientes términos, los cuales transcribimos por su claridad conceptual y su utilidad pedagógica:

“[...] en la cesión de un contrato se crea una relación jurídica concreta entre un cedente y un cesionario determinados, respecto de un contrato determinado y por medio de un acuerdo individual de los mismos cedente y cesionario, con los efectos indicados en el artículo 895 del Código de

³⁹ La Corte Constitucional, en la sent. C-044 de 2006 sostuvo que si bien el mecanismo de la fusión se diseñó para operar el ámbito societario, los organismos de derecho público pueden acudir a este dispositivo a falta de una normativa especial: “Si bien no existen muchas previsiones legales sobre la figura de la fusión de las entidades u organismos de derecho público del orden nacional y sus posibles modalidades ni tampoco esta materia ha sido objeto de mayores desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, la ausencia de referentes específicos en el marco del derecho público puede ser remediada mediante el estudio, con carácter estrictamente ilustrativo, de las previsiones legales y doctrinales en torno a la fusión de las sociedades comerciales, sin que lo anterior signifique, por supuesto, que la regulación del Código del Comercio sea aplicable analógicamente a la fusión de las entidades u organismos administrativos”.

⁴⁰ Superintendencia de Sociedades, conc. 220-10481 de 27 marzo 2001.

Comercio, que se limitan al contrato cedido; y, si se reúnen las condiciones exigidas en los artículos 887 y 888 del mismo código, esa relación jurídica concreta creada entre el cedente y el cesionario puede producir el efecto de vincular al contratante cedido y sustituir en relación con este al cedente. En la fusión, en cambio, se crea una situación jurídica compleja que es fruto de un acuerdo colectivo adoptado por las asambleas de las sociedades interesadas, como una reforma de tales sociedades, llamado a producir efectos *erga omnes*, porque afecta todo el patrimonio de una sociedad absorbida, sin las limitaciones propias de la cesión de un contrato, que solo produce efectos respecto del contratante cedido y respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato cedido. Puede decirse —si no con mucha exactitud, si con bastante claridad— que en el caso de fusión la sociedad absorbente adquiere a título universal los derechos de la sociedad absorbida, mientras que en el caso de cesión de un contrato el cesionario adquiere solo a un título singular los derechos del cedente.

”Por otra parte, cuando el cedente de un contrato es una sociedad, ella no se disuelve como efecto directo del acuerdo de cesión, mientras que en la fusión la sustitución legal de la sociedad absorbida por la absorbente es efecto directo de la disolución de dicha sociedad; ella se disuelve como efecto inmediato del acuerdo de fusión y, por eso, en el artículo 172 del Código de Comercio se ha dicho que «habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva». En el caso de cesión de un contrato por parte de una sociedad puede ocurrir una causal de disolución, si la ejecución del contrato cedido representa la única actividad de la sociedad, caso en el cual la casual de disolución de deriva de la cesión, independientemente del cesionario; mientras que en el caso de la fusión —que es necesariamente entre sociedades— la disolución es un presupuesto o condición sin la cual no se puede llevar a cabo la absorción del activo y del pasivo de la sociedad que se disuelve.

”Por la disolución producida por la fusión respecto de la sociedad absorbida es por lo que conforme a lo previsto en el artículo 179 del Código de Comercio «el representante de la nueva sociedad o de la absorbente asumirá la representación de la sociedad disuelta hasta la total ejecución de las bases de la operación» entre las cuales está la absorción del activo y del pasivo, según el balance de cada sociedad absorbida exigido como parte del compromiso de fusión en el artículo 173 del mismo código. Y porque no hay liquidación de la sociedad absorbida, por cuanto la fusión la excluye, el mismo representante de la sociedad absorbente, al asumir

esa representación de la sociedad disuelta por el acuerdo de fusión, asume «las responsabilidades propias de un liquidador», como se prevé en el artículo 179 del Código de Comercio”⁴¹.

Este acuerdo de fusión puede realizarse por documento privado, a menos que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. Como aspecto especial, tratándose de sociedades por acciones simplificadas, “los accionistas no están condicionados a recibir exclusivamente acciones o cuotas sociales de la sociedad absorbente o de la beneficiaria, como contraprestación por el patrimonio o la parte patrimonial que aquella le transfiera a esta por virtud del negocio jurídico que la fusión o la escisión comporta, lo que constituye una posibilidad excepcional respecto de los tipos societarios comunes, donde una operación de tal naturaleza indefectiblemente impone un esquema de compensación basado en las partes alícuotas de la sociedad absorbente o beneficiaria”⁴².

En efecto, el parágrafo del artículo 30 de la ley 1258 permite que los accionistas de las sociedades absorbidas (o escindidas) reciban dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o en fin, cualquier otro activo como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las SAS.

La fusión abreviada también confiere derecho de retiro a los socios ausentes y disidentes, de acuerdo con las reglas de la ley 222 de 1995, es decir, cuando se aumente su responsabilidad o haya menoscabo de sus derechos patrimoniales (ley 222, art. 12). Así mismo, el acuerdo deberá ser publicado en un diario de amplia circulación, como lo establece la misma ley, término dentro del cual los terceros interesados podrán oponerse con el propósito de exigir garantías suficientes para la seguridad de sus créditos.

B) *Escisión*

El artículo 3º de la ley 222 de 1995 consagró positivamente la escisión de sociedades en Colombia, señalando los casos en los que ella se realiza:

“Habrá escisión cuando:

⁴¹ Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de Termocolombia vs. ICEL de 16 marzo 1979.

⁴² Sobre esta materia, véase el oficio 220-117278 de 24 septiembre 2009, de la Superintendencia de Sociedades.

”1. Una sociedad, sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

”2. Una sociedad se disuelve, sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades”⁴³.

Al igual que la fusión, se trata de un mecanismo de reorganización empresarial con la diferencia de que, mediante la escisión, se dividen las actividades de una sociedad y se distribuyen entre otra u otras compañías, separación que implica la fragmentación del patrimonio en dos o más partes y por virtud de ella se traspasan en bloque a las sociedades receptoras o beneficiarias los activos y pasivos correspondientes, sin que haya solución de continuidad⁴⁴. “[L]a figura conlleva una transferencia patrimonial, o lo que es igual, mutación en la titularidad de activos y pasivos, aun en el evento de que los socios mantengan el mismo porcentaje de participación en el capital social de las beneficiarias al que tenían en la escindida”⁴⁵.

De acuerdo con la definición de la Superintendencia de Sociedades, la escisión es concebida como “la división del patrimonio de una sociedad en dos o más partes, que se traspasan en bloque a una o más sociedades preexistentes o constituidas para ese fin, sociedades estas, autónomas e independientes entre sí, y aun de la misma sociedad escindida, no obstante ser continuadoras de todos o algunos de los derechos y obligaciones que a esta correspondían”⁴⁶. La división del patrimonio social se hace libremente por las partes intervinientes, que pueden determinar sin restricciones cuáles serán los activos y pasivos que se destinarán a las

⁴³ PEÑA NOSSA, en la obra citada, enumera seis modalidades de escisión: escisión total, parcial, por creación, por absorción, múltiple y escisión impropia o segregación (*op. cit.*, págs. 468-469).

⁴⁴ “[...] la fragmentación del patrimonio social de la sociedad escidente es sucedida por la aparición de varios contratos sociales correspondientes a diferentes sociedades, en los cuales los socios tienen vocación a participar. Es esa prerrogativa la que explica por qué en la ley se consagra la posibilidad de que los socios participen en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, personas jurídicas estas que como consecuencia de la escisión se convierten en las titulares de los patrimonios conformados con una o varias partes del patrimonio original de la sociedad escindida [...]”. Superintendencia de Sociedades, oficio 100-73105 de 19 noviembre 1998.

⁴⁵ Superintendencia de Sociedades, oficio 220-44288 de 9 agosto 2006.

⁴⁶ Oficio 220-4584 de 6 febrero 1996.

sociedades beneficiarias y en qué proporción, pues la ley mercantil no establece limitaciones al respecto⁴⁷.

La escisión es un fenómeno de desconcentración de capital, opuesto a la fusión, el cual, como ha quedado visto, implica una integración de empresas. Aquel mecanismo generalmente se emplea por motivos económicos cuando se quiere disminuir el tamaño de un negocio, asignando los recursos de manera más eficiente. También suele acudir a ella como una forma de solucionar conflictos entre socios⁴⁸.

Al igual que lo estudiado en materia de fusión, en la escisión de sociedades debe cumplirse un procedimiento especial encaminado a que la operación se efectúe en condiciones de transparencia para los socios de las compañías intervinientes y frente a terceros.

En primer lugar, el correspondiente proyecto de escisión, después de acordarse por los interesados, debe aprobarse por las asambleas de accionistas o juntas de socios de las sociedades involucradas con la mayoría prevista en la ley o en los estatutos, proyecto que debe contener las menciones previstas en el artículo 4º de la ley 222 de 1995⁴⁹.

Posteriormente, hay una fase imperativa de publicidad de la escisión para que el público en general no solo conozca que la operación se está llevando a cabo, sino los términos en que ha sido concertada: los representantes legales de las sociedades intervinientes publicarán un aviso en un diario de amplia circulación nacional y en el domicilio de cada una de las compañías, el cual debe contener las mismas menciones señaladas en el artículo 174 del Código de Comercio, para los casos de fusión.

Ahora bien, cada representante legal debe comunicar el acuerdo de escisión de manera directa mediante telegrama o medio similar a los respectivos acreedores sociales, con el fin de que hagan valer los dere-

⁴⁷ Esta libertad fue subrayada por la Superintendencia de Sociedades en su oficio 106-21318 de 7 mayo 1998

⁴⁸ REYES, *op. cit.*, pág. 112.

⁴⁹ El proyecto debe expresar: 1) los motivos de la escisión y las condiciones en que se realizará; 2) el nombre de las sociedades que participan en la operación; 3) los estatutos de las nuevas sociedades, si hay creación de estas; 4) especificación de los activos y pasivos que se integrarán a las sociedades beneficiarias y su valor discriminado; 5) el reparto de las acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escidente con explicación de los métodos de valoración utilizados; 6) la opción que se ofrecerá a los tenedores de bonos; 7) estados financieros de las sociedades participantes, y 8) para efectos contables, la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades disueltas se asumen por las absorbentes.

chos consagrados en su favor por el artículo 6º de la ley 222, a saber, la exigencia de garantías suficientes y satisfactorias para aquellos acreedores que carezcan de ellas. Esta solicitud no procederá cuando haya activos suficientes para el pago de las deudas y se considera cumplido este supuesto cuando, como resultado de la escisión, los activos de la sociedad escidente y de las beneficiarias representen al menos el doble del pasivo externo.

La escisión se perfecciona con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente y con ella deben protocolizarse todos los documentos relativos a la operación, los cuales se enumeran en el artículo 8º de la ley 222 de 1995, formalidad que surte efectos entre las partes contratantes. Copia del instrumento debe inscribirse en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio correspondientes al domicilio de cada una de las sociedades, para que el negocio sea oponible a terceros.

Los efectos de la escisión, que es el aspecto que en realidad más nos interesa en la perspectiva de las obligaciones, son los señalados en el artículo 9º de la ley 222: “Una vez inscrita en el registro mercantil la escritura a que se refiere el artículo anterior, operará, entre las sociedades intervinientes en la escisión y frente a terceros la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escidente a las beneficiarias [...]”⁵⁰.

Así las cosas, todos los elementos de orden patrimonial, incluso bienes muebles, inmuebles e inmateriales, créditos, deudas, contratos en ejecución y todos los objetos que estén comprendidos en la escisión, pasarán en bloque de la sociedad escidente a las beneficiarias, que serán continuadoras de la posición jurídica de su antecesora, junto con todas las garantías, privilegios, excepciones y cargas correspondientes. El cambio de deudor no genera modificación y menos extinción de las obligaciones inicialmente contraídas, puesto que no se trata de una cesión singular de deuda ni de una novación, sino de su traspaso a un nuevo titular, como parte de una universalidad jurídica, transferencia que se concreta después del complejo proceso descrito.

⁵⁰ En materia impositiva, se ha recalcado que “a partir del registro de la escritura pública, con la que se perfecciona el proceso de escisión, nace para la sociedad escindida (beneficiaria) la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias (sustanciales y formales) inherentes a la parte patrimonial que le ha transferido la sociedad escidente, pero, a su vez, esta adquiere los derechos que se deriven de la misma”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sent. de 19 octubre 2017, rad. 2006 03352, M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En cuanto a los contratos que al momento de la escisión se encuentran en etapa de ejecución, ha precisado la Superintendencia de Sociedades:

“[...] puesto que el fundamento de la escisión comporta tanto la segregación jurídica de la sociedad que se escinde, como la de su universalidad jurídica denominada patrimonio, con el propósito de destinar o trasladar la parte disgregada a una sociedad que se crea con tal fin, [...], podría colegirse, en principio, que los negocios jurídicos habrían de correr la misma suerte que correspondió a la parte patrimonial y jurídica escindida, esto es, que habrían de ser transferidos o traspasados a la escisionaria [...]

”[...] es factible que los contratos privados en comento sean objeto de segregación o disgregación junto con la parte patrimonial que se separa con ocasión de la escisión, y por el solo hecho de esta, esto es, sin necesidad de estipulación expresa alguna por parte de los socios en el acto de escisión sobre el particular, cuando la sustitución concerniente no requiera de la aceptación del contratante cedido y siempre que por norma imperativa especial o particular o por estipulación de las partes no se haya limitado o prohibido la sustitución”⁵¹.

Al igual que lo indicado con anterioridad al examinar la fusión, la escritura pública contentiva de escisión constituye título suficiente y único que engloba todos los componentes de la operación. En cuanto al modo, es decir, la tradición de los activos incluidos en el negocio, bastará con la inscripción de la escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos para que las beneficiarias adquieran el dominio y demás derechos reales constituidos sobre inmuebles. De la misma manera, si la escisión cubre otros activos con sistemas formales de tradición, la escritura pública deberá también inscribirse en los registros pertinentes o realizarse el modo que para el efecto exija la ley⁵².

Además, el artículo 10 *ibidem* prevé una norma sustantiva muy importante relativa a la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias cuando alguna de ellas incumple obligaciones asumidas en virtud de la escisión y contraídas con anterioridad a ella. Es, en todo caso, una

⁵¹ Superintendencia de Sociedades, oficio 220-318 de 4 enero 1995.

⁵² Véase el oficio 220-65557 de 23 noviembre 2006 de la Superintendencia de Sociedades en materia de la transferencia de acciones que ocurre como parte del proceso de escisión: la presentación de la escritura pública de escisión en la sede de la compañía es suficiente para realizar el modo tradición, es decir, para que se efectúen las anotaciones en el libro correspondiente, sin que sea necesario acreditar formalidad adicional alguna.

responsabilidad limitada al valor de los activos netos que le hubiesen correspondido a cada una en el acuerdo de escisión. Dicha responsabilidad es predicable respecto de las obligaciones derivadas de todas las fuentes señaladas en el artículo 1494 del Código Civil: “cualquier incumplimiento de las obligaciones con causa anterior al fraccionamiento genera una solidaridad entre la escidente y la beneficiaria, sin que para la última se extienda más allá de lo que recibió en su conformación”⁵³.

La norma citada tiene carácter imperativo y, por ende, la responsabilidad no puede modificarse ni eliminarse por acuerdos entre las partes intervinientes en la operación. La Superintendencia de Sociedades ha considerado no ajustado a derecho el pacto mediante el cual pretenda relevarse a las sociedades beneficiarias de las contingencias anteriores a la operación de escisión, pues ello supondría el desconocimiento de la responsabilidad solidaria que por virtud de la ley les asiste a aquellas, en lo que hace a las obligaciones que a la postre resulten exigibles⁵⁴.

Por último, mencionamos el derecho de retiro que tienen los socios de las sociedades escidentes y beneficiarias cuando la operación les imponga mayor responsabilidad o implique una desmejora de sus derechos patrimoniales (ley 222, art. 12), facultad que existe igualmente en los casos de fusión, por lo cual nos remitimos a la explicación que hicimos previamente sobre el particular.

Se prevé también una fase especial de publicidad de la escisión para los socios, pues el proyecto correspondiente debe ponerse a disposición de ellos al menos con quince días de antelación a la fecha de la reunión en que el máximo órgano social estudiará el asunto, requisito que también opera para otras reformas estatutarias significativas como la fusión y para los casos de transformación de las sociedades⁵⁵.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sent. SC22062-2017 de 12 enero 2018, rad. 00415, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

⁵⁴ Oficio 220-20187 de 19 abril 2007.

⁵⁵ La Superintendencia de Sociedades conceptuó que las fundaciones, las asociaciones no societarias y las empresas industriales y comerciales del Estado pueden ser beneficiarias en la escisión: “[...] la eventualidad consistente en que para la reorganización de una empresa los socios de una sociedad escidente determinen si la fragmentación patrimonial propia de la escisión da lugar a una o varias personas jurídicas no societarias, hipótesis que es jurídicamente viable teniendo en cuenta que no existe ninguna restricción señalada expresamente en la ley que impida que los socios decidan que en virtud de la escisión la sociedad escidente transfiera en bloque porciones patrimoniales

La Sala Civil de la Corte Suprema ha señalado que, en las escisiones de sociedades, en tratándose de los acreedores, “el legislador previó dos instrumentos de protección: a) La constitución de garantías, se sobrentiende, respecto de créditos ciertos y determinados, constituidos antes de la publicación del proyecto de escisión y a cargo de una cualquiera de las sociedades participantes en la transformación empresarial (art. 6º, ley 222 de 1995). b) La solidaridad entre la sociedad escindida y la, o las beneficiarias, en relación con obligaciones preexistentes de aquella, sea que se mantengan en su cabeza, cuando no se extingue, o que las haya transferido a una sociedad beneficiaria, independientemente de que la primera subsista o no (art. 10, ib.)”⁵⁶.

3. VENTA DE ACTIVOS Y PASIVOS DE LAS SAS

Con arreglo al artículo 32 de la ley 1258 de 2008, se entenderá que existe “enajenación global de activos” cuando la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el 50 por ciento o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de enajenación.

Esta es una modalidad de enajenación que no se encontraba prevista en el ordenamiento mercantil y que no se equipara a la enajenación de establecimientos de comercio, ni a la fusión o escisión de sociedades, ya examinadas. Se trata de un negocio intermedio entre aquella y estas, pues aunque en la enajenación global de activos se traspasa un objeto complejo —conjunto de activos y pasivos— este no necesariamente tiene el carácter de unidad económica en plena explotación (establecimiento) ni tiene como objetivo la reorganización de la empresa, sea integrando o fragmentando el patrimonio, respectivamente.

Para que se considere una enajenación global dentro del régimen de las sociedades por acciones simplificadas previsto por la ley 1258, debe

a este tipo de entes [*sic*] no societarios, siempre y cuando la naturaleza y la estructura jurídica de un beneficiario de tipo no societario sean tales que hagan posible que, a cambio de la transferencia de la parte del patrimonio de la sociedad escidente que ingresa al patrimonio de dicho ente [*sic*], se lleve a cabo una operación análoga a la suscripción y pago de los aportes a la sociedad beneficiaria que por cuenta y a favor de socios de la escidente se efectúa en toda escisión” (oficio 220-113750 de 20 noviembre 2008).

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sent. SC15222-2017 del 21 junio 2017, rad. 0299, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.

comprender un porcentaje significativo (50% o mayor) de los activos y pasivos de la sociedad y mediante ella, tras cumplir los requisitos para que surta efecto entre las partes y sea conocida por los terceros, las situaciones y relaciones jurídicas incluidas en el negocio se radican sin solución de continuidad en el patrimonio de la adquirente, que puede ser una persona natural o jurídica, constituida con ánimo de lucro o sin él. La operación no da lugar a disolución de la entidad enajenante, que mantiene su operación con sus activos y pasivos restantes.

La enajenación global requerirá la aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Esta operación también dará lugar a derecho de retiro en favor de los accionistas ausentes y disidentes, en caso de desmejora patrimonial.

La enajenación global de activos estará sujeta a la inscripción en el registro mercantil para oponibilidad a terceros.

4. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

La “enajenación de universalidades” es una categoría que abarca un conjunto de operaciones que, en sí mismas, revisten complejidad en la medida en que el objeto de la transferencia no es único sino comprende diversos elementos, los cuales se mantienen cohesionados por voluntad del titular que persigue una finalidad económica (universalidades de hecho) o una función jurídica que se atribuye al conjunto por ministerio de la ley (universalidades de derecho).

En todos los casos, el régimen de la transmisión en bloque de las universalidades que hemos tratado en este capítulo debe velar por la realización de la voluntad de las partes intervinientes y por la protección de los terceros interesados: acreedores y el público en general. La agilidad, la seguridad jurídica y la transparencia deben ser los criterios que guíen la actualización del régimen de estas transmisiones.

El contrato debe mantenerse como acto solemne —escrito privado o escritura pública según el caso— y surtir efecto entre las partes cuando se reúnan los requisitos de existencia, elementos de la esencia y los requisitos de fondo o validez. Deben igualmente reforzarse los deberes de información del enajenante, quien debe dar a conocer todas las circunstancias relevantes del negocio en forma oportuna, en observancia del requisito de la buena fe. Por su parte, el adquirente debe emplear

su debida diligencia como persona razonable para conocer a cabalidad e investigar el estatus jurídico de los bienes, los créditos, los contratos y de todos los elementos contingentes que puedan afectar la operación.

Por otro lado, debe haber suficiente publicidad del acto a través de medios idóneos, para que los terceros, especialmente los acreedores, tengan noticia oportuna del negocio y puedan ejercer sus derechos encaminados a proteger su crédito.

En particular, las normas vigentes sobre enajenación del establecimiento de comercio deben adaptarse a los tiempos que corren. El Código de Comercio, que cuenta ya con cincuenta años de vigencia, debe revisar la noción misma de establecimiento y prever medios tecnológicos para su operación y para surtir la fase de publicidad de la enajenación.

Así mismo, es indispensable que se prevea explícitamente que la enajenación en bloque supone incluir en un título único el conjunto heterogéneo de bienes y derechos, pero que el modo (tradicción) de los elementos que tengan formas especiales, como es el caso de los inmuebles, los automotores, las aeronaves, las patentes y las marcas, entre otros, deben cumplir con la formalidad correspondiente para que se efectúe la transferencia del enajenante al adquirente.

En el caso de los créditos y de los contratos que se encuentren en ejecución, la cesión en bloque no excusa al enajenante de hacer la entrega de los documentos correspondientes al nuevo titular.

Esta misma observación cabe para las enajenaciones patrimoniales en bloque que ocurren por virtud de las fusiones, escisiones y ventas globales de activos: si el conjunto comprende bienes cuya transferencia requiere alguna formalidad especial, no basta el título único ni la publicidad general a través de medios públicos como el registro, ni las notificaciones individuales a los acreedores para hacer dueño al adquirente.

Por último, es necesario articular estos mecanismos que se regulan en forma dispersa en el Código de Comercio con la estructura que se acoja para los códigos de derecho privado en Colombia. En otras palabras, si va a unificarse el régimen de las obligaciones y los contratos en una codificación única, debe definirse si los mecanismos de transmisión entre vivos que acaban de estudiarse podrían encuadrar en dicho código unificado o se mantendrían como una materia especial, que podría permanecer en un Código de Comercio renovado, o debería ser objeto de normas especiales.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

a) *Establecimiento de comercio*

- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA: *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis 2ª ed, 2016.
- GALGANO, FRANCESCO: *Derecho comercial*, t. I, vol. I, El empresario, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN: *Principios de derecho comercial*, Bogotá, Edit. Temis, 2004.
- NARVÁEZ BONNET, JORGE EDUARDO: *Elementos jurídicos de la empresa*, Bogotá, Ediciones Bonnet & Cía., 1979.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO: *Introducción al derecho mercantil*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1995.
- *Derecho mercantil colombiano: la empresa y el establecimiento*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 2002.
- PEÑA NOSSA, LISANDRO: *De las sociedades comerciales*, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis.
- PINZÓN, GABINO: *Introducción al derecho comercial*, Bogotá, Edit. Temis, 1985.

b) *Fusión y escisión de sociedades*

- GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de derecho mercantil*, vol. I, México, Porrúa, 1977.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de obligaciones*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO: *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 2002.
- PEÑA NOSSA, LISANDRO: *De las sociedades comerciales*, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2009.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO: *Transformación, fusión y escisión de las sociedades*, Bogotá, Edit. Temis, 2000.
- *Derecho societario*, t. II, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2016.
- *SAS: la sociedad por acciones simplificada*, 4ª ed. Bogotá, Legis Editores, 2018.
- VILLEGAS SIERRA, HERNÁN: “Fusión y escisión de sociedades”, en VELÁZQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO, *et al.*, *Nuevos enfoques del derecho comercial*, Medellín, Colegio de Abogados de Medellín-Cámara de Comercio de Medellín-Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

B) *Jurisprudencia*

Corte Const., sent. C- 963 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Const., sent. C- 044 de 2006, M. P. Nelson Iván Zamudio Arenas, exp. D-5880.

C. S. de J., Sala Civil, sent. de 24 septiembre 1985, M. P. Hernando Tapias Rocha, “G. J.”, t. CLXXX, núm. 2419.

C. S. de J., Sala Civil, sent. de 12 febrero 2008, M. P. Pedro Octavio Munar, exp. 08001 31 03 005 2000 00205 01.

C. S. de J., Sala Civil, sent. SC15222-2017 del 21 junio 2017, rad. 0299, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.

C. S. de J., Sala Laboral, sent. SL1943 de 17 febrero 2016, rad. 47544, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Consejo de Estado, Sección 4ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. de 17 marzo 2016, rad. 00265, M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sent. de 19 octubre 2017, rad. 2006 03352, M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

a) *Conceptos - Superintendencia de Industria y Comercio*

División Cámaras de Comercio, concepto 95007439 de 17 abril 1995.

División Cámaras de Comercio, concepto 96055368 de 21 febrero 1997.

Oficina Asesora Jurídica, concepto 1049760 de 9 agosto 2001.

Oficina Asesora Jurídica, concepto 1061487 de 10 septiembre 2001.

Oficina Asesora Jurídica, concepto 2055060 de 9 agosto 2002.

b) *Conceptos - Cámara de Comercio de Bogotá*

354 de 14 enero 2002.

6114 de 1º abril 2002.

6739 de 9 abril 2002.

8574 de 29 abril 2002.

c) *Laudos arbitrales - Cámara de Comercio de Bogotá*

Laudo arbitral de Termocolombia vs. ICEL, de 16 de marzo de 1979.

d) *Oficios y conceptos*

a') *Sobre enajenación de establecimiento de comercio*

— Superintendencia de Sociedades

Oficio 220-64645 del 26 de diciembre de 2002

Oficio 220-039509 del 06 de junio de 2012

b') *Sobre fusión*

— Superintendencia de Sociedades

Oficio 220-50922 de 12 noviembre 1996, en *Doctrinas y Conceptos 1997*.

Oficio 220-17176 de 3 abril 1997.
Oficio 220-63765 de 7 octubre 1998.
Oficio 220-43828 de 30 julio 1998, en *Doctrinas y conceptos jurídicos 2000*.
Concepto 220-10482 de 27 marzo 2001.
Concepto 155-32391 de 31 julio 2001.
Oficio 220-65557 de 23 noviembre 2006.
Oficio 220-000211 de 4 enero 2008.
Oficio 220-000040 de 1º febrero 2008.
Oficio 220-079750 de 1º junio 2009.
Oficio 220-048665 de 12 abril 2011.
Oficio 220-084968 de 19 junio 2009.
Oficio 220-124805 de 6 agosto 2014.
Oficio 220-056752 de 29 marzo 2016.
Oficio 220- 271306 de 20 diciembre 2020.

c') *Sobre escisión*

— Superintendencia de Sociedades

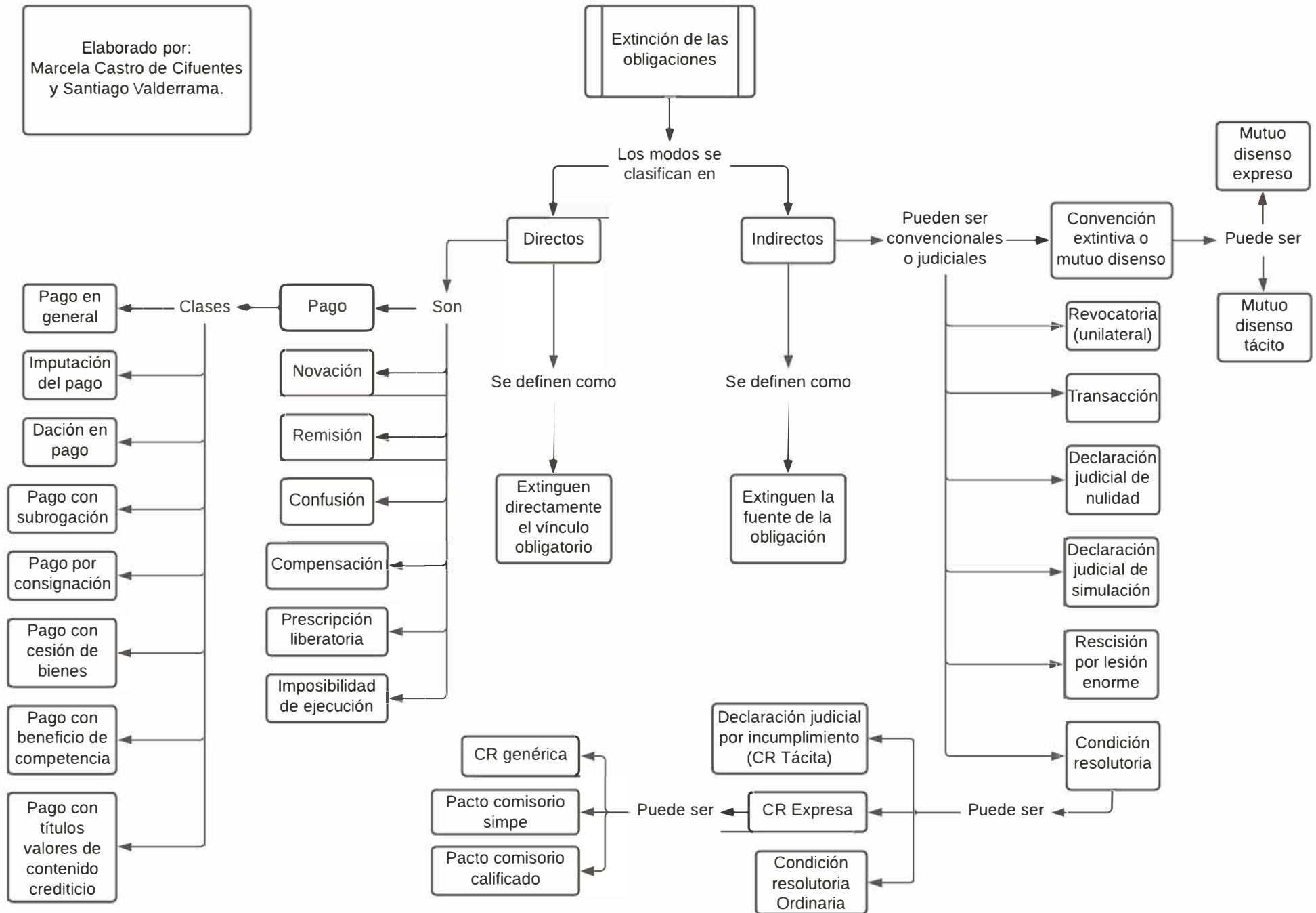
Oficio 220-318 de 4 enero 1995, en *Doctrina y conceptos jurídicos 2000*.
Oficio 220-4584 de 6 febrero 1996, en *Doctrinas y conceptos 1997*.
Oficio 106-21318 de 7 mayo 1998, en *Doctrinas y conceptos 1997*.
Oficio 100-73105 de 19 noviembre 1998, en *Doctrinas y conceptos jurídicos 2000*.
Oficio 220-52377 de 30 diciembre 2001.
Oficio 220-25050 de 27 mayo 2004.
Oficio 220-44288 de 9 agosto 2006.
Oficio 220-65557 de 23 noviembre 2006.
Oficio 220-20187 de 19 abril 2007.
Oficio 220-113750 de 20 noviembre 2008.
Oficio 220-117278 de 24 septiembre 2009.

d') *Sobre enajenación global de activos*

— Superintendencia de Sociedades

Oficio 220-097727 de 3 junio 2016.
Oficio 220-047960 de 21 mayo 2019.

Elaborado por:
Marcela Castro de Cifuentes
y Santiago Valderrama.



CAPÍTULO IX

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. VISIÓN PANORÁMICA Y PLAN DE TRABAJO*

DIEGO ROMERO CRUZ**

Las obligaciones no constituyen un fin en sí mismas ni benefician al acreedor por su sola existencia. De igual manera, salvo contadas excepciones, las obligaciones no son vínculos jurídicos con vocación de permanencia¹. La relación obligatoria es apenas un vehículo para que su parte activa alcance el propósito perseguido y satisfaga una necesidad concreta con el respectivo bien o servicio, lo cual se obtiene, por regla general, mediante el pago o solución efectiva. La obligación, una vez constituida, tiene como única finalidad hacer posible la prestación de dar, hacer o no hacer que llevó en un primer momento a su creación. En palabras de HINESTROSA, “la [relación] crediticia es un medio o puente que tiende a una finalidad, cuyo logro implica su extinción. Cumplida su función la obligación desaparece”².

Sin embargo, existen algunas hipótesis en donde, aun cuando la relación obligatoria no ha sido satisfecha totalmente, el ordenamiento jurídico dispone su extinción, con el fin de garantizar estabilidad y seguridad en el tráfico legal; limitar lo menos posible los derechos fundamentales de las

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.547>.

** Asociado de la práctica de arbitraje internacional de la firma Latham & Watkins (Paris, Francia). Abogado, Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia). LLM, Columbia University (Nueva York, Estados Unidos). Admitido a la práctica en Colombia, el estado de Nueva York (Estados Unidos) y la ciudad de París (Francia). Las opiniones expresadas en este libro son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente la posición de Latham & Watkins.

¹ Las obligaciones tienen carácter temporal de acuerdo con el principio según el cual “no hay obligaciones irredimibles”. El deudor no puede estar ligado a perpetuidad y en algún momento debe recobrar su libertad.

² FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 551.

personas o, en algunos casos, hacer efectivos algunos postulados básicos de justicia. En estos casos, la relación obligatoria surge a la vida jurídica pero llega a su fin sin poder haber atendido su propósito.

Teniendo en cuenta lo anterior, la doctrina ha clasificado los modos de extinción de la relación crediticia dependiendo de si la prestación fue satisfecha, ya sea directa o indirectamente, o si por el contrario aquella, por diversos motivos, nunca se cumplió. De esta forma —aun cuando algunos de ellos resultan de difícil clasificación según este criterio— dentro de los modos de extinción con satisfacción de la prestación los expertos han clasificado al *pago* (C. C., art. 1626), junto con la *novación* (C. C., art. 1687), la *compensación* (C. C., art. 1714) y la *transacción* (C. C., art. 2469). Mientras tanto, dentro de los modos extintivos que no conllevan el cumplimiento de lo debido, se ha encasillado a la *remisión* (C. C., art. 1711), a la *prescripción liberatoria* (C. C., art. 2512), a la *imposibilidad de ejecución* y a los denominados *otros modos* de extinción de las obligaciones. Los otros modos de extinción de las obligaciones ocurren cuando, por diferentes razones, el negocio que ha servido de fuente de la obligación pierde eficacia, sea en virtud de actos de voluntad o por declaraciones judiciales.

Junto a la clasificación anteriormente reseñada, existe otra categorización de los modos de extinción de las obligaciones según si aquel afecta a la relación crediticia en sí misma, o si, por el contrario, se refieren a la fuente de la cual provino. En ese sentido, constituyen modos *directos* de extinción de las obligaciones, entre otros, el *pago*, la *prescripción liberatoria* y la *remisión*. Por su parte, la *convención extintiva*, ya sea expresa o tácita (C. C., art. 1625), la declaración judicial de nulidad, la *resolución* de los contratos por incumplimiento (C. C., art. 1546), la *rescisión* por lesión enorme y la *revocación*, entre otros —al orientarse a disolver el negocio jurídico del cual emana la obligación en cuestión— son considerados modos *indirectos* de extinción de la relación obligatoria³.

Si bien no adopta ninguna de las clasificaciones antes anunciadas, el artículo 1625 del Código Civil constituye el punto de partida del régimen jurídico de la extinción de las obligaciones en el derecho colombiano, al contener una lista *enunciativa* de los diferentes modos de ocurrencia de este fenómeno.

³ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 329.

Como es natural, la primera de las fórmulas de extinción del vínculo jurídico enlistadas es el pago o solución efectiva, el cual, como lo dispone el Código Civil, es “la prestación de lo que se debe” o, como atrás se dijo, lo que de ordinario debería suceder, en cuanto implica “todo medio de satisfacer la acreencia del beneficiario del plan de prestación prometido”⁴.

Detrás de tan simple definición, el ordenamiento jurídico civil contempla un extenso conjunto de reglas para determinar quién puede recibir el pago (C. C., arts. 1634 y ss.), quién puede hacerlo (C. C., arts. 1630 y ss.), dónde debe hacerse (C. C., arts. 1645 y ss.), cómo debe imputarse cuando lo debido es capital e intereses (C. C., art. 1653) y cómo debe proceder un deudor dispuesto a satisfacer la prestación debida cuando su acreedor se encuentra renuente a hacerlo (*pago por consignación*), entre otros aspectos.

La ley comercial por su parte, buscando facilitar el tráfico jurídico y en armonía con los instrumentos de negociación dispuestos en el título III del Código de Comercio, desarrolla el régimen de pago de títulos valores de contenido crediticio, condicionándolo a que el documento negociable “no sea rechazado o descartado de cualquier manera” (C. de Co., art. 882). En igual forma, desarrolla algunas reglas especiales en materia de lugar del pago en ausencia de estipulación de las partes al respecto (C. de Co., art. 876), la moneda en que aquel debe hacerse (C. de Co., art. 874) y su imputación en situaciones diferentes a las consignadas en el Código Civil (C. de Co., art. 881).

Por otro lado, la novación es considerada un modo *directo*, con satisfacción del acreedor, de extinción de la relación obligatoria, pues si bien no es la ejecución cabal de la prestación debida, “es una especie de pago en que una obligación es reemplazada por otra”⁵. Así mismo, la transacción ha sido calificada como un modo de extinción que beneficia, al menos indirectamente, al acreedor porque conlleva alcanzar “la paz con sacrificio de prestaciones”⁶.

La compensación y la confusión, entre tanto, son fórmulas de disolución del vínculo jurídico que atienden a la lógica y estructura de las obligaciones, ya que mientras la primera se refiere a la existencia de deudas

⁴ HORACIO PEDRO GUILLÉN, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, pág. 213.

⁵ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 553.

⁶ *Ibid.*

recíprocas entre dos personas, la segunda se relaciona con la posterior fusión de los sujetos activo y pasivo de la relación.

La remisión o condonación, en cambio, es el principal modo de extinción de las obligaciones en donde la relación jurídica deja de existir sin que el acreedor haya recibido la prestación a la cual tenía derecho. En virtud de la remisión, el sujeto activo del vínculo crediticio presta su consentimiento con el único y exclusivo fin de dar por libre a su deudor. En otras palabras, esta fórmula de extinción del vínculo obligatorio supone una renuncia a exigir la prestación debida.

La prescripción liberatoria, contenida en el artículo 2512 del Código Civil, busca poner fin a situaciones de incertidumbre e inseguridad que se producen por la prolongada inacción de un acreedor en reclamar su prestación, al establecer un límite temporal dentro del cual dicho derecho puede ser exigido judicialmente⁷. Para OSPINA FERNÁNDEZ, el fundamento filosófico de esta institución tiene origen en el carácter instrumental o finalístico de las obligaciones. Así, la prescripción asegura que cuando un acreedor ha dejado de reclamar un derecho durante determinado tiempo es porque realmente no le interesa y en consecuencia, la relación obligatoria (y su protección legal) deben dejar de existir⁸.

Por su parte, la denominada *imposibilidad de ejecución* es un método de disolución de las obligaciones que responde a un postulado básico de justicia: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible). De esa manera, cuando una obligación se hace física o jurídicamente imposible por una circunstancia sobreviniente no imputable al deudor (pérdida de la cosa que se debe, muerte del deudor, entre otros), la ley civil dispone que la relación crediticia llegue a su fin.

Finalmente, no sobra recordar que aquellas hipótesis de disolución del vínculo obligatorio contempladas en el derecho civil también aplican a los negocios jurídicos del régimen mercantil, en virtud de la remisión directa establecida en el artículo 822 del Código de Comercio. De esta forma, salvo en lo relativo a los términos de prescripción de corto plazo establecidos para cierto tipo de obligaciones mercantiles (C. de Co., arts. 730, 993, 1081, 1220 y 1329, entre otros) y a las reglas complementarias del pago anteriormente enunciadas —que son las materias en las cuales

⁷ CLAUDIA FONSECA JARAMILLO, “La prescripción extintiva y la caducidad”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pág. 181.

⁸ OSPINA, *op. cit.*, pág. 502.

la ley comercial “establece otra cosa”— es necesario consultar el Código Civil “cuando en una operación mercantil se busque extinguir una obligación”⁹.

Los capítulos que siguen se referirán a los mencionados modos de extinción de las obligaciones, iniciando con los conceptos fundamentales del pago o solución efectiva para terminar con los modos indirectos mediante los cuales se disuelven los vínculos obligatorios.

⁹ PILAR ZAPATA y MAIKEL NISIMBLAT, “Interpretación de las normas comerciales y civiles en materia de obligaciones y contratos: interpretación del artículo 822 del Código de Comercio”, en *Revista de Derecho Privado*, núms. 19/20, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pág. 116.

CAPÍTULO X

EL PAGO O CUMPLIMIENTO*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

1. CONCEPTO

La forma natural y obvia como deben extinguirse las obligaciones es la solución o pago efectivo, que no es otra cosa que la prestación de lo que se debe¹. En términos sencillos, el deudor paga cuando le transfiere al acreedor el derecho real que se comprometió a dar, cuando realiza en beneficio del sujeto activo la conducta que se obligó a hacer o cuando se abstiene, en provecho del acreedor, del hecho prohibido, si la prestación es de no hacer. En suma, el deudor paga cuando satisface cabalmente su obligación.

Este es el modo de extinción de las obligaciones que los códigos civiles incluyen en primer lugar, y dedican una extensa regulación que establece los requisitos para que el pago sea válido, para responder, entre otras, las siguientes cuestiones generales: 1) ¿quién debe o puede pagar?; 2) ¿quién puede recibir el pago?; 3) ¿qué se paga y cómo debe pagarse? y 4) ¿dónde y cuándo se realiza el pago?². A ellas nos referiremos de manera sintética en este capítulo. Nuestro Código de Comercio, por su lado, consagró pocas disposiciones en materia de pago, siendo aplicables de manera directa los principios del derecho civil, con arreglo al artículo 822 del estatuto mercantil, salvo que este prevea una norma especial en contrario³.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.548>.

** La autora agradece la colaboración de Sergio Eduardo Hernández, estudiante de la Facultad de Derecho, por su labor de investigación para la actualización de este capítulo.

¹ C. C., art. 1626.

² C. C., arts. 1626-1686, es decir, sesenta artículos.

³ Arts. 873-886, es decir, trece artículos.

El deudor tiene el deber, pero también el derecho, de liberarse cumpliendo⁴ para romper las cadenas que lo mantenían atado al acreedor. Este no puede impedir u obstaculizar el cumplimiento; por el contrario, pesa sobre sus hombros el deber de colaboración⁵, cuando se requieren conductas más o menos activas de su parte para permitir o facilitar la ejecución que compete al obligado⁶.

2. REQUISITOS

Para que el pago sea válido, deben concurrir varios requisitos legales en cuanto a los sujetos y al objeto de la obligación, los cuales se traducen en diversas condiciones de tiempo, modo y lugar.

A) *Que tenga causa*

Para que el pago valga es necesario que tenga *causa real*⁷, es decir, debe ir encaminado a satisfacer una obligación previamente contraída, que sea existente y válida. Si no es así, se pagará lo que no se debe y se produce un aumento injustificado en el patrimonio del acreedor. Si el pago se ha hecho por error —de hecho o de derecho— se configura el cuasicontrato de “pago de lo no debido”, que es fuente de la obligación, a cargo del *accipiens*, de restituir lo recibido⁸ sin causa. El *solvens* dispone de la acción de repetición para obtener la correspondiente devolución⁹.

⁴ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pág. 361.

⁵ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 562.

⁶ Si la mora del acreedor o *mora accipiendi* perturba de tal manera el cumplimiento del deudor hasta tal punto que se ve imposibilitado para cumplir, la conducta del acreedor toma el carácter de una verdadera causa extraña, que exonera totalmente la responsabilidad civil. Si al lado de la conducta culposa del deudor, la del acreedor contribuye al incumplimiento y al perjuicio del acreedor, habrá concurrencia de culpas y cada uno asumirá la proporción del daño causado por su negligencia (C. C., art. 2357).

⁷ Véase HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010, pág. 1057.

⁸ C. C., arts. 2313-2321.

⁹ La *actio condictio indebiti* de los romanos. Si hay un enriquecimiento del acreedor y un empobrecimiento correlativo del deudor sin causa justificativa que acaece por cualquier motivo distinto del error del *solvens*, se configura el enriquecimiento sin causa, como fuente residual de las obligaciones. En este evento, el empobrecido dispone de la acción de *in rem verso* para recobrar lo que injustamente ha salido de su patrimonio.

Esta acción no procede cuando el deudor ha pagado espontáneamente una obligación natural, pues esta es causa suficiente, el pago es válido y el acreedor puede retener lo pagado¹⁰.

B) *Que sea hecho por las personas legitimadas y recibido por las personas legitimadas para el efecto*

El pago supone dos actores: el *solvens* (el que cumple) y el *accipiens* (el que recibe)¹¹. Las partes en el pago comprenden nociones más amplias que no coinciden necesariamente con las dos partes de la obligación, el deudor y el acreedor, porque puede pagar no solo personalmente el obligado, sino otras personas interesadas o no en la deuda, que actúan con el consentimiento del deudor o sin él y aun contra su voluntad. En cuanto al *accipiens*, puede serlo el acreedor mismo, sus sucesores o sus representantes legales o convencionales.

La legitimación activa y pasiva para el cumplimiento, es decir, las personas de parte de las cuales y en manos de las cuales debe efectuarse el cumplimiento para que sea liberatorio, es una cuestión fundamental que debe precisarse¹².

a) *Personas legitimadas para pagar*. Este requisito responde a la pregunta de *quién paga* o, más exactamente, *quién debe pagar y quién puede pagar válidamente*. El *solvens* es normalmente el mismo deudor, pero hay un marcado interés en que el acreedor sea satisfecho y por ello la ley autoriza que otras personas cumplan la prestación. “La ley muestra con ello lo que es palmar en el concepto de la obligación: que nace para morir. Y en la búsqueda de ese fin permite que se pague contrariando incluso las voluntades del deudor o acreedor [...]”¹³.

Sin embargo, en aquellas obligaciones en que las calidades del deudor han sido determinantes para el acreedor (*intuitu personæ*) y particularmente en las obligaciones de hacer, en las que la ejecución exige ciertas destrezas, conocimientos especializados, aptitudes, experiencia o talento que tiene el deudor —en otras palabras, requiere un hacer infungible¹⁴—,

¹⁰ C. C., art. 2315.

¹¹ HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte Segunda, (Luis Alcalá Zamora y Castillo, trad.), vol. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 124.

¹² MESSINEO, *op. cit.*, pág. 361.

¹³ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1064.

¹⁴ *Ibid.*

el deudor debe cumplir en persona, excluyéndose en tales hipótesis la validez del pago por un tercero. También puede el deudor prohibir al acreedor aceptar el pago de cualquier otro que no sea él¹⁵. HINESTROSA, con toda lógica, considera que si la prestación es negativa, tampoco es concebible su cumplimiento por alguien distinto del obligado: solo él y nadie más que él debe abstenerse¹⁶.

En los demás casos, la obligación no denota un carácter tan personal¹⁷ y por ello alguien distinto del deudor puede cumplir válidamente y el acreedor debe recibir; poco le importa al acreedor de dónde venga la prestación que recibe¹⁸.

Debe anotarse que para pagar válidamente en las obligaciones de dar, el *solvens* debe ser propietario de la cosa entregada —o titular del derecho real que corresponda— o que cuente con el consentimiento del dueño y, además, que tenga capacidad para enajenarla¹⁹.

a') *Personas que deben pagar*. Deben pagar las personas que se encuentran obligadas a ello: 1) el deudor, sus herederos o causahabientes; porque las obligaciones son elementos patrimoniales transmisibles, a menos que tengan carácter personalísimo; 2) los codeudores y los deudores mancomunados (también llamados conjuntos); y 3) los garantes de la obligación, como los fiadores y los terceros poseedores del inmueble hipotecado en garantía de la deuda²⁰.

El primer caso es del pago por el deudor, que es el más frecuente y obvio, que no requiere mayores explicaciones. La segunda y tercera hipótesis se refieren al pago hecho por los demás obligados directa o accesoriamente, es decir, personas interesadas en la solución de la deuda, puesto que se hallan expuestas a la demanda del acreedor, ya sea por acción personal (como el codeudor y el fiador) o real (como el poseedor

¹⁵ GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, *Tratado de derecho civil*, t. v, Obligaciones (2ª parte), (Delia García Daireaux, trad.), Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1965, pág. 379.

¹⁶ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 578.

¹⁷ RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, pág. 378.

¹⁸ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 127.

¹⁹ C. C., art. 1633 inciso final. Véase MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 7º, Las obligaciones, 2ª parte (Mario Díaz Cruz, trad.), La Habana, Cultural S. A., 1945, pág. 487.

²⁰ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Jurídica de Chile-Edit. Temis, 1992, pág. 47.

del inmueble hipotecado en garantía de la deuda de un tercero), aunque no estén obligadas personalmente²¹.

En el caso de los coobligados, todos tienen interés en el cumplimiento de la deuda; cuando uno de ellos paga espontáneamente o ante la demanda del acreedor, el crédito no se extingue —como sí lo hace cuando el deudor y el acreedor son unipersonales—, pues pervive para satisfacer o proteger los intereses del *solvens*²². A este se le trasfiere el crédito con todos sus privilegios y accesorios por subrogación en los derechos del acreedor, que opera por ministerio de la ley. En esta posición se encuentran el codeudor solidario y el fiador²³.

CLARO SOLAR explica que hay una considerable diferencia entre el pago hecho por el deudor y el hecho por un tercero interesado, puesto que el primero extingue definitivamente la deuda, tanto respecto del deudor como del acreedor, mientras que el segundo pago solamente extingue la deuda respecto del acreedor dejándola subsistente respecto a los codeudores y fiadores y al deudor principal, en virtud de la subrogación que por ministerio de la ley se efectúa en favor de aquellos²⁴.

Por su parte, el codeudor de obligación indivisible recibe un tratamiento distinto: en principio, la deuda debe cumplirse entre todos; pero si es de tal naturaleza que solo uno puede cumplirla, este deberá pagar extinguiendo la deuda con respecto de todos; no se subroga contra los otros en los derechos del acreedor, porque se han extinguido, pero tiene acción frente a los demás deudores para lograr el reembolso o la indemnización que le deban por el pago realizado²⁵.

Otras personas, que no son parte principal ni accesoria de la obligación, también se encuentran interesadas en que la deuda se cancele por las consecuencias que en contra de sus intereses se pueden dar si no se cumple la prestación²⁶. Es el caso del propietario de un bien raíz que se halla hipotecado para garantizar la deuda del anterior dueño y del acreedor de grado inferior que paga a otro de mejor derecho. Estos dos nada tienen que ver con la deuda pero tienen interés legítimo en pagar para proteger

²¹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 48; RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, pág. 378.

²² VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1066.

²³ C. C., art. 1668, num. 3.

²⁴ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 49.

²⁵ C. C., art. 1587-1588.

²⁶ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1067.

su interés patrimonial. A estos *solvens*, la ley también les concede la subrogación en los derechos del acreedor al que han satisfecho el crédito²⁷.

b') *Personas que pueden pagar*. Puede pagar cualquier persona, incluso alguien completamente extraño a la obligación, terceros que cumplen con mandato del deudor o sin él y aun personas que por acto propio pagan en contra de la voluntad de este. El pago realizado por tales personas no interesadas en la deuda es válido, pero surgen distintas consecuencias en derecho, dependiendo de la posición del *solvens* con respecto al deudor²⁸.

1) *Pago con consentimiento del deudor*. En las obligaciones que no tienen el carácter de *intuitu personæ*, el deudor puede encargar a otra persona para que en su nombre y representación realice el pago. Es el mandatario o diputado para el pago que soluciona válidamente la obligación con los recursos que le provee el deudor mandante²⁹; también puede el diputado avanzar recursos para hacer el pago, como gastos razonables para la ejecución del encargo, con derecho a exigir el reembolso al mandante³⁰. El consentimiento del deudor puede ser expreso o tácito³¹. Esta hipótesis en la que el *solvens* recibe de manera anticipada al pago, el beneplácito del deudor, debe distinguirse claramente de la delegación: mientras que el mandatario obra en nombre y representación del deudor, el delegado asume la obligación personalmente³², ya sea como deudor solidario o subsidiario (delegación imperfecta o acumulativa) o en reemplazo del deudor (delegación imperfecta, que puede ser novatoria o no).

²⁷ C. C., art. 1668, ords. 1º y 2º.

²⁸ “En cualquiera de las tres situaciones jurídicas en que puede encontrarse el tercero o extraño que paga a nombre del deudor, pago con el consentimiento, con el conocimiento, o contra la voluntad del deudor, es indispensable que quien paga se coloque dentro de la relación jurídica preexistente de acreedor y deudor para que se produzca el efecto legal de la extinción de la deuda y la sustitución de personas en la acreencia, de acuerdo con la ley. En la última de estas situaciones se ha contemplado el caso de que el deudor no quiera pagar su obligación, porque no le conviene, por ejemplo, tratándose de un contrato bilateral en que su contraparte no ha cumplido la suya. En este estado, el tercero que paga por el deudor a pesar de la prohibición hecha por este, extingue la obligación, pero sufre las consecuencias de su porfía, porque la ley le niega el derecho de exigir el reembolso de lo que pagó, a menos que el acreedor le ceda voluntariamente la acción que tenga contra el deudor”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 23 de noviembre de 1939, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. XLVIII, pág. 915.

²⁹ C. C., art. 2184, num. 1.

³⁰ C. C., art. 2184, num. 2.

³¹ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1067.

³² *Ibid.* pág. 1072.

2) *Pago sin el asentimiento del deudor*³³. Aquí el tercero que paga lo hace con sus propios recursos de manera espontánea, sin mandato, pero sin oposición del deudor. En este caso, el *solvens* actúa como agente oficioso o gestor de un negocio ajeno³⁴. Este pago no le da derecho a la subrogación legal pues la obligación se extingue y tan solo tendrá acción para que el deudor le reembolse lo pagado³⁵. No puede compeler a que el acreedor satisfecho le subrogue, pero este puede beneficiarlo con la subrogación convencional, por la cual se le trasfiere el crédito al agente oficioso, con todos los accesorios y garantías que tenía el acreedor. Por las reglas de la agencia oficiosa, también es claro que procede la acción para el reembolso de las expensas útiles o necesarias incurridas por el agente oficioso³⁶.

3) *Pago contra la voluntad del deudor*³⁷. En esta hipótesis, el tercero, totalmente extraño, paga no obstante la oposición del deudor. “Ese tercero es un entrometido, asume el riesgo a sabiendas por lo cual el ordenamiento de entrada, le niega toda protección”³⁸; así, carece de toda acción para que el deudor le reembolse lo pagado y lógicamente no tiene derecho a subrogarse en los derechos del acreedor. Sin embargo, el deudor se estaría enriqueciendo a costa del *solvens*; frente a ese desequilibrio, el artículo 2309 del Código Civil, que pertenece al capítulo de la agencia oficiosa, prevé esta misma situación como la del que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado. En principio, el gestor carece de acción contra aquel para pedir el reembolso, a menos que la gestión (el pago, en el caso analizado) le haya sido útil al principal (deudor) y esa utilidad exista al tiempo de la demanda. El ejemplo que cita la norma es elocuente: si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que,

³³ C. C., art. 1631.

³⁴ La agencia oficiosa se regula en los artículos 2304 al 2312 del Código Civil y se define como un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los bienes de alguna persona se obliga para con esta y la obliga en ciertos casos.

³⁵ “Por un deudor puede pagar cualquier persona, como agente oficioso, con su consentimiento y aun sin su conocimiento. Tal acto no puede vincular al acreedor con el tercero que soluciona la obligación y no produce otro efecto que extinguirla respecto del primitivo acreedor, dejando en pie una nueva relación jurídica ente el deudor y su oficioso gestor.” C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1942, M. P. Fulgencio Lequerica, “G. J.”, t. LIV, pág. 115.

³⁶ C. C., art. 2308.

³⁷ C. C., art. 1632.

³⁸ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 582.

sin ella, hubiere debido pagar el interesado. En suma, aun en el caso del pago por tercero no interesado en la deuda que procede a cumplir no obstante la negativa del deudor, podrá pedir el reembolso de lo pagado bajo la regla especial de la agencia oficiosa que se acaba de mencionar³⁹.

Los efectos jurídicos del pago por terceros han sido sintetizados por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“El pago que un tercero hace por el deudor puede ser de tres maneras: 1º) con la voluntad expresa o tácita del deudor en cuyo caso el que paga queda subrogado, por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los derechos de este, es decir, en todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas (C. C., arts, 1630 y 1668, ord. 5º). 2º) Sin el conocimiento del deudor, y en este caso el que paga no se entiende subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. El que paga en estas condiciones solo pretende liberar al deudor, extinguir la deuda; y esto no ocurriría si mediara subrogación, porque en virtud de esta el tercero que paga queda en el lugar del acreedor y puede ejercer contra el deudor la misma acción que tenía el acreedor primitivo, con todos sus privilegios e hipotecas. Para que haya subrogación, es menester que el deudor consienta, expresa o tácitamente en el pago que hace el tercero. No mediando conocimiento del deudor, el tercero que paga por él no puede entablar como aquel la acción correspondiente a la obligación extinguida por su pago; pero tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado: tiene la nueva acción como *negotiorum gestor* por haber desempeñado un negocio del deudor (C. C., art. 2313). Este derecho es para el simple reembolso de la suma pagada al acreedor. Y 3º) contra la voluntad de deudor. En este caso el que pagó tiene derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción (C. C., art. 1632). Este es un caso especial de excepción, porque en principio, el que paga por otro tiene recurso contra el deudor liberado”⁴⁰.

³⁹ “[...] si el tercero paga a espaldas del deudor o inclusive contra su voluntad, tiene acción para pedir al deudor el correspondiente reembolso, a condición, solo en último caso, de que la gestión le hubiere sido efectivamente útil al deudor, «y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado», según se deduce de lo dispuesto en el artículo 2309 del Código Civil”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 23 abril d 2003. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 7651 .

⁴⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 julio 1945. M. P. Manuel José Vargas, “G. J.” t. LIX, pág. 379.

Cuando el deudor es una persona jurídica, el cumplimiento de las prestaciones no requiere para su validez la actuación de los órganos de representación o de dirección. Con frecuencia las tareas pertinentes se encargan a dependientes de diferentes niveles en la jerarquía de la organización, vinculados mediante contratos de trabajo o en virtud de otras relaciones jurídicas que les permiten actuar en la esfera jurídica del deudor.

Así mismo, este puede valerse, para el cumplimiento de sus obligaciones, de otros sujetos como contratistas independientes —personas naturales o jurídicas— y subcontratistas que cooperan en el desarrollo de las actividades del empresario y que, de cara al acreedor, actúan bajo la responsabilidad de aquel. Por medio de estas personas —que no encuadran en las hipótesis clásicas del Código Civil de los terceros que pagan con interés o sin él en la deuda— también puede el deudor satisfacer las prestaciones a su cargo, si no hay prohibición expresa del acreedor⁴¹. Las relaciones entre el deudor y sus colaboradores se rigen por acuerdos que solo les son oponibles a ellos y no al acreedor; frente a este, el deudor no podrá exonerarse de responsabilidad si un incumplimiento de obligaciones proviene de culpa de terceros de los que se sirve el deudor⁴².

Por último, debe señalarse que cuando el deudor se encuentra en un trámite concursal para la reorganización de la empresa o la liquidación de su patrimonio, los pagos que haga sin la autorización del juez del concurso son ineficaces de pleno de derecho. Los actos dispositivos que haya realizado hasta 18 meses antes de la apertura del concurso son revocables a solicitud de los acreedores, si han afectado adversamente la prenda general o la prelación de créditos⁴³.

b) *Personas legitimadas para recibir el pago*. En este aparte preguntaremos *quién puede recibir el pago*, aspecto fundamental para determinar si el deudor ha quedado libre, pues “quien paga mal, paga dos veces”. El deudor no podrá sino repetir contra el *accipiens* que haya recibido indebidamente⁴⁴. La ley señala que puede recibir, en primer lugar, el acreedor

⁴¹ Véase el art. 1738 del C. C.

⁴² HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 584, cita además la figura del *outsourcing*.

⁴³ Ley 1116 de 2006, arts. 17 (párr. 2º) y 74. El régimen de insolvencia empresarial previsto en la Ley 1116 no es aplicable a las personas naturales que no tengan la calidad de comerciantes (art. 2º, num. 8) ni a los sujetos expresamente excluidos (art. 3º). Para las primeras, rige la ley 1380 de 2010 que consagra un procedimiento recuperatorio, mas no liquidatorio.

⁴⁴ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 125.

que contrajo originalmente la obligación y sus sucesores en el crédito, ya sea a título universal o a título singular (i. e. *mortis causa* o por cesión *inter vivos*)⁴⁵. También pueden recibir los representantes legales —en caso de incapacidad legal o tratándose de personas jurídicas— y los representantes convencionales del acreedor —mandatarios—; en este caso habrá una diputación para el cobro, encargo que puede conferirse por poder general —administración de todos los negocios del acreedor— o poder especial que comprenda el cobro del crédito en cuestión⁴⁶; los mandatarios judiciales requieren poder especial para recibir⁴⁷.

El pago hecho de buena fe al poseedor del crédito, como lo es el heredero putativo, el cedente del crédito antes de la notificación al deudor o el cesionario cuando se declara la nulidad de la cesión, es válido aunque después aparezca que no le pertenecía⁴⁸.

La prestación debe recibirla personalmente el acreedor cuando por su naturaleza no puede ser satisfecha sino de manera directa, como cuando la prestación recae sobre el acreedor mismo, por ejemplo, recibir un tratamiento médico o una capacitación profesional⁴⁹.

Con todo, cuando el pago se hace a persona distinta de las autorizadas, podrá convalidarse retroactivamente por la ratificación expresa o tácita del acreedor⁵⁰.

Los créditos embargados no pueden pagarse al acreedor, sino que al respectivo deudor se le notifica el embargo previniéndole que deberá

⁴⁵ C. C., art. 1634.

⁴⁶ C. C., art. 1638.

⁴⁷ C. C., art. 1640.

⁴⁸ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1076. “El inc. 2º del art. 1634 es una aplicación de la regla *error communis facit jus*, pues declara válido el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión de un crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. La apariencia de acreedora en la persona que recibió el pago dio lugar, en esa hipótesis, a un error plenamente excusable por parte del deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia a realidad de su derecho”. (C. S. de J., sent. del 20 mayo 1936. M. P. Eduardo Zuleta Ángel, “G. J.”, t. XLIII, pág. 49).

⁴⁹ Véase HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 585.

⁵⁰ C. C., art. 1635: “El art. 1635 del C. C. consagra que el pago hecho a quien no está autorizado por la ley, el juez o el acreedor, es válido desde el principio, si este lo ratifica expresa o tácitamente” (C. S. de J. sent. de 12 marzo 1958, M. P. Arturo C. Posada, “G. J.”, t. LXXXVII, pág. 442).

hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales⁵¹. El pago hecho en forma distinta genera nulidad por contravenir norma imperativa⁵².

No pueden realizarse pagos directos a personas que estén en proceso de liquidación judicial; estos se le harán al liquidador, so pena de ineficacia⁵³. En los demás casos, puede impetrarse la nulidad de los pagos hechos al deudor insolvente al que se le ha abierto concurso, cuando se han hecho en fraude de los acreedores⁵⁴.

C) *Que se cumpla efectivamente lo debido. Forma del cumplimiento*

Bajo este título se responde a la pregunta de *cómo debe hacerse el pago*. Según los MAZEAUD, hay tres principios que los rigen: 1) el *solvens* debe pagar lo debido; 2) debe pagar todo lo debido y 3) no debe pagar más que lo debido⁵⁵. Estos principios pueden condensarse en dos, que la ley consagra expresamente: por un lado, debe hacerse, bajo todos respectos, de conformidad con el tenor de la obligación y por ello el acreedor no puede ser obligado a recibir algo distinto⁵⁶. El deudor debe conformar íntegramente su ejecución con el objeto debido. Por otro lado, en virtud del principio de la indivisibilidad del pago, el cumplimiento debe ser completo, total; el deudor no puede someter al acreedor a recibir por partes, aunque el objeto sea divisible⁵⁷. Además, el pago de la deuda comprende tanto los accesorios como los intereses, las cláusulas penales y las indemnizaciones que se deban al acreedor⁵⁸.

Estas reglas, sin embargo, tienen excepciones, y, en todo caso, ceden ante las estipulaciones de las partes. Por ejemplo, respecto de la primera regla, los sujetos de la obligación pueden válidamente acordar que el

⁵¹ C. G. P., art. 593, num. 4.

⁵² C. C., art. 1636, num. 2.

⁵³ Ley 1116 de 2006, art. 50.

⁵⁴ C. C., art. 1636, num. 3. Sobre facultad del juez para recibir el pago, véase la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de 1º de mayo de 1934, M. P. Luzardo Fortoul, “G. J”, t. XLI bis, pág. 219.

⁵⁵ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 149.

⁵⁶ C. C., art. 1627.

⁵⁷ C. C., art. 1649.

⁵⁸ C. C., art. 1649, inc. 2º.

deudor pague con una prestación diversa —dación en pago—; en cuanto a la segunda, la deuda podrá satisfacerse de manera fraccionada —bajo el entendido de que el objeto es divisible— si ha sido pactado o cuando varios herederos han sucedido al deudor único, la deuda se reparte entre ellos, en la proporción de sus partes hereditarias.⁵⁹ Cuando el objeto es indivisible, el cumplimiento por partes es de suyo imposible. Pero en los negocios civiles, cuando hay sujetos plurales y el objeto es divisible, la obligación es conjunta y cada uno los deudores solo debe su cuota, a menos que haya pacto de solidaridad⁶⁰. En materia mercantil, se presume la solidaridad cuando son varios los deudores⁶¹.

Ahora bien, cuando se debe un cuerpo cierto, no puede darse o entregarse sino la especie, que es insustituible; si esta se pierde antes de la entrega por caso fortuito, sin culpa el deudor, la obligación se extingue⁶². El deudor tiene además la obligación de conservar la cosa hasta la entrega, y siempre que esta perece en poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o culpa suya⁶³. El acreedor debe recibir el cuerpo cierto en el estado en que se encuentra; si hay aumentos o deterioros en el lapso que transcurre entre el contrato y la entrega, corren por cuenta del deudor si se encontraba en mora⁶⁴.

En las obligaciones de género, el deudor puede liberarse entregando cualquier individuo del género, que sea de mediana calidad. La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación⁶⁵, a menos que se trate de un género limitado. Las obligaciones de dinero y el pago que se hace con títulos valores se sujetan a reglas especiales, que se examinan con amplitud en otros capítulos de esta obra⁶⁶.

⁵⁹ RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, pág. 390. Véase art. 1411 Código Civil colombiano.

⁶⁰ C. C., art. 1568.

⁶¹ C. Co., art. 825.

⁶² C. C., art. 1729.

⁶³ C. C., art. 1730.

⁶⁴ C. C., art. 1648.

⁶⁵ C. C., arts. 1565-1567.

⁶⁶ JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, *De las obligaciones de dinero*, t. I, cap. III; NELSON REMOLINA ANGARITA, *Del pago con títulos valores*, t. IV, el cual aparece a continuación de este capítulo. Así mismo, para el régimen de las obligaciones de dinero, los intereses, la indexación y la corrección monetaria, las cláusulas reajuste y de valor, pactos en moneda extranjera, los pagos con títulos valores, con tarjetas de crédito y débito, por medios electrónicos y otros temas relacionados, véanse HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 632 y ss.; VELÁSQUEZ, *op. cit.*, págs. 1089 y ss.

En todos los casos en que haya cumplido, el deudor tiene derecho a exigir el recibo de pago o finiquito de manos del acreedor⁶⁷.

Los gastos del pago deben ser asumidos por el deudor, a menos que haya cláusula en contrario o se realice el pago por consignación, evento en el que las expensas judiciales deben ser pagadas por el acreedor demandado por su renuencia a recibir, como veremos posteriormente⁶⁸.

D) Que se pague en el lugar y en la oportunidad que corresponda

¿Dónde debe pagarse? Para todas las obligaciones, el lugar del pago se define convencionalmente. A falta de estipulación, si lo debido es cuerpo cierto, será en el lugar en que la especie se hallaba al contraerse la obligación. Esta disposición supletiva busca evitar los riesgos de deterioro y pérdida de la cosa debida, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea. Si se debe cualquier otra cosa, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor⁶⁹.

Si ha habido cambio de domicilio del acreedor o del deudor entre la celebración del contrato y el pago, este se hará en el domicilio inicial, salvo estipulación en contrario⁷⁰.

En las obligaciones de dinero surgidas de negocios comerciales, a menos que haya acuerdo en contrario, el pago debe hacerse en el domicilio que tenga el acreedor al momento de vencimiento. Si este lugar ha variado desde que se contrajo la obligación, y por ello el cumplimiento resulta más gravoso, el deudor podrá hacer el pago en su propio domicilio, con el previo aviso al acreedor⁷¹.

El momento del pago también es asunto que las partes determinan libremente. La *exigibilidad* depende de que la obligación sea pura y simple o de que se encuentre sujeta a modalidades suspensivas de plazo o condición. La pura y simple debe cumplirse en forma inmediata; en la condicional el acreedor no puede exigir la prestación hasta que la condición se cumpla literalmente, y la sujeta a término, con la llegada del hecho futuro y cierto que se haya establecido.

⁶⁷ C. de Co., art. 877.

⁶⁸ C. C., arts. 1629 y 1662.

⁶⁹ C. C., arts. 1645 y 1646.

⁷⁰ C. C., art. 1647.

⁷¹ C. de Co., art. 876.

El respeto a los acuerdos impide que la obligación pueda cumplirse anticipadamente, en particular cuando el plazo se ha pactado en beneficio del acreedor, por ejemplo, en el mutuo que genera intereses. En general, el deudor no puede pagar antes de la *exigibilidad* sin consentimiento del acreedor, salvo cuando el término se haya estipulado en exclusivamente en favor de aquel⁷².

3. EFECTO DEL PAGO

Es la extinción de la obligación con la consiguiente liberación del deudor y de todos los que se hubieren obligado solidaria o subsidiariamente (codeudores y fiadores). Así mismo, cesan los privilegios, las garantías y todos los accesorios del crédito. Esta es la consecuencia natural que sigue cuando ha habido cumplimiento total de la deuda y satisfacción del interés del acreedor: la relación jurídica carece de objeto y por sustracción de materia, no queda nada por cumplir. Cuando se paga con el lleno de los requisitos legales, el pago es irrevocable y el deudor no puede repetir lo pagado⁷³.

Ya se han examinado las hipótesis de pago por terceros y se ha precisado que, a menos que la ejecución requiera especiales capacidades que son inherentes al deudor, el pago es válido cuando se soluciona la deuda por una persona distinta del obligado. De ese análisis surge que en algunos casos en que la ley o el convenio establecen la subrogación, el acreedor queda desvinculado pero el mismo crédito se traspaşa al pagador, con todos sus accesorios y garantías. En estas situaciones especiales, la obligación se extinguirá cuando el tercero pagador obtenga el correspondiente pago del deudor beneficiado con la intervención de aquel⁷⁴.

4. PAGO CON SUBROGACIÓN

En esta sección remitimos al lector al capítulo sobre *La subrogación. Pago por un tercero*, que forma parte de esta obra⁷⁵. Si bien el Código Civil lo reglamenta y tradicionalmente la doctrina lo incluye en el es-

⁷² MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 199.

⁷³ MESSINEO, *op. cit.*, pág. 372.

⁷⁴ Véase en el capítulo “Transmisión de las obligaciones”, el punto titulado: *La subrogación. Pago por un tercero*, de la misma autora.

⁷⁵ Véase el capítulo IV de este volumen.

tudio sobre el pago, en realidad el cumplimiento por un tercero cuando hay lugar a la subrogación, ya sea legal o convencional, no extingue en forma definitiva el vínculo jurídico sino que se transmite del acreedor satisfecho, al tercero que paga, sin solución de continuidad, junto con sus accesorios y privilegios.

5. IMPUTACIÓN DE PAGOS

La cuestión de la imputación de pagos es planteada por PLANIOL y RIPERT de la siguiente manera: “Si el deudor tiene *varias deudas* cuyos objetos sean cosas de la *misma naturaleza*, por ejemplo, dinero, con la misma persona, y si paga una suma insuficiente para extinguir todas ellas, debe decidirse a cuál deuda se imputará ese pago, es decir, determinar la deuda que debe considerarse extinguida con preferencia a las demás”⁷⁶. Esta explicación es correcta pero incompleta, pues la imputación también debe hacerse cuando hay una sola obligación entre las mismas partes y se debe una suma principal, la cual genera intereses.

Imputar significa ‘atribuir, cargar, aplicar’⁷⁷, y la imputación de pagos trata, en últimas, de establecer con certeza qué destino se da a un pago parcial realizado por el deudor, conforme a la voluntad de las partes, y a falta de ella, conforme a unas reglas legales las cuales tienen cabida especialmente en las obligaciones pecuniarias, aunque no se excluyen otras de género, porque las reglas de imputación se aplican cuando las obligaciones son fungibles entre sí. Cuando el pago es total o si se deben cosas de diversa naturaleza en razón de varias obligaciones entre el mismo deudor y el mismo acreedor, no habrá duda en cuanto a la imputación: en el primer caso, porque el pago extingue la obligación en su integridad; si se paga el total, la imputación es obvia⁷⁸ y, en el segundo, porque cada objeto deberá pagarse para cumplir la obligación respectiva.

En principio, corresponde hacer la imputación al deudor en el momento del pago, designando la obligación a la que desea se aplique el pago parcial. Si no lo hace, la hará el acreedor y en su defecto, lo hace la ley. Las siguientes son las reglas que se aplican en materia de imputación de pagos.

⁷⁶ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 541.

⁷⁷ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1105.

⁷⁸ *Ibid.*

A) *Imputación cuando hay varias deudas*

a) *Imputación por las partes*. El Código Civil señala que en este caso la elección corresponde al deudor, pero no podrá escoger la deuda que no sea exigible a la que ya lo sea. Es comprensible que la ley prefiera que se paguen primero las deudas vencidas evitando así que el deudor incurra en mora, con las consecuencias adversas que trae. Si el deudor no hace la imputación, la podrá hacer el acreedor en la carta de pago. Si el deudor lo acepta, la imputación es definitiva⁷⁹.

Ahora bien, el Código de Comercio introduce una regla no prevista en la ley civil: si no hay pacto en contrario, existiendo varias deudas devengadas, el deudor podrá imputar el pago a la que elija. Pero si solo una de las obligaciones exigibles tiene garantía real o personal, el deudor no podrá hacer la imputación a ella, sin el consentimiento del acreedor. Cuando este tenga varios créditos igualmente caucionados, podrá imputar el pago a la que le ofrezca menos seguridades⁸⁰.

b) *Imputación por la ley*. La ley entra a suplir este aspecto cuando las partes no lo han hecho; se prefiere la obligación que al momento del pago estaba vencida frente a la que no lo estaba y si no hay diferencia a este respecto, la opción regresa al deudor, que imputará a la que elija⁸¹.

B) *Imputación cuando hay una deuda, con capital e intereses*

Si respecto de la misma deuda se deben capital e intereses, el pago se imputa primeramente a intereses —abarcando tanto los remuneratorios como los moratorios⁸²— salvo que el acreedor acepte expresamente que

⁷⁹ C. C., art. 1654.

⁸⁰ C. de Co., art. 881.

⁸¹ C. C., art. 1655. Al respecto, véase la sentencia de la Sala de Casación Civil del 5 de diciembre de 1928, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. xxxvi, pág. 150: “Si el demandado para el pago de una suma de dinero manifiesta que ha tenido varios negocios a corto plazo con el demandante, los cuales ha cumplido debidamente, y como prueba del pago por la suma que se le demanda aduce el certificado de un banco en que consta que fue cubierto un cheque girado por el demandado a favor del demandante por cierta suma, la imputación del pago debe hacerse con arreglo al artículo 1665 y considerar, de acuerdo con la manifestación del demandado y no habiendo prueba en contrario que todas las obligaciones a plazo, inclusive la demanda, estaban devengadas. En este caso, no existiendo comprobada imputación ninguna expresa de las partes, es la que hace el deudor demandado la que debe prevalecer”.

⁸² VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1106.

se aplique al capital⁸³, regla del todo razonable, pues procura preservar el principal para que pueda generar futuros rendimientos, aunque se trata de un derecho al que acreedor puede válidamente renunciar, porque atiende exclusivamente a su interés patrimonial. Para estos casos, la normativa comercial no prevé una regla distinta, por lo cual se aplica la regla general del Código Civil.

Nótese que la mayoría de las normas sobre imputación se encuentran en el Código Civil (arts. 1653 al 1655), y una sola disposición se consagra en el Código de Comercio (art. 881). En principio puede pensarse que las primeras se aplican exclusivamente a los negocios civiles, y la segunda, a los mercantiles. El artículo 822 del estatuto comercial hace aplicables de manera directa los principios del derecho civil que gobiernan los actos, contratos y obligaciones civiles, a los asuntos de comercio, incluida la extinción de estas por pago, siempre que la ley mercantil no disponga otra cosa. Una interpretación rígida de la norma llevaría a la conclusión de que hay un régimen civil de la imputación y otro separado, con normas especiales para la aplicación de pagos en los actos de comercio. Pero en la realidad lo que se observa es que los dos grupos de principios no son incompatibles sino complementarios entre sí, por lo cual pueden aplicarse en su integridad tanto a los negocios civiles como a los mercantiles, empleando una especie de analogía recíproca. En casos como este, el mencionado artículo 822 debe entenderse de manera que los dos ordenamientos se complementen y sus normas sean aplicadas de manera armónica⁸⁴, de suerte que haya en la práctica un régimen unificado en el derecho privado.

Hay criterios adicionales que pueden tenerse en cuenta a la hora de imputar el pago y son de gran utilidad para la modernización de nuestro derecho privado. Por ejemplo, el Código Civil alemán prevé reglas que buscan proteger de manera equilibrada los intereses de los dos sujetos de la obligación. Por un lado, mantiene la regla de que la imputación, cuando hay varias obligaciones, corresponde en principio al deudor, pero añade que si no lo hace, se aplica en primer lugar a la deuda devengada; si varias lo están, la que ofrezca al acreedor menos seguridades; si todas

⁸³ C. C., art. 1653.

⁸⁴ Véase al respecto la interpretación del artículo 822 del Código de Comercio en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 3 de octubre de 1986, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, “G. J.”, t. CLXXXIV, núm. 2423, pág. 312 y ss. Este fallo cita el de 5 de agosto de 1985, que no fue publicado (reseñado en “G. J.”, t. CLXXX, pág. 518).

están garantizadas, la que sea más onerosa —por ejemplo, la que devengue intereses o si las dos los devengan, la que tenga los más elevados—; si son igualmente onerosas, la más antigua —cuya prescripción esté más próxima— y si todas son igualmente antiguas, a todas las deudas a prorrata⁸⁵.

Finalmente, cuando hay una deuda con principal, intereses y costos, el pago parcial se imputa primero a los costos, luego a los intereses y luego al capital⁸⁶.

6. PRUEBA Y PRESUNCIONES DE PAGO

Incumbe probar al deudor el pago y la ocurrencia de cualquiera de los modos de extinguir las obligaciones⁸⁷. En todo caso, la ley establece presunciones legales de pago, que el acreedor puede desvirtuar asumiendo la carga de la prueba:

- En los pagos periódicos, el recibo extendido por el acreedor por tres períodos consecutivos hace presumir que se han pagado los anteriores⁸⁸;
- En las obligaciones de dinero, si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar intereses, estos se presumen pagados⁸⁹;
- La posesión del título por el deudor hará presumir el pago, norma que se consagró en el Código de Comercio⁹⁰, mientras que en materia civil, la entrega voluntaria del título de la obligación se entiende como remisión tácita⁹¹.
- En los negocios mercantiles, el finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus

⁸⁵ Sección 366 del BGB. Para la explicación, véase LUDWIG ENNECCERUS; THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. II, Derecho de las obligaciones, vol. I, (Blas Pérez González y José Alguer, trads.), Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954, pág. 314.

⁸⁶ Sección 367 del B.G.B.

⁸⁷ C. C., art. 1757.

⁸⁸ C. C., art. 1628. “La presunción del art. 1628 del C. C. no es de derecho, sino simplemente legal, combatible por medio de pruebas”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 19 de mayo de 1916, M. P. Germán Pardo, “G. J.”, t. XXV, pág. 339.

⁸⁹ C. C., art. 1653, inc. 2°. “Cuando se otorga carta de pago por el capital sin mencionar los intereses, estos se presumen cubiertos, pues el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 18 junio 1912, M. P. Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. XXI, pág. 290.

⁹⁰ C. de Co., art. 877.

⁹¹ C. C., art. 1713. Véase VELÁSQUEZ *op. cit.*, pág. 1117.

cuentas en períodos fijos. Lo anterior no obsta para que el comerciante solicite rectificación de los errores de la cuenta⁹².

7. DACIÓN EN PAGO

A) *Concepto*

Si el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, aquello que dé, haga o se abstenga de hacer el deudor en cumplimiento de su obligación debe tener plena identidad con el compromiso adquirido frente al acreedor. Este no puede ser obligado a recibir cosa diversa, ni aun so pretexto de ser igual o mayor de la ofrecida⁹³.

No obstante, como una forma especial de cumplir, mediante la dación en pago se permite que el obligado descargue su prestación con un objeto distinto, siempre que en ello consienta expresamente el acreedor. Este modo diferente de solucionar el débito no tiene tipicidad legal, aunque sí se utiliza ampliamente en la vida práctica cuando el deudor, por cualquier motivo, no puede o no quiere pagar la prestación original y celebra con el acreedor un acuerdo que le permite cumplir con otra, generalmente de valor equivalente⁹⁴.

En la concepción original del derecho romano y en sentido estricto, siguiendo su etimología, la *datio in solutum* se entiende como la convenición que los sujetos de la obligación celebran para reemplazar el objeto debido, con ánimo de pagar la deuda y extinguir definitivamente el vínculo, cualquiera que este sea (dar, hacer o no hacer), por la tradición de una cosa que el deudor (tradente) hace en favor del acreedor (adquirente)⁹⁵. Varios doctrinantes entienden la dación en pago en su forma original,

⁹² C. de Co., arts. 879 y 880.

⁹³ C. C., arts. 1626 y 1627.

⁹⁴ No hay reglamentación positiva de la figura en la legislación colombiana. Sin embargo, el artículo 2407 del Código Civil, perteneciente a la fianza, hace una referencia tangencial a la dación en pago al declarar irrevocablemente extinguida la garantía cuando el acreedor acepta en pago un objeto distinto del previsto en la deuda, aun cuando sobrevenga evicción del objeto.

⁹⁵ Así lo entienden ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, que consideran que el convenio sobre la *datio in solutum* es un contrato oneroso de enajenación, puesto que el objeto se da a cambio del crédito (*op. cit.*, págs. 319-320) En el mismo sentido, PLANIOL y RIPERT (*op. cit.*, pág. 587).

como los MAZEAUD, que la definen como la operación por la cual el deudor transmite la propiedad de una cosa a su acreedor, que acepta recibirla en lugar y en pago de la prestación debida⁹⁶.

En Colombia, el ilustre jurista HINESTROSA, acogiendo la concepción de rigor que ha sostenido la doctrina civilista clásica, señala que la especie más antigua y conocida de la “prestación en lugar de cumplimiento” es la dación en pago, entendida como un negocio jurídico traslativo de un derecho a la vez que extintivo de una obligación, que exige el acuerdo del deudor y acreedor y por el cual se entrega un objeto en reemplazo de lo debido (una cosa por dinero, una cosa por otra cosa o dinero por una cosa). De ahí que sea requisito de validez de la dación la capacidad del *tradens* y su poder dispositivo⁹⁷.

Sin embargo, hoy día la mayoría de la doctrina confiere a la *datio* un sentido más amplio, al explicarla como un acuerdo entre acreedor y deudor en virtud del cual aquel conviene en recibir en pago, en lugar de la prestación que se le debía, otra equivalente⁹⁸. Según ALESSANDRI, por ejemplo, en la dación en pago el acreedor acepta recibir en cancelación de su crédito una cosa distinta de la que se le adeuda, como si debiéndosele un hecho, se le entrega una cosa o como si debiéndose una cosa determinada se le ejecuta un hecho⁹⁹.

⁹⁶ MAZEAUD, *op. cit.*, 173.

⁹⁷ HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 701-702

⁹⁸ ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho Civil*, t. III, De las obligaciones, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 423. De acuerdo con VALENCIA ZEA, la dación en pago pueden convenirla libremente los contratantes pues si ellos han sido libres para establecer la obligación, son libres igualmente para introducir modificaciones, una de las cuales consiste en cambiar una de las prestaciones por otra. Existe dación ya sea que toda la prestación se cambie por otra, ya sea que solo se cambie una parte. En suma: en opinión del tratadista, la dación en pago es un medio excepcional de extinguir obligaciones en que se permite al deudor pagar con prestación diferente.

⁹⁹ ALESSANDRI, *op. cit.*, pág. 413. La concepción amplia de la dación en pago la comparten, entre otros, CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 361, CUBIDES CAMACHO, *op. cit.*, pág. 447 y BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 471. Según OSPINA FERNÁNDEZ, de esta definición se infiere que la dación en pago no queda reducida a la sola hipótesis de que el *solvens* realice una dación propiamente dicha, esto es la transferencia del dominio de una cosa o de una suma de dinero, sino que su campo de acción se extiende a todos los casos en los que el pago implica la sustitución de una prestación cualquiera (de dar, hacer o no hacer) que es la debida, por otra distinta de la misma clase o perteneciente a otra clase. “Con otras palabras, la doctrina, ampliando el concepto romano primitivo, considera que se configura la *datio in solutum* siempre que en el pago se sustituya el objeto de la obligación por otro sustancialmente distinto”. (*op. cit.*, pág. 386-387).

Con esta perspectiva, que compartimos, hay dación no solo cuando se transfiere la propiedad de una cosa en lugar de la prestación debida, sino también en todos los casos en que en lugar de esta el acreedor acepta recibir otra prestación cualquiera, distinta de la original, sin que sea necesario transferir la propiedad de un bien. De acuerdo con HINESTROSA¹⁰⁰, todos estos pactos, que le permiten al deudor la ejecución inmediata de una conducta diversa de la inicialmente pactada, son perfectamente válidos como pertenecientes al género “prestación en lugar de cumplimiento”, pero no son de la especie “dación en pago”, que exige la tradición de una cosa en reemplazo de la prestación original.

B) *Requisitos*

La dación en pago exige el cumplimiento de varios requisitos. Cuando la dación implica la transmisión de la propiedad de una cosa como pago, el deudor o tercero que paga —como tradente— debe tener título suficiente para transferirla; en otros términos: debe ser dueño de ella y debe tener capacidad dispositiva para llevar a efecto la operación¹⁰¹. Este requisito tiene importantes consecuencias cuando, realizada la dación, aparece un tercero que demuestra mejor derecho y hay evicción de la cosa, como veremos.

Además, para las daciones propiamente dichas existe otro requisito estructural y es que la transmisión de propiedad se realice en forma instantánea y así mismo se haga la entrega inmediata de la cosa dada en pago. Lo cual significa que el deudor no se obliga a entregar la cosa en el futuro, sino que la entrega en el acto¹⁰², pues de no ser así podría configurarse más bien una novación objetiva.

Entendida en sentido más general para incluir cualquier prestación que sea sucedánea de la debida, pueden sintetizarse los requisitos de la figura examinada de la siguiente manera¹⁰³:

- El pago con una prestación diferente de la originalmente prevista. Es indispensable que exista diferencia entre la prestación debida y la que la sustituye. Puede ser una cosa mueble o inmueble en lugar de otra, o en lugar de dinero o de un hecho. Pero también puede ser un hecho positivo

¹⁰⁰ *Op. cit.*, pág. 713.

¹⁰¹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 702.

¹⁰² MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 173.

¹⁰³ Véase CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 362-364.

o negativo del deudor en lugar de otro hecho o de una cosa o de dinero. En suma: puede acordarse cualquier combinación de las grandes categorías en que se subdividen todas las prestaciones (dar, hacer, no hacer). La prestación sustituta puede ser cumplida por el deudor o por un tercero con la anuencia del acreedor, conforme a las reglas generales del pago; en el segundo caso, se aplicarán las disposiciones particulares sobre pago por persona distinta al deudor¹⁰⁴.

- La nueva prestación debe tener *animus solvendi*, es decir, la dación de una cosa o la realización o no realización de un hecho, efectuada, no con la intención de dar nacimiento a una obligación nueva, sino de extinguir, pagándola, una obligación vencida y exigible al deudor. Como ya se anotó, si la prestación sustituta consiste en dar una cosa, el tradente debe ser dueño de la cosa y tener capacidad para enajenarla¹⁰⁵.

- La variación se produce al momento del pago¹⁰⁶ y la nueva prestación debe cumplirse inmediatamente, en el mismo acto. La “dación en pago aplazada o diferida” no sería tal; así como no hay pago mientras no se cumple la prestación debida, tampoco hay dación en pago si se pospone el cumplimiento de la conducta aprobada por el acreedor. Si los efectos se dejan para un momento posterior, se está en presencia de una novación por cambio de objeto y no de una dación en pago¹⁰⁷.

- Consentimiento de las partes para entregar y recibir una prestación por otra.

C) *Naturaleza jurídica. La dación en pago y figuras afines*

La dación en pago surge de un pacto modificatorio de la obligación que se celebra entre el deudor y el acreedor, en ejercicio de su autonomía negocial. A diferencia de lo que se observa en legislaciones más recientes, nuestro Código Civil no prevé una regulación legal expresa para la dación en pago¹⁰⁸. Sin embargo, desde hace varias décadas, la jurisprudencia

¹⁰⁴ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 705.

¹⁰⁵ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 173.

¹⁰⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 471.

¹⁰⁷ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 371; MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, *Obligaciones civiles*, 3ª ed., México, Harla, 1984, pág. 472.

¹⁰⁸ A título ilustrativo, el Código Civil mexicano prevé expresamente la dación en pago en los siguientes términos, limitándola a la entrega de una cosa por una obligación anterior:

y la doctrina se han encargado de definir sus contornos y de explicar su régimen especial.

Sobre su naturaleza jurídica se han propuesto varias teorías. La que se esgrimió inicialmente, al considerarse que la dación se producía

“Art. 2095.—La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.

”Art. 2096.—Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago”.

Por su parte, el Código italiano prescribe al respecto:

“Art. 1197.—*Prestación en lugar del cumplimiento.* El deudor no puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida, aun cuando sea de un valor igual o mayor, salvo que el acreedor consienta. En este caso, la obligación se extingue cuando la prestación diversa es realizada.

”Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está obligado a la garantía por 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 cualquier caso no reviven las garantías prestadas por los terceros.

”Art. 1198.—*Cesión de un crédito en lugar del cumplimiento.* Cuando en lugar del cumplimiento se cede un crédito, la obligación se extingue con el cobro del crédito, si no resulta una voluntad diversa de las partes [...]”.

El Código Civil del Brasil, de 2002, regula el fenómeno en los arts. 356 al 359:

“Art. 356.—O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

”Art. 357.—Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.

”Art. 358.—Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

”Art. 359.—Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros”.

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación establece en el capítulo de otros modos de extinción de las obligaciones la reglamentación de la dación en pago en dos artículos. El texto es el siguiente:

“Art. 942.—*Definición.* La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada.

”Art. 943.—*Reglas aplicables.* La dación en pago se rige por las disposiciones aplicables al contrato con el que tenga mayor afinidad.

”El deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios de lo entregado; estos efectos no hacen renacer la obligación primitiva, excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros”.

cuando el deudor pagaba transfiriendo la propiedad de una cosa en lugar de la prestación originaria y que acogió al comienzo la Corte Suprema de Justicia, era que se trataba de una compraventa, pues se pensó que la cosa dada en pago ocupaba el lugar de la cosa vendida y que la deuda que el acreedor convenía en extinguir por la cosa recibida era el precio¹⁰⁹. Luego, la jurisprudencia precisó que si la dación se hacía en lugar de una suma de dinero, tal acto constituía una venta y se regía por las reglas propias de ese contrato¹¹⁰. La figura de la permuta también fue utilizada para explicar el fenómeno, cuando se daba una cosa en reemplazo de otra que se debía. Pero como la dación en pago puede adoptar formas variadas y no siempre se traduce en el pago de una suma de dinero por una cosa o en el reemplazo de un bien por otro, no puede afirmarse de manera general que el fenómeno debe asimilarse invariablemente a la compraventa o a la permuta, respectivamente¹¹¹.

También se ha asimilado esta figura a la novación por cambio de objeto en cuanto el acreedor consiente en dar por extinguido su crédito primitivo y en reemplazo por uno nuevo cuyo objeto es la nueva cosa que el deudor ofrece en pago¹¹².

Pero la mayoría de los doctrinantes y la jurisprudencia colombiana desde hace ya varios años, han optado por no encuadrar la dación en pago en una categoría jurídica preexistente, sino por reconocer en ella una institución jurídica autónoma, que tiene fisonomía, función y naturaleza propias. La jurisprudencia colombiana reciente descarta la compraventa como el tipo contractual que explica la dación en pago. En efecto, esta se considera un negocio jurídico autónomo, con perfiles propios: “Que la dación en pago es negocio jurídico unilateral, lo confirma, de cara a la compraventa, que el acreedor que consiente en aquella no contrae la obligación de pagar precio alguno: apenas conviene en que se dé una cosa diferente por la debida (*rem pro re o rem pro pecunia*), o que en lugar

¹⁰⁹ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 425.

¹¹⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. del 28 mayo 1913, M. P. Emilio Ferrero, “G. J.”, t. XXIII; del 16 septiembre 1919, M. P. Felipe Silva, “G. J.”, t. XIX, pág. 193; del 27 mayo 1926, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXII, pág. 330; del 31 mayo 1961, M. P. José J. Gómez, “G. J.”, t. XCV, pág. 928; del 9 julio 1971, M. P. Germán Giraldo, “G. J.”, t. CXXXIX, pág. 46; del 31 marzo 1982, M. P. Ernesto Gamboa Álvarez, “G. J.”, t. CLXV, pág. 64.

¹¹¹ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 425.

¹¹² ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, pág. 1413,

de ella se haga (*factum pro re*), o se deje de hacer (*non facere pro re*); o que a cambio de hacer, se dé (*rem pro facto* o *pecunia pro facto*), o se ejecute un hecho distinto (*factum pro facto*), o se deje de hacer (*non facere pro facto*); o que por no hacer, se dé dinero u otra cosa, o se haga o se modifique el deber de abstención, entre muchas otras opciones. Por el contrario, el deudor sí se obliga para con su acreedor a dar, hacer o no hacer, según se hubiere acordado, para de esa manera extinguir su primitivo deber de prestación, todo lo cual corrobora que la dación en pago, en sí misma, es un prototípico negocio jurídico extintivo (art. 878 C. de Co.). Al fin y al cabo, esa es su razón de ser, ese su cometido basilar”¹¹³.

Aunque los MAZEAUD acogen un concepto estricto de dación según se ha explicado, afirman que ella es un pago de un género particular que no se traduce en una novación, en una compraventa o permuta, aunque presenta ciertos caracteres de las dos últimas, en cuanto en estos contratos se presenta transmisión de propiedad¹¹⁴. Afirman, además, que mediante la dación se extingue la obligación primitiva y se transmite al acreedor la propiedad de la cosa por lo cual constituye un pago y a la vez una enajenación que exige del *solvens* ser propietario de la cosa y la capacidad de enajenar.

La dación es en realidad una operación con características peculiares, un pago especial de naturaleza mixta¹¹⁵, un contrato solutorio¹¹⁶ que no se identifica con la compraventa, la permuta o la novación, pues tienen diferencias evidentes, sin perjuicio de que les sean aplicables por analogía algunas reglas legales de estas figuras en razón de su similitud y del vacío normativo que existe en esa materia¹¹⁷.

Mientras que la compraventa y la permuta son contratos que se celebran para crear las respectivas obligaciones que no guardan relación con

¹¹³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio 2007 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, ref. exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01, y de 1º de diciembre 2008, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, ref.: 41298-3103-001-2002-00015-01. En el mismo sentido, fallos de Casación Civil de 12 febrero 2018 (M. P. Aroldo Quiroz, rad. 11001-31-03-042-2007-00160-01) y de 23 agosto 2019 (M. P. Álvaro F. García Restrepo, SC- 366-2019, rad. 23001-31-03-001-2011-00109-01).

¹¹⁴ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 173.

¹¹⁵ *Ibid*, pág. 181, PLANIOL y RIPERT. *op. cit.*, pág. 592.

¹¹⁶ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 708.

¹¹⁷ La jurisprudencia colombiana considera en la actualidad que la lesión enorme no procede en la dación en pago.

prestaciones diferentes y anteriores entre las mismas partes, la dación en pago supone una obligación previa que de común acuerdo se modifica por las partes y se extingue mediante la dación. Además, hemos mencionado que no en todos los casos esta figura se concreta en un bien cuya tradición sustituye la deuda primitiva, puesto que el acuerdo puede referirse a cualquier clase de prestación que es reemplazada y cumplida en forma inmediata por una de dar, hacer o no hacer algo distinto de lo inicialmente previsto.

Empero, a pesar de la semejanza que algunos autores encuentran, no debe confundirse la novación objetiva con la dación en pago. Esta no constituye la sustitución de una obligación por otra; consiste en la entrega de una cosa o en la realización inmediata de otra conducta por el deudor, con *animus solvendi* en lugar de la prestación debida que extingue definitivamente toda la obligación, sin crear otra nueva¹¹⁸. La novación objetiva no es un pago, sino una forma de crear una nueva obligación cuyo objeto se pagará en el futuro —acuerdo que se realiza con *animus novandi* para cambiar una obligación por otra— y la dación en pago es una entrega actual¹¹⁹. Si la operación no se consuma inmediatamente, sino que deja subsistente una obligación nueva con cargo al deudor, constituiría una novación por cambio de objeto¹²⁰. HINESTROSA, a este respecto, con sobrada razón, señala que la dación en pago pretende extinguir la obligación y no reemplazarla. “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 novación. No hay reemplazo de una obligación por otra sino simplemente extinción de una por una dación”¹²¹.

Sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago se ha concluido, en suma, que esta tiene sus propios caracteres y por tanto no es aconsejable identificarla con otras figuras con las que guarda cierto parecido. Pero como carece de un estatuto jurídico especial que la regule, ha sido necesario estructurarla y gobernarla con las reglas de las instituciones con las que guarda analogía, en particular el pago, la novación, la compraventa y la

¹¹⁸ VALENCIA ZEA afirma citando a JOSSEAND, que en el fondo, en toda dación en pago se descubre una novación tácita por cambio de objeto seguido de la ejecución inmediata de la nueva obligación. En la novación por cambio de objeto se supone el establecimiento de una nueva obligación en el momento del pago; es decir, la segunda obligación tiene una vida muy corta: mientras se realiza el pago (*op. cit.*, pág. 426).

¹¹⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 474.

¹²⁰ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 178.

¹²¹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 705.

permuta¹²². La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha considerado que “bien analizada la *datio in solutum*, resulta innegable —en un plano realístico— que el propósito que mueve a las partes a convenirla, es el de extinguir una obligación, no a crear una nueva —para— que inmediatamente fenezca, alambicado procedimiento que no está en consonancia con lo que, en la *praxis*, acaece cuando se acuña una dación en pago. Tanto es así, que lo que interesa realmente a las partes, es finiquitar el vínculo obligacional y no generar un nuevo lazo entre ellas, para seguidamente erradicarlo”. Así, la extinción de una obligación a través de dicho mecanismo es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, por novación, consignación, etcétera. La dación en pago tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, este recibe en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra cosa equivalente¹²³.

Es relevante también distinguir la dación en pago (*datio in solutum*) de otras situaciones similares. Por un lado, cuando el acuerdo prevé que la deuda se solucionará con la cesión de un crédito, debe entenderse que la transferencia del título contentivo del derecho no extingue la obligación inicial; ello ocurre cuando el crédito cedido es efectivamente pagado, a menos que otra haya sido la voluntad expresa o implícita de las partes¹²⁴.

La situación descrita se encuentra prevista en la legislación colombiana, al paso que en materia mercantil, los títulos valores de contenido crediticio que se entregan para cumplir una obligación de pagar no comportan dación en pago para extinguir la relación subyacente¹²⁵; son simplemente una provisión para el pago (*pro solutum o ad solutum*). Por su parte, el artículo 882 del estatuto comercial dispone que la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio por una obligación anterior valdrá como pago, pero lleva implícita la condición resolutoria de pago en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera (*pro solvendi causa*), pero en realidad se entregan no como pago, sino como provisión para el pago¹²⁶ pues aquel solo se verifica con el recibo efectivo de la suma debida, por el acreedor.

¹²² VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 427.

¹²³ Sent. de 2 febrero 2001, exp. 5670, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

¹²⁴ Véase el art. 1198 del C. C. italiano. Los códigos civiles del Brasil y Argentina remiten en estos casos a las reglas de la cesión de créditos.

¹²⁵ C. de Co., art. 643.

¹²⁶ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 711. CUBIDES hace también la distinción expresando que no es dación en pago, sino la entrega de cosas para facilitar el pago mediante la venta o disposición que de estas puede hacer el acreedor (*op. cit.*, pág. 449).

Por último, debe distinguirse nítidamente la dación en pago de las obligaciones facultativas y de las alternativas¹²⁷. En las primeras, la obligación tiene por objeto una cosa determinada, pero se le concede al deudor la facultad de pagar con esa cosa o con otra, que se designa desde el momento en que se celebra la convención. En las segundas, hay varios objetos y el deudor se libera cumpliendo uno solo de ellos. Las diferencias saltan a la vista, teniendo en cuenta que en que la dación en pago se designa un objeto en la convención, el cual cambia por un acuerdo posterior entre deudor y acreedor al momento del pago, para sustituir la primera prestación que ha de cumplirse en forma inmediata.

D) *Efecto*

El efecto de la dación en pago es el mismo que el del pago efectivo: la extinción de la obligación primitiva con todos sus accesorios —prendas, hipotecas y cualquier otra caución que se hubiese constituido para su seguridad— liberando al deudor y a los obligados solidaria o subsidiariamente —codeudores solidarios y fiadores—.

¿Pero qué sucede cuando la obligación sustituta es la transferencia de propiedad de una cosa y hay evicción de ella por un tercero que la reclama? ¿Se anula la dación y revive la prestación original? ¿O tiene el deudor la obligación de saneamiento? ¿Qué ocurre respecto de los vicios ocultos que tenga la cosa y que el acreedor descubre después de recibida?

Sobre este punto hay consenso en la doctrina al considerar que el *solvens* tiene una obligación de garantía frente al *accipiens* respecto de las calidades jurídicas y materiales de la cosa que transfiere¹²⁸. Sostienen los autores que, aun en caso de evicción, el pago supletorio y la consiguiente extinción de la deuda quedan en firme. La antigua obligación no resucita y quedan liberados los garantes, y canceladas las garantías reales, sin perjuicio de la acción de saneamiento por evicción que puede ejercitar el acreedor contra el deudor¹²⁹. Otro tanto ocurre con los vicios redhibitorios de la cosa dada en pago: el acreedor tiene la acción rescisoria

¹²⁷ C. C., arts. 1556-1564.

¹²⁸ En el derecho francés se ha discutido si en caso de evicción el acreedor recobra el derecho a pedir la obligación original, pero los tratadistas se deciden generalmente por la obligación de garantía. Véase PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 591.

¹²⁹ ALESSANDRI, *op. cit.*, pág. 414.

o la *quanti minoris* que se confieren al comprador¹³⁰, pero en ningún caso reviven los accesorios de la obligación, que se ha extinguido¹³¹.

El artículo 2407 del Código Civil colombiano, relativo a la fianza, prevé esta solución:

“Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto”.

En este aspecto puntual, la dación en pago recibe tratamiento análogo a la novación, pues extinguida la obligación inicial, desaparecen todos los accesorios y cesa la responsabilidad de los terceros garantes¹³².

E) *Lesión enorme en la dación en pago*

Tomando en consideración la analogía que tradicionalmente se ha hecho entre la dación de un bien en pago y el contrato de compraventa, no es extraño el debate sobre la procedencia de la lesión enorme cuando el bien transferido es un inmueble y quien lo da o quien lo recibe considera que la operación le es gravosa en gran medida, de suerte que puede pedir su rescisión por pérdida de conmutatividad. En sentencia del 31 de mayo de 1961, la Sala de Casación Civil sostuvo que todas las veces en que una deuda de dinero fuera pagada con bienes muebles o inmuebles, existía una notoria analogía con la venta y como consecuencia se decidió que era procedente la acción de lesión enorme cuando se verificaba una dación en pago en esas condiciones¹³³.

¹³⁰ C. C., art. 1914. Los MAZEAUD afirman que el acreedor tiene acciones de garantía por evicción y vicios ocultos, como en la compraventa (*op. cit.*, pág. 183).

¹³¹ HINESTROSA señala que el deudor o tercero que paga asume el saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios. En todo caso, el acreedor podría intentar la nulidad del pago especial para volver las cosas al estado anterior para recuperar su crédito, pero las garantías constituidas por terceros para asegurar el cumplimiento de la obligación no reviven (*op. cit.*, págs. 706 y 708).

¹³² El art. 2038 del C. C. francés contiene la misma regla del artículo 2407 del estatuto colombiano. La jurisprudencia ha interpretado la extinción de la fianza teniendo en cuenta la naturaleza de novación por cambio de objeto. MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 187. Esta solución en caso de evicción es adoptada también por el Código argentino (art. 943, inc. 2º) y el brasileño (art. 359). En Colombia, C. S. de J., sent. de 4 diciembre 1925, M. P. Dionisio Arango, “G. J.”, t. XXXII, pág. 127.

¹³³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1961, M. P. José J. Gómez, “G. J.”, t. XCV, pág. 928.

No obstante, en pronunciamientos posteriores, la Corte ha considerado que las dos figuras son incompatibles, que la lesión fue consagrada en las normas civiles con un carácter restrictivo —solo para unos pocos actos y contratos— y que en últimas, la dación no puede asimilarse a la compraventa para aplicar esa sanción al negocio jurídico. Así las cosas, ha negado la rescisión en casos de dación en pago¹³⁴.

F) *Impugnabilidad de la dación en pago*

La dación en pago, una vez realizada con observancia de los requisitos que le son propios, se torna firme e irrevocable, de suerte que la obligación inicial y sus accesorios se extinguen. Sin embargo, por tratarse de un acto dispositivo, puede afectar adversamente la solvencia del deudor. Si una operación de esta naturaleza se realiza en fraude a los acreedores reduciendo la prenda general a un nivel que no queden bienes embargables para perseguir y de esta situación son conocedores el obligado y el *accipiens*, la dación puede ser revocada mediante la acción pauliana, si el deudor no se halla concursado¹³⁵.

Las daciones en pago realizadas por el deudor concursado, efectuadas con anterioridad a la apertura de los procesos de reorganización o liquidación, pueden ser atacadas mediante la acción revocatoria concursal cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos¹³⁶.

¹³⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. del 6 julio 2007, ya citada, y del 1º de diciembre de 2008, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, ref.: 41298-3103-001-2002-00015-01. En ambos fallos hay salvamentos de voto, lo cual denota la controversia que aún hoy día gira en torno a esta cuestión.

¹³⁵ C. C., art. 2491. Para los actos onerosos, como la dación en pago, se requiere para la procedencia de la acción pauliana, la demostración del perjuicio al acreedor demandante (*eventus damni*) y la mala fe del deudor y del tercero interviniente, por conocer ambos el mal estado de los negocios (*consilium fraudis*). La revocación en estos casos también es aceptada por la jurisprudencia francesa. (MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 183).

¹³⁶ Ley 1116 de 2006, art. 74, num. 1. Son revocables las daciones en pago y demás actos dispositivos realizados durante los dieciocho meses anteriores al comienzo del proceso de reorganización o del proceso de liquidación (período de sospecha), cuando no aparezca que el adquirente obró de buena fe.

Finalmente, la jurisprudencia colombiana ha determinado que no es sospechosa ni rescindible la dación en pago de bienes pignorados, como fruto de la autonomía de la voluntad del deudor con su acreedor prendario¹³⁷.

8. PAGO POR CONSIGNACIÓN¹³⁸

A) *Concepto*

El acreedor tiene la facultad de exigir que la obligación sea cumplida por el deudor de manera completa y oportuna. En virtud de los llamados “efectos de las obligaciones”, aquel dispone de distintas acciones y medidas que buscan, en últimas, que el obligado cumpla la prestación debida logrando la tutela de su crédito. Por su parte, el deudor tiene no solo evidente interés en extinguir la obligación para liberarse del vínculo jurídico, sino que tiene un verdadero derecho a pagar. En aras del equilibrio que debe existir en toda relación de derecho, si es el deudor quien se rehúsa a cumplir, el acreedor puede coaccionarlo mediante la acción ejecutiva y así mismo, cuando este rechaza sin motivo legítimo el pago que el deudor quiere hacerle, este puede forzarlo a recibir por medio del pago por consignación¹³⁹.

Por ello, con justicia, se reconoce la validez del pago cuando se realiza sin el consentimiento y aun contra la voluntad del acreedor¹⁴⁰. El deudor no tiene por qué sufrir las consecuencias adversas de la mora (intereses, perjuicios, cláusulas penales, reportes de incumplimiento en centrales de riesgos, etc.), ni correr con los riesgos del cuerpo cierto cuando se encuentra presto a cumplir y, por el contrario, es el acreedor con su renuencia quien le está impidiendo descargar la prestación. El acreedor que incurre en mora creditoria faculta al deudor a pagar por la vía excepcional de la consignación.

De acuerdo con la definición legal, la consignación consiste en el depósito de la cosa debida en manos de un tercero, hecho en razón de la

¹³⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, ref. exp. 110013103018 1893 20302-02. El art. 60 de la ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias permite los acuerdos por los cuales el acreedor se paga directamente la obligación con el bien dado en garantía.

¹³⁸ C. C., arts. 1656-1665.

¹³⁹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 47 y 177.

¹⁴⁰ C. C., art. 1656.

“repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla”, siempre que se observen las formalidades necesarias¹⁴¹. El tercero será exclusivamente el juez, quien recibe la cosa debida, y, en su caso, el secuestro que, como auxiliar de la justicia, debe guardar el objeto consignado mientras se resuelve sobre la validez del pago¹⁴².

Pero el mecanismo mencionado tiene eficacia limitada en cuanto, por razones obvias, no opera sino para las obligaciones de dar o entregar dinero u otros bienes o para aquellas en las que siendo la prestación de hacer, su resultado es una obra material que el deudor debe entregar¹⁴³ porque estas son las únicas en que es posible depositar las cosas en manos de un tercero. Por ello, las prestaciones de hacer y las abstenciones no son susceptibles de consignación.

Esta modalidad de pago tiene importantes elementos sustantivos referidos a la extinción de la deuda por cumplimiento y la subsiguiente liberación del extremo pasivo, pero las reglas previstas en el Código Civil, de manera aislada, no hacen efectivo el derecho que el deudor tiene de pagar, si este no observa la plenitud del procedimiento previsto con ese fin, consagrado en las disposiciones adjetivas. En otras palabras: las normas sustantivas sobre el pago por consignación se encuentran indisolublemente ligadas a los aspectos procesales, por lo cual una vez entendidos el concepto y el papel del pago por consignación, es menester examinar, aunque sea de manera breve, los requisitos y las formalidades legales que se han instituidas para su realización, que se encuentran consagrados tanto en el ordenamiento civil como en el de procedimiento.

B) *Requisitos*

Desde el punto de vista sustantivo, el pago por consignación procede cuando el deudor se allana a cumplir pero el acreedor se muestra reacio y se abstiene de recibir la cosa debida; también cuando el acreedor está ausente y el deudor desconoce su paradero sin que haya un tercero designado que pueda recibir en su nombre.

El acreedor debe negarse a recibir la deuda exigible, incurriendo en la llamada *mora accipiendi*, concepto que aun cuando no se halla

¹⁴¹ C. C., art. 1657.

¹⁴² Véanse los arts. 2273 al 2281 del C. C. que regulan el secuestro como una especie de depósito.

¹⁴³ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1151.

consagrado en las normas positivas —como sí lo está la mora debitoria, junto con las reglas para constituir al deudor en ese retardo jurídicamente calificado—¹⁴⁴ debe entenderse que el deudor le ha manifestado, aun extrajudicialmente, que está listo para cumplir sin que el acreedor haya prestado su colaboración y se haga presente para recibir la cosa. Cuando este se encuentra ausente o no puede ser hallado, también hay lugar al pago por consignación y se trata, en nuestra opinión, de una negación indefinida que no necesita probarse; basta la afirmación que en tal sentido haga el deudor¹⁴⁵.

Para ser válida la consignación, debe estar precedida de una oferta formal de pago, la cual debe reunir los siguientes requisitos¹⁴⁶:

- Que provenga de una persona capaz de pagar. Este requisito se predica no solo en cuanto a la capacidad legal de ejercicio, sino respecto de la libre administración de los bienes, de manera que los incapaces no pueden realizar directamente este negocio jurídico, pues deben hacerlo por conducto o con la autorización de sus representantes legales. Tampoco pueden hacerlo las personas que se encuentren concursadas, porque se trata de un acto dispositivo que debe efectuarse con la autorización del juez del concurso conforme a las normas que gobiernan los procesos de insolvencia, so pena de ineficacia del pleno derecho¹⁴⁷.

Debe en todo caso recordarse que conforme a los principios que rigen el pago, este puede hacerse no solo por el deudor, sino por cualquier persona interesada o no en solucionar la obligación, con el conocimiento del deudor o sin él e incluso en contra de su voluntad. Así las cosas, la consignación podrá también hacerla cualquiera de estas personas con las mismas consecuencias que prevén los artículos 1630, 1631, 1632, 1668 y concordantes del Código Civil, respecto de la subrogación o el reembolso que pueda favorecer a dichos terceros en ciertos casos señalados por la ley.

- Que la oferta se haga al acreedor o a su representante, regla que concuerda con los principios generales del pago en cuanto a la legitimación para recibir la prestación.

- Que la deuda sea exigible: el plazo o condición suspensiva deben haberse cumplido.

¹⁴⁴ C. C., art. 1608.

¹⁴⁵ C. de P. C., art. 177.

¹⁴⁶ C. C., art. 1658.

¹⁴⁷ Ley 1116 de 2006, art. 17.

- Que se ofrezca pagar en el lugar debido. La oferta no puede obligar al acreedor a recibir en un sitio distinto del estipulado, pues la solución de la deuda, incluso mediante consignación, debe realizarse “bajo todos respetos en conformidad al tenor de la obligación”¹⁴⁸.

- Que el deudor dirija al juez una oferta de consignación y que ella se corra traslado al acreedor¹⁴⁹. A este requisito nos referiremos en mayor detalle a continuación.

C) *El trámite procesal del pago por consignación*

La oferta que exige el artículo 1658 del Código Civil no es otra cosa que una demanda judicial¹⁵⁰ en la que el deudor reconviene formalmente al acreedor para que reciba o, en últimas, para que en sede judicial se declare válido el pago y extinguida la deuda. Aquí el obligado es el demandante, y el acreedor el demandado.

Desde el punto de vista *procedimental*, el pago por consignación está previsto como un proceso declarativo especial, en la categoría de los abreviados. Es declarativo porque el juez debe resolver, ante las posiciones de deudor y acreedor (convertidos en demandante y demandado), si al deudor le asiste la razón respecto de la oferta de pago que hace o si, por el contrario, las objeciones del acreedor para no recibir son fundadas, con el importante efecto de declarar válido el pago y extinta la obligación en el primer caso, o manifestar que la oferta no condujo a uno válido, continuando el deudor en posición de obligado, en la segunda hipótesis.

Las reglas sobre trámite de los procesos de pago por consignación se encuentran en el artículo 381 del Código General del Proceso. De acuerdo con el tratadista LÓPEZ BLANCO, y en consonancia con los conceptos atrás esbozados, “el objeto de este proceso es hacer efectivo el derecho del deudor a que se le admita el pago de la obligación en los términos y condiciones originalmente estipulados, con el fin de evitar las gravosas consecuencias que implica la mora”¹⁵¹.

La demanda constituye, pues, la oferta formal del deudor de pagar ante el juez, frente a la negativa del acreedor a recibir o la imposibilidad

¹⁴⁸ C. C., art. 1627.

¹⁴⁹ Véase sobre el pago por consignación: C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. del 29 de julio de 1988, M. P. Jacobo Pérez Escobar.

¹⁵⁰ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1153.

¹⁵¹ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. II, Parte especial, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Dupre Editores, 1999, pág. 141.

de hacerlo por su ausencia. Este escrito debe cumplir los requisitos de toda demanda, con arreglo a las normas procesales y, naturalmente, de él debe correrse traslado al acreedor para que ejerza su derecho de contradicción. Al contestar la demanda, el acreedor debe manifestar si acepta o no la oferta de pago y, como todo demandado, puede pedir la práctica de pruebas y proponer las excepciones que quiera hacer valer.

De acuerdo con el artículo 381 del Código General del Proceso, si el acreedor no se opone, allanándose así a la demanda, el juez ordenará la consignación que debe hacerse a órdenes del juzgado, en caso de que lo debido sea dinero¹⁵². En los demás casos, el juez decretará el secuestro del bien ofrecido. Hecha la consignación o practicado el secuestro, se dictará sentencia que declare válido el pago. Si el plazo concedido vence sin que se haya efectuado la consignación o presentado los bienes en la diligencia de secuestro, el juez dictará sentencia inapelable en la que negará las pretensiones de la demanda. Esta decisión implica que no habrá pago y que la obligación continúa insoluta.

Si en la contestación de la demanda el acreedor demandado se opone a recibir el pago, el juez ordenará en todo caso que el demandante haga la consignación dentro de los cinco días siguientes o decretará el secuestro del bien; realizada la consignación del dinero a órdenes del juzgado o la diligencia de entrega al secuestro, el proceso seguirá su curso. Lo cual significa que el juez no autoriza el pago sino que debe decretar las pruebas pedidas en la demanda, en la contestación y aquellas que puede solicitar adicionalmente el demandante en el término del traslado de las excepciones de fondo que haya formulado el demandado¹⁵³.

Si el demandante no hace la consignación, el juez procederá a dictar sentencia desestimatoria de las pretensiones del deudor demandante.

Se subraya que la única oportunidad que tiene el demandado para oponerse al pago ofrecido es el término del traslado de la demanda; por tanto, “si estima que el bien ofrecido no llena los requisitos por no corresponder a la cantidad, volumen, calidad o especificaciones acordadas, debe

¹⁵² “La consignación o depósito de dinero, tratándose de 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 oferta, traslado de esta al acreedor, autorización del juez y nombramiento de depositario” (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 enero 1919, M. P. Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. xxvii, pág. 157).

¹⁵³ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *El proceso civil*, t. III, Parte Especial, vol. III, Compendio de derecho procesal civil, 8ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, pág. 622.

manifestarlo en oportunidad, en cuanto la diligencia de entrega no será ocasión propicia para hacerlo, porque ella se va a limitar a verificar que se trata del bien ofrecido, sin que sea admisible ninguna manifestación diversa a la de que no coincide”¹⁵⁴. Si valoradas las pruebas y oídos los argumentos de los contrincantes el juez comprueba que el pago satisface la obligación, deberá dictar sentencia que acoja las peticiones del deudor. En cambio, si al verificar las condiciones de la cosa ofrecida el juez encuentra que no se conforma con lo que el deudor debía dar o entregar, debe denegar las pretensiones de la demanda.

La sentencia que sea favorable al demandante declarará válido el pago y en consecuencia la obligación se extingue con todos sus accesorios. El pago se considerará realizado desde la fecha de la consignación con efecto retroactivo en lo relativo a los intereses sobre sumas de dinero, cláusulas penales y riesgos de la cosa. Esta sentencia deberá ordenar la cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la deuda y ordenará la entrega de los dineros depositados o de los bienes secuestrados al acreedor.

Los gastos de la consignación serán asumidos por el acreedor vencido, pues el trámite judicial se hizo necesario por su negativa a recibir el pago, y así deberá disponerlo el juez en la sentencia mediante la condena en las costas del proceso.

Si la consignación fue realizada por una persona distinta del deudor que se subroga en los derechos del acreedor en virtud de la ley o la convención, la obligación no se extingue ni tampoco sus accesorios, pues se traslada al tercero pagador, conforme a las reglas de la subrogación, estudiadas en el capítulo respectivo de esta obra¹⁵⁵.

De acuerdo con el artículo 1664 del Código Civil el deudor podrá retirar la consignación antes de que haya sido aceptada por el acreedor o se encuentre en firme la sentencia que declare la validez del pago. Una vez retirada, perderá todo efecto la consignación respecto del deudor y sus garantes (codeudores y fiadores), es decir, se considerará que nunca fue realizada¹⁵⁶. Desde el punto de vista procesal, se configura un desistimiento de la demanda¹⁵⁷.

¹⁵⁴ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, pág. 143.

¹⁵⁵ Véase VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1157.

¹⁵⁶ Al respecto, véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 mayo 1956, M. P. Ignacio Gómez Posse, “G. J.”, t. LXXXII, pág. 525.

¹⁵⁷ LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, págs. 145-146.

9. PAGO CON CESIÓN DE BIENES

Esta forma de pago es una antigua institución del derecho civil que le permite al deudor no comerciante, que ha caído en estado de iliquidez o de insolvencia sin su culpa, ceder temporalmente sus bienes embargables a los acreedores, no como dación en pago, sino para que los administren y con los frutos se paguen los créditos.

Destacan las siguientes características y efectos de esta figura:

- No se trata de un proceso concursal con fines liquidatorios porque no se busca la venta de los bienes para, con su producto, pagar los créditos conforme a la prelación legal que señalan los artículos 2492 al 2511 del Código Civil¹⁵⁸.

- Es un beneficio que la ley otorga al “deudor desventurado y de buena fe”¹⁵⁹. Es requisito fundamental que la imposibilidad de pagar las obligaciones haya sobrevenido por causas no imputables al deudor, es decir, sin mediar fraude, dolo o temeridad, lo cual no tiene que acreditar el deudor por presumirse la buena fe, a menos que dicha prueba sea exigida por cualquiera de los acreedores¹⁶⁰.

- En consecuencia, los acreedores están obligados a aceptar la cesión, salvo cuando el deudor ha incurrido en conductas que denotan su proceder doloso o gravemente culposo, que hacen presumir que el mal estado de los negocios no ha sido fortuito. Las conductas son las siguientes: a) el deudor ha enajenado o hipotecado como propios bienes ajenos a sabiendas; b) si ha sido condenado por delitos de hurto, robo, falsedad o ha llegado fraudulentamente a una estado de insolvencia; c) si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores; d) si ha dilapidado sus bienes; e) si no ha explicado de manera veraz y satisfactoria el estado de sus negocios o se ha valido de cualquier medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores¹⁶¹.

¹⁵⁸ Las personas jurídicas, comerciantes o no, se someten a los trámites de la insolvencia empresarial contenidos en la ley 1116 de 2006, a saber, la reorganización empresarial y la liquidación judicial. Para las personas naturales no comerciantes, el Código General del Proceso contempla un procedimiento especial de insolvencia (arts. 531-576), que prevé distintas posibilidades, a saber, procedimiento de negociación de deudas, convalidación judicial de acuerdos privados entre el deudor y sus acreedores y liquidación patrimonial.

¹⁵⁹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 682.

¹⁶⁰ C. C., art. 1674.

¹⁶¹ C. C., art. 1675.

Se presume que ha habido dilapidación cuando el deudor ha aventurado de manera imprudente sus bienes en el juego.

- Es de orden público. No valen las estipulaciones del deudor y los acreedores —o algunos de ellos— que le impidan a aquel acudir a la cesión de bienes¹⁶².

- La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino solo la facultad de disponer de ellos o de sus frutos hasta pagarse los créditos¹⁶³, es decir, es una provisión para el pago¹⁶⁴ (*ad solutum*). Lo anterior requiere que los acreedores, por mayoría, celebren un acuerdo supervisado por el juez de conocimiento, para llevar a efecto una correcta administración de los activos y para fijar las reglas de juego que deberán atenderse en la enajenación de estos y el reparto de los recursos entre los acreedores. Estos acuerdos son obligatorios para todos los acreedores que hayan sido citados debidamente, sin perjuicio de los acreedores privilegiados, hipotecarios y prendarios que se hubieren abstenido de votar¹⁶⁵.

- Los bienes podrán dejarse al deudor en administración, la cual deberá sujetarse a los convenios que para el efecto se celebren y que lo hacen responsable si se generan pérdidas que perjudiquen a los acreedores, por falta de una prudente administración.

- La cesión de bienes es un trámite judicial que comienza por solicitud del deudor, que deberá elaborar una relación de todos sus activos y de todas sus obligaciones. En ese sentido, es un proceso universal al involucrar a todos los acreedores —al menos debe citarse a todos para que comparezcan— y al comprometer todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables enumerados en el artículo 1677 del Código Civil. Es un procedimiento que se adelanta “con conocimiento de causa” según lo prescribe el artículo 1673 del Código Civil que, por previsión del artículo 390, numeral 7 del Código General del Proceso, se tramita en única instancia como proceso verbal sumario.

- La cesión no implica la remisión parcial de deudas ni que el deudor solo pague lo que buenamente pueda, como sí es posible en el beneficio de competencia. Las deudas se extinguen hasta concurrencia del valor que se haya satisfecho con los bienes cedidos. Si estos no fueren sufi-

¹⁶² C. C., art. 1673.

¹⁶³ C. C., art. 1678, inc. final.

¹⁶⁴ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 682.

¹⁶⁵ C. C., art. 1681.

cientes, y el deudor adquiere nuevos activos, deberá completar el pago con ellos. Aquí se cumple a plenitud la función del patrimonio como prenda general de los acreedores, al comprender los bienes presentes y futuros del deudor¹⁶⁶.

- La cesión no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, que siguen expuestos a la ejecución de los acreedores; es decir, solo beneficia al obligado principal. Tampoco aprovecha a quien aceptó la herencia sin beneficio de inventario. Esto último se entiende referido al heredero que se encuentra en imposibilidad de pagar deudas hereditarias o testamentarias, pero al haber aceptado pura y simplemente, se confunde su patrimonio con el del causante y debe pagar con bienes propios presentes y futuros, todas las obligaciones *ultra vires hereditatis*, es decir, más allá de las fuerzas de la herencia. En contraposición, el heredero que acepta con beneficio de inventario podrá acudir a la cesión de los bienes del difunto para que los acreedores se paguen con ellos hasta concurrencia de su valor, sin comprometer los activos propios del heredero.

10. PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

Hemos dicho reiteradamente en este capítulo que el deudor es obligado al pago de manera íntegra y que queda sujeto a la acción coactiva del acreedor si desatiende su compromiso. El conjunto de acciones y medidas que tiene a su alcance el titular del crédito, conocidos como “efectos de las obligaciones”, denota que el derecho es implacable con el deudor a la hora de hacer cumplir las prestaciones surgidas de una relación jurídica válida. Pero en casos excepcionales, razones de humanidad atemperan este rigor y permiten que el obligado pague parcialmente, sin que se configure incumplimiento y, por tanto, sin comprometer su responsabilidad. Se le otorga un alivio temporal para que pueda pagar según sus posibilidades personales.

El beneficio de competencia es precisamente uno de los casos en que la ley autoriza a ciertos deudores para pagar lo que buenamente puedan, dejándoseles lo suficiente para una subsistencia modesta. La obligación sigue vigente pero se aplaza su cumplimiento para una época posterior, que queda indeterminada y que la ley fija para cuando mejore la fortuna del deudor¹⁶⁷. Este deberá obrar de buena fe para juzgar el momento en que la condición se ha cumplido.

¹⁶⁶ C. C., art. 2488.

¹⁶⁷ C. C. art. 1684.

Es una institución de beneficencia cuya finalidad es proteger a ciertos deudores por razones económicas¹⁶⁸. Esta prerrogativa se otorga exclusivamente a algunos deudores en razón de relaciones familiares o por favores recibidos, es personalísimo e intransmisible a ningún título¹⁶⁹.

Están obligados a reconocer y respetar el beneficio de competencia los siguientes acreedores listados en el artículo 1685 del Código Civil: 1) a los ascendientes y descendientes que no hayan incurrido en causal de desheredación¹⁷⁰; 2) al cónyuge no estando divorciado por su culpa; 3) a sus hermanos, que no tengan causal de desheredamiento; 4) a los consocios por acciones que surjan del contrato de sociedad; 5) al donante, solo en cuanto al cumplimiento de la donación prometida; y 6) al deudor de buena fe que ha hecho cesión de sus bienes y que es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero solo le deben este beneficio los acreedores beneficiarios de la cesión.

La porción de bienes que han de dejarse al deudor será determinada por el juez, en concordancia con los dictados constitucionales de la dignidad humana y el mínimo vital, sin perjuicio de los bienes que por ley son inembargables.

El beneficio de competencia se tramita, por solicitud del deudor, como incidente en el proceso ejecutivo que un acreedor, de los citados en el artículo 1685 del Código Civil, le haya iniciado. Para el efecto, deberá probar, además de que concurren las calidades personales de la mencionada disposición, que los bienes avaluados y destinados a remate son los únicos activos que tiene en su patrimonio. El juez, si encuentra fundada la solicitud, determinará los bienes que deben dejarse al deudor y los excluirá de los embargos y del remate subsiguiente. La oportunidad para promover el incidente es durante la ejecutoria del auto de traslado del avalúo de bienes o del que rechace la correspondiente objeción¹⁷¹.

El beneficio de competencia es incompatible con los alimentos que estén a cargo de una de las personas arriba mencionadas y a los que el deudor tenga derecho. La ley no permite que el obligado se vea favorecido en detrimento de esos acreedores y ordena al deudor elegir entre uno y otros.

¹⁶⁸ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 430.

¹⁶⁹ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 1158.

¹⁷⁰ El artículo 1265 del Código Civil define el desheredamiento como una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima. El 1266 *ibid.* señala las causales taxativas de desheredamiento.

¹⁷¹ C. de P. C., art. 518.

11. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

La adecuada reglamentación del pago como modo natural de extinguir las obligaciones es de vital importancia para la certeza de las partes involucradas en la obligación y también para la seguridad jurídica del tráfico. Las normas sobre pago han tenido una larga permanencia en los códigos civiles, con asidero en el sistema normativo romano y puede afirmarse que, en general, sus disposiciones son técnicamente adecuadas y pertinentes.

Sin embargo, es conveniente que se unifiquen los regímenes de pago que actualmente en Colombia se encuentran separados en el Código Civil y en el Código de Comercio para dar lugar a un régimen único, que al menos incorpore institutos como la dación en pago¹⁷², se modernicen las normas sobre pactos y pagos en moneda extranjera. Ante el marchitamiento de los títulos valores de contenido crediticio, es conveniente que se reconozcan los pagos electrónicos como mecanismos jurídicamente válidos para solucionar obligaciones y se establezcan reglas claras sobre pago de intereses en las obligaciones dinerarias, punto que ha dado lugar a interminables debates.

12. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *Derecho civil, teoría de las obligaciones*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y otros: *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL: *Obligaciones civiles*, 3ª ed., México, Harla, 1984.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago-Santa Fe de Bogotá, Editorial Jurídica de Chile-Edit. Temis, 1992.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *El proceso civil*, t. III, Parte especial, vol. II, Compendio de derecho procesal civil, 8ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.
- ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN: *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. I, Derecho de las Obligaciones, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954.

¹⁷² En el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, por ejemplo, la dación en pago se define en forma expresa como: “La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada” (art. 942).

- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- LARENZ, KARL: *Derecho de obligaciones*, t. I, trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO: *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. II, Parte especial, 7ª ed., Bogotá, Dupre Editores, 1999.
- MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: *Lecciones de derecho civil*, vol. III, Parte segunda, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955.
- PLANIOL MARCEL y RIPERT GEORGES: *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VII, Las Obligaciones, 2ª part., trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, Cultural, 1945.
- POTHIER, ROBERT-JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1978.
- RIPERT GEORGES, BOULANGER JEAN: *Tratado de derecho civil*, t. V, Obligaciones, Parte segunda, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1965.
- VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1990.
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO: *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia*

a') Sala de Negocios Generales

Sent. de 1º mayo 1934, M. P. Luzardo Fortoul, “G. J.”, t. XLI Bis, núm. 1895.

b') Sala de Casación Civil

Sent. de 18 junio 1912, M. P. Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. XXI, núm. 1913.

Sent. de 28 mayo 1913, M. P. Emilio Ferrero, “G. J.”, t. XXIII, núms. 1149-1150.

Sent. de 19 mayo 1916, M. P. Germán Pardo, “G. J.”, t. XXV, núms. 1298-1299.

Sent. de 31 enero 1919, M. P. Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. XXVII, núm. 1403.

Sent. de 16 septiembre 1919, M. P. Felipe Silva, “G. J.”, t. XIX, núms. 962-963.

- Sent. de 21 julio 1922, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXIX, núm. 1516.
- Sent. de 4 diciembre 1925, M. P. Dionisio Arango, “G. J.”, t. XXXII, núms. 1659-1660.
- Sent. de 27 mayo 1926, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXII, núms. 1685-1686.
- Sent. de 5 diciembre 1928, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXVI, núm. 1829.
- Sent. de 20 mayo 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, “G. J.”, t. XLIII, núm. 1904.
- Sent. de 23 noviembre 1939, M. P. Hernán Salamanca, núm. 1950.
- Sent. de 29 mayo 1942, M. P. Fulgencio Lequerica, núms. 1989-1992.
- Sent. de 24 marzo 1943, M. P. Fulgencio Lequerica, “G. J.”, t. LV, núms. 1996-1997.
- Sent. de 25 julio 1945, M. P. Manuel José Vargas, núms. 2022-2024.
- Sent. de 22 mayo 1956, M. P. Ignacio Gómez Posse, “G. J.”, t. LXXXII, núm. 2167.
- Sent. de 19 noviembre 1957, M. P. Guillermo Garavito Durán, “G. J.”, t. LXXXVI, núms. 2188-2190.
- Sent. de 21 marzo 1958, M. P. Arturo Posada, “G. J.”, t. LXXXVII, núm. 2194.
- Sent. de 31 mayo 1961, M. P. José J. Gómez, “G. J.”, t. XCV, núm. 2240.
- Sent. de 9 julio 1971, M. P. Germán Giraldo, “G. J.”, t. CXXXIX, núms. 2346-2351.
- Sent. de 31 marzo 1982, M. P. Ernesto Gamboa Álvarez, “G. J.”, t. CLXV.
- Sent. de 3 octubre 1986, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, “G. J.”, t. CLXXXIV, núm. 2423.
- Sent. de 2 febrero 2001, exp. 5670, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Sent. de 23 abril 2003, M. P. Silvio F. Trejos Bueno, exp. 7651.
- Sent. de 29 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, ref. exp. 110013103018 1893 20302-02
- Sent. de 6 julio 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, ref. exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01.).
- Sent. de 1º diciembre 2008, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, ref. 41298-3103-001-2002-00015-01
- Sent. de 12 febrero de 2018, M. P. Aroldo Quiroz Monsalvo, SC-131-2018, rad. 11001-31-03-042-2007-00160-01.
- Sent. de 23 agosto 2019, M. P. Álvaro F. García Restrepo, SC-366-2019, rad. 23001-31-03-001-2011-00109-01.

CAPÍTULO XI

PAGO CON TÍTULOS-VALORES DE CONTENIDO CREDITICIO*

NELSON REMOLINA ANGARITA**

1. INTRODUCCIÓN

La *solución o pago efectivo*¹ es una de las formas más usuales de extinguir las obligaciones. Precisa el artículo 1626 del Código Civil colombiano que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, es decir, que si la obligación consiste en dar determinada suma de dinero, esta se honra solo cuando ello suceda: “En el anterior orden de ideas, si, como ha sido dicho, la prestación a cargo del deudor es dineraria, lo debido será dinero. De modo que solo entregando la cantidad de signos monetarios que, con referencia a determinada unidad de cuenta, constituyan el objeto de la prestación, el deudor quedará liberado de la obligación. O, para expresarlo con una fórmula propia del derecho de obligaciones, el dinero se encontrará no solo *in solutione*, sino también *in obligatione*”².

La práctica jurídica muestra que de manera concomitante al pago en efectivo de ordinario se utilizan otros mecanismos para extinguir las obligaciones. Se recurre, por ejemplo, a transferencias electrónicas de fondos³, dinero electrónico⁴, tarjetas de crédito, crédito documentario y a la

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.549>.

** Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Master of Laws del London School of Economics and Political Sciences. Doctor Summa Cum Laude en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Cofundador del GECTI (<http://gecti.uniandes.edu.co/>) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

¹ C. C., art. 1625.

² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1991, M. P. Héctor Marín Naranjo.

³ Cfr. Superintendencia Financiera, Concepto 2006033594-001 del 29 de agosto de 2006.

⁴ MARILIANA RICO CARRILLO, *Comercio electrónico, Internet y derecho*, 2ª ed., Bogotá, Legis Ediciones, 2005, pág. 168.

creación, entrega o negociación de títulos valores. Dado que los títulos valores no son dinero, frente a su uso como medio de pago surgen las siguientes preguntas: ¿qué requisitos deben darse para que una obligación crediticia se entienda extinguida con la entrega o negociación de un título valor?; ¿qué consecuencias surgen para el acreedor que recibe como forma de pago un título valor pero omite cumplir sus cargas cambiarias?

Las siguientes líneas se dedicarán entonces a estudiar las particularidades jurídicas del pago efectuado con títulos-valores de contenido crediticio. Para el efecto, se contextualizará el tema de estudio en el escenario internacional. Posteriormente se abordarán y desarrollarán las principales cuestiones jurisprudenciales y doctrinales que han surgido a partir de lo previsto por el legislador en los artículos 643 y 882 del Código de Comercio. Se omitirán, en lo posible, reflexiones sobre lo concerniente a la teoría de la extinción de la obligaciones, materia que fue tratada en capítulos anteriores. Con todo, no se busca llegar a conclusiones absolutas ni agotar todos los matices del tema. Se quiere simplemente plantear algunas inquietudes y respuestas, sujetas a los naturales y bienvenidos reparos del lector, para evidenciar la importancia, consecuencias y particularidades que nacen con la entrega de títulos valores como medio de pago.

2. APROXIMACIÓN INTERNACIONAL

Por su importancia y relevancia en el mundo de los contratos comerciales internacionales, es necesario hacer una efímera referencia a lo planteado sobre el pago con títulos valores en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004), los cuales, entre otros, pueden utilizarse para interpretar el derecho nacional. No sobra recordar aquí que dichos principios no solo reflejan conceptos que se encuentran en numerosos sistemas jurídicos⁵, sino que también instituyen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, independientemente de las tradiciones jurídicas y de las condiciones económicas y políticas de los países.

El preámbulo destaca la importancia de aquellos al señalar que los Principios:

- Establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

⁵ Sistemas de tradición jurídico-romanística, del *common law* y de los países socialistas.

- Deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos

- Pueden:

- utilizarse cuando las partes:

- 1) hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes;

- 2) no han escogido el derecho aplicable al contrato.

- ser empleados para interpretar o complementar:

- 1) instrumentos internacionales de derecho uniforme;

- 2) el derecho nacional.

- servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

En el artículo 6.1.7, que lleva por título *Pago con cheque u otro instrumento*, se establece lo siguiente:

“1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

”2) No obstante, *un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida*” (bastardilla nuestra).

La norma prevé la entrega de cheques y también la de letras de cambio o pagarés, entre otros títulos, como una forma de pago sujeta a condición suspensiva consistente en que las sumas de dinero incorporadas en los diferentes títulos valores sean efectivamente recibidas por el acreedor. Mientras ello no suceda, se entiende que el pago no se ha realizado. Esta misma regla se prevé para aquellos casos en que el pago se efectúe por transferencia de fondos (art. 6.1.8), regla que indica que la obligación se cumple “[...] al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor”.

Existen pocos casos en el derecho internacional que hayan tenido ocasión de desarrollar el alcance del prenombrado artículo 6.1.7. Solo conocemos lo planteado en el Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic del 17 de diciembre de 1996, que aplicó la ley polaca para solucionar un conflicto entre empresas de dicho país y de Rusia, pero en su fallo se aclaró que el artículo 925 del Código Civil de Polonia recogía el contenido del susodicho artículo 6.1.7 (2) según el cual, internacionalmente la obligación de pago que se efectúe mediante cheque u otras formas diferentes del efectivo solo se cumplía cuando el acreedor recibía la suma de dinero correspondiente.

Esta idea, con las salvedades que luego se advertirán para el caso colombiano, también se aplica, entre otros países en Estados Unidos y en Colombia. En la sección 2-511 (3) del Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos (Uniform Commercial Code ‘UCC’), por ejemplo, se establece que sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la sección 3-802 [*sic*] “el pago mediante cheque es condicional y queda sin efecto entre las partes si el cheque es desatendido al ser debidamente presentado”⁶. En el derecho colombiano, el inciso 1º del artículo 882 del Código de Comercio establece que el pago que se efectúe mediante títulos valores está sujeto a condición resolutoria. También consagra las consecuencias en cabeza del acreedor por dejar caducar o prescribir el título dado como medio de pago y configura los elementos necesarios para que proceda la acción *in rem verso cambiaria*. Respecto de la situación latinoamericana sobre este punto, nos remitimos a las conclusiones del profesor GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN⁷.

3. REGULACIÓN NACIONAL

En la práctica los títulos valores cumplen muy variadas funciones, que podemos resumir así: documento de inversión, instrumento de garantía, medio probatorio, representativo de derechos, título ejecutivo y mecanismo de pago.

El empleo de los títulos valores como instrumento de pago se regula desde dos perspectivas. La primera se refiere a las normas que han incorporado explícitamente esta figura en situaciones particulares sin que desarrollen los efectos jurídicos que ello ocasiona y remitiendo a las disposiciones generales sobre la materia (C. de Co., art. 882). Denominamos a esta clase de regulación *remisionista*. La segunda visión hace referencia a las normas *macro*, que son de aplicación general y transversal, que no solo aluden al tema en estudio, sino que también enuncian las condiciones que deben darse para que el pago con títulos valores extinga obligaciones.

⁶ “Payment by check is conditional and is defeated as between the parties by dishonor of the check on due presentment” en <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-511.html>. Traducción tomada de: Código Uniforme de Estados Unidos. Texto oficial. Versión en castellano autorizada por The American Law Institute, Barcelona, Marcial Pons, 2002, pág. 122,

⁷ GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 246-247.

A) Regulación “remisionista”

Dos ejemplos ilustran este tipo de reglamentación:

El artículo 5° del decreto 786 de 2001⁸, referente a la extinción de obligaciones a cargo de la nación ordena que “*la expedición y entrega del bono en el Depósito Centralizado de Valores extingue las obligaciones de la nación para con la universidad por tal concepto, en relación con los servidores públicos incluidos en el pasivo que sirvió de supuesto para la expedición del título, en los términos del artículo 882 del Código de Comercio*”. (Bastardilla nuestra).

El texto de esta norma fue inicialmente incorporado en 1999⁹. Se trata de una estrategia del gobierno consistente en la expedición de bonos que reconocen las obligaciones a cargo de la nación por concepto de pasivos provenientes del auxilio de cesantía del personal administrativo y docente, con el fin de facilitarles a las universidades estatales u oficiales la solución de los problemas relacionados con la cancelación de dichos pasivos laborales.

Estos documentos son títulos de deuda pública conocidos como “*bonos de cesantía de las universidades estatales*”. Los emite la Dirección del Tesoro Nacional en favor de las universidades (serie A) y de las entidades administradoras de cesantías (serie B) y son administrados en depósitos centrales de valores (DCV). Se expiden mediante registro en dicho depósito, y tanto su circulación como administración se realiza de manera desmaterializada. El plazo de redención de los bonos es de tres años y a su vencimiento, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, directamente o por conducto del depósito central de valores, debe pagar a los beneficiarios el valor acumulado de capital e intereses.

Así las cosas, el artículo 5° estatuye que las obligaciones a cargo de la nación para con las universidades se extinguen mediante la expedición y entrega de los citados bonos a un depósito central de valores, no al acreedor directamente, siempre y cuando sean efectivamente cancelados a su vencimiento. Esto es así porque la norma determina que la entrega

⁸ “Por medio del cual se establecen reglas para la expedición de los bonos de reconocimiento del pasivo de cesantías de las universidades estatales”. Modificado por el decr. 1700 de 2002.

⁹ Este texto replica exactamente el art. 5° del decr. 2653 de 1999 “por medio del cual se autoriza la expedición de los bonos de reconocimiento del pasivo de cesantías de las universidades estatales”, el cual fue derogado por el art. 8° del decr. 2786 de 2000.

de los bonos como medio de pago se sujeta a los términos del artículo 882 del Código de Comercio.

El artículo 2º del decreto 2210 de 2004¹⁰ establece que “para efectos de transferir el valor del cálculo actuarial, las empresas podrán *entregar títulos valores de contenido crediticio, los que llevarán implícita la condición resolutoria del pago de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio*, y deberán corresponder a inversiones admisibles de la respectiva administradora del Régimen de Prima Media” (bastardilla nuestra).

Esta disposición reglamenta la obligación que tienen las empresas del sector privado de transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. La norma permite que las empresas paguen el valor del cálculo actuarial con la entrega de títulos valores de contenido crediticio. No obstante, si las sumas de dinero incorporadas en ellos no son efectivamente pagadas, se entenderá que la empresa no cumplió con su obligación, pues en ese caso opera la condición resolutoria del pago prevista en el artículo 882 del Código de Comercio el cual analizaremos a continuación.

B) Regulación general

Dada la costumbre de entregar títulos valores como medio de pago, el legislador no solo avaló explícitamente dicho fenómeno sino que: 1) delimitó su campo de acción; 2) fijó las condiciones para que la entrega de títulos valores valga como pago; 3) estableció la acción causal y 4) creó la acción *in rem verso cambiario*. Para el efecto, el artículo 643 del Código de Comercio instituye lo siguiente: “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.

”La acción causal podrá ejercitarse de conformidad con el artículo 882”. Tal artículo, por su parte, señala: “La entrega de letras, cheques, pagarés 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 o no sea descargado de cualquier manera.

¹⁰ “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 3º de la ley 860 de 2003”.

”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 así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”¹¹.

4. ALCANCE DEL ARTÍCULO 882 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo en comento trata cuestiones diversas en sus tres incisos. En el primero valida el pago con títulos valores de contenido crediticio, aclarando que está sometido a condición resolutoria del pago si el título es rechazado o no descargado. El segundo precisa las condiciones y requisitos para que proceda la acción causal y el tercer inciso consagra las consecuencias del incumplimiento de las cargas cambiarias de parte del acreedor y prevé la aplicación de la acción *in rem verso cambiario*.

Varias son las preguntas que surgen en torno al artículo 882, cuyas respuestas ilustran su alcance y significado jurídico:

A) *¿Existe contradicción entre los artículos 643 y 882 del Código de Comercio?*

Señala el doctor HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA que “parece innegable cierto grado de contradicción entre ambas normas, ya que si la primera establece como norma general que la emisión o transferencia de títulos valores no extingue, salvo pacto en contrario, la relación originaria, la segunda prescribe que sí hay pago, pero sujeto a condición resolutoria. No obstante, tal contradicción es meramente funcional y secundaria, puesto que, en esencia, ambas normas simplemente están ordenando, en consonancia con la doctrina, que los títulos se reciben «salvo buen cobro», de modo que solo en cuanto sean descargados producen la extinción de la relación subyacente”¹². Nótese cómo los dos artículos aceptan la entrega

¹¹ La expresión “no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año” fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sent. C-471 de 2006.

¹² HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, *La acción cambiaria y otros procedimientos cambiarios*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dikè, 1987, pág. 233-234.

de títulos como medio extintivo de obligaciones, pero parten de supuestos distintos. El primero con una acepción negativa y el segundo, con visión positiva. En efecto, el principio del artículo 643 consiste en negar la efectividad de dicho mecanismo de pago, salvo que “aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes”. Respecto del alcance de este artículo, FERNANDO HINESTROSA señala que cuando se entrega un cheque como medio de pago, “allí no hay en verdad pago, sino provisión para el pago, que tendrá lugar solo en cuanto el cheque sea efectivo y en la medida en que lo sea, lo cual es de importancia capital para establecer la realidad, la medida y la oportunidad del pago [...] 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 (C. de Co., art. 643), 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”¹³.

En el inciso 1º del artículo 882 se le da plena validez al precitado medio, mientras las partes no pacten lo contrario. Reiteramos que los artículos en cuestión, aunque con visión diversa, coinciden en dar cabida a la utilización de los títulos valores de contenido crediticio como medio de pago: “hoy no se remite duda a que a menos de pacto en contrario, se pueden satisfacer obligaciones de pagar dinero con la entrega de títulos valores que haga el deudor a su acreedor pero que esa forma de pago lleva implícita la condición resolutoria en caso de que el instrumento no sea descargado oportunamente”¹⁴.

En todo caso, no debe perderse de vista que el artículo 643 integra el capítulo de las generalidades de la regulación de los títulos-valores, mientras que el 882 forma parte de las reglas del pago contenidas en el libro IV sobre los contratos y las obligaciones mercantiles. Por eso, frente a cualquier inconsistencia entre uno y otro, debemos acoger lo señalado en el artículo 882, en virtud de lo ordenado por el artículo 5º de la ley 57 de 1887, pues aquel es, desde la perspectiva del pago de las obligacio-

¹³ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed., t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 633.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 octubre 1978, M. P. José María Esguerra Samper.

nes, una norma especial y posterior frente al artículo 643 del Código de Comercio. Así las cosas, en las siguientes líneas nos centraremos en el análisis del artículo 882 de tal normativa.

B) *¿Está obligado el acreedor a recibir títulos valores como forma de pago?*

No. Se trata de una alternativa que la ley valida si el acreedor la acepta o las partes acuerdan, pero de ninguna manera se traduce en un imperativo que obligue al acreedor a recibir títulos como medio para extinguir obligaciones. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia concluyó que “no puede el acreedor ser constreñido a recibir un cheque u otro título valor de naturaleza crediticia para el pago de la suma de dinero que se le adeude. [...] La hipótesis normativa considerada en el artículo 882 del Código de Comercio, si bien concierne a la posibilidad de pagar con títulos valores, sujeta a ciertos condicionamientos, ella no está edificada sobre una posición de preeminencia del deudor respecto del acreedor en la escogencia del medio con que aquel debe satisfacer el interés de este”¹⁵.

C) *¿Qué requisitos deben darse para que se entienda extinguida la obligación mediante la entrega de títulos valores?*

Es necesario que se cumplan los siguientes requisitos para que se honre una obligación mediante la entrega de títulos valores:

- Entrega al acreedor de títulos valores de contenido crediticio.

Como se sabe, la *entrega* es un elemento común de la circulación, negociación o transferencia de los títulos al portador, a la orden y nominativos, tal como se deriva de los artículos 668, 651, 648 del Código de Comercio respectivamente. Esta generalmente se hace de manera directa, pero en algunos casos procede la entrega indirecta a entidades como, por ejemplo, los DCV, según lo establecido en el artículo 5° del decreto 786 de 2001.

El pago mediante títulos valores solo procede con la entrega de los de contenido crediticio. La norma se circunscribe a los denominados instrumentos negociables que tienen “por objeto el pago en moneda” (C. de Co, art. 821). Si bien los títulos valores de contenido crediticio no son dinero, en algunos casos la misma ley los equipara como tal (art.

¹⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1991, M. P. Héctor Marín Naranjo.

905¹⁶). Así las cosas, en la hipótesis que prevé el artículo 882 procede la entrega de pagarés, letras de cambio, cheques, bonos, facturas cambiarias y bono de prenda, entre otros instrumentos.

- Ausencia de estipulación de las partes que niega validez a la entrega de los títulos como medio de pago.

Lo dispuesto en la norma es de aplicación supletiva frente a manifestación diversa que surja como fruto de la autonomía de la voluntad de las partes.

- Pago efectivo al acreedor de las sumas de dinero incorporadas en los títulos valores.

La ausencia del pago del título le permite al acreedor hacer uso de las facultades jurídicas propias de la condición resolutoria¹⁷ cuyo alcance analizaremos a continuación.

D) *¿Qué consecuencias acarrea la condición resolutoria prevista en el artículo 882 del Código de Comercio?*

Como punto de partida, resulta conveniente subrayar que no estamos frente a un pago sujeto a condición suspensiva, tal como sucede, por ejemplo, en el artículo 6.1.7 de los precitados Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales. La situación del artículo 882 del Código de Comercio es diferente, pues nos pone frente a la existencia de una condición resolutoria del pago si el título es rechazado o no es descargado. En caso de impago del título entregado al acreedor, la obligación causal no se entiende extinguida y por ende el acreedor es dotado de herramientas jurídicas para que en virtud de la cláusula resolutoria¹⁸ le exija al deudor cumplir con su prestación o termine el vínculo existente con derecho a que se le indemnicen los perjuicios causados. En palabras de MARÍA BIBIANA BOTERO y ANA MARÍA PALAU, “cumplida la condición, se reactiva el negocio y el acreedor adquiere la opción de accionar con base en la causa”¹⁹.

¹⁶ Según el art. 905 del Código de Comercio, los títulos valores de contenido crediticio se equiparan al dinero para efectos del contrato de compraventa.

¹⁷ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio de 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

¹⁸ El marco legal básico de la condición resolutoria se deriva fundamentalmente de lo establecido en los arts. 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

¹⁹ MARÍA BIBIANA BOTERO y ANA MARÍA PALAU, *Análisis del artículo 882 del Código de Comercio colombiano: 1971-2005*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

En sentir de la Corte Suprema de Justicia, la aceptación que de los títulos como medio de pago hace el acreedor “lleva la condición resolutoria de buen fin o sea que la extinción definitiva de la obligación originaria emergente del contrato, queda sujeta a que los títulos no resulten deshonrados, habida cuenta [de] que si esto ocurre, se reputa cumplida la condición que determina la resolución de los efectos del pago y con ella, desde luego, la restauración retroactiva de la deuda por concepto del precio a su estado primitivo”²⁰. En virtud de lo anterior, y salvo pacto en contrario, la obligación se entiende extinguida con la entrega del título pero “resucitará” si se establece que no fue pagado. Precisa JORGE CUBIDES CAMACHO que el artículo 882 consagra un “caso peculiar de condición resolutoria, en el cual por el hecho incierto de no pagar el título no se resuelve el vínculo sino al contrario: se «revive» la obligación que se presumía extinguida por la entrega como pago de título valor. «Revivida» la obligación, el acreedor puede hacer efectivo su pago, devolviendo el instrumento que fue rechazado”²¹.

E) *¿A partir de qué momento se entiende extinguida la obligación para cuyo pago se entregaron al acreedor títulos-valores de contenido crediticio?*

Salvo que las partes acuerden otra cosa, consideramos que la extinción de la obligación se produce desde el momento en que se entregó al acreedor el título valor y no cuando este efectivamente recibió el dinero incorporado en él. En efecto, el artículo 882 establece que estamos frente a un pago con condición resolutoria y no ante una condición suspensiva. Por eso, la obligación se entiende extinguida con la entrega del título, a menos que no sea pagado. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que “como la condición resolutoria al cumplirse extingue retroactivamente los efectos del pago, mientras ella pende, forzoso es entender que hay «pago» con todas las consecuencias que los puros y simples producen, lo que entre otras cosas significa que, entre tanto o sea mientras dicha situación de pendencia subsista, la obligación que se reputa saldada no tiene la calidad de exigible”²².

²⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

²¹ JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, núm. 3, 2005, pág. 148.

²² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1992, exp. 2528, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Cfr. C. de E., Sección Tercera, sent. de 22 noviembre 2001,

Una cosa es establecer que la extinción de la obligación queda sujeta a que efectivamente se produzca el pago del crédito incorporado, lo cual no lo establece el artículo 882 del Código de Comercio, y otra suponer que ella se produce con la entrega del título que faculta al acreedor para que en caso de que no se pague, haga efectivas las opciones que surgen de la condición resolutoria.

F) Si el título es rechazado o no pagado, ¿a partir de qué momento se entiende que el deudor está en mora del cumplimiento de la obligación causal?

Si las partes no pactan algo diferente, por las razones explicadas anteriormente consideramos que el deudor se encuentra en mora desde el momento en que se entregó al acreedor el título valor que resultó impagado. Si esto es así, ¿desde qué momento se causan los intereses de mora de una obligación para cuya extinción se entregó un título valor con vencimiento posterior a la máxima para el pago de la obligación causal? Veamos un ejemplo:

Con ocasión de un contrato de compraventa, Juan le debe pagar a Miguel treinta millones de pesos el 9 de abril de 2008. Ese día le entrega como medio de pago un pagaré con dicho monto más intereses de plazo de 1,2 por ciento mensual y con vencimiento el 9 de abril de 2009. Vencido el plazo, Miguel le presenta el pagaré a Juan que se niega a pagarlo.

¿Cuál sería la pretensión de Juan si quiere incoar el proceso de incumplimiento de contrato? ¿Sería la misma en caso de que prefiriera demandar por vía ejecutiva?

Si Juan selecciona la vía ordinaria para demandar el incumplimiento de contrato, pueden surgir dos hipótesis sobre las pretensiones, a saber:

- 30 millones más intereses corrientes causados hasta el 9 de abril de 2009 e intereses moratorios a partir del 10 de abril de 2009.
- 30 millones más intereses moratorios a partir del 10 de abril de 2008.

Como se observa, el camino que se seleccione significará recibir una suma mayor o menor de dinero. Como quiera que estamos en un escenario de incumplimiento de contrato y operó la condición resolutoria del

exp 14852, C. P. Ricardo Hoyos Duque; C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 22 junio 2006, proceso 24817, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; C. de E., Sección Cuarta, sent. de 1º septiembre 2000, exp. 11001-03-27-000-1999-0066-01(9842), C. P. Daniel Manrique Guzmán.

pago realizado mediante pagaré entregado el 9 de abril de 2008, fecha en la que vencía el plazo para el pago de la obligación causal, entendemos que, entonces, el incumplimiento del pago de dicha obligación nació el 10 de abril de 2008, momento a partir del cual empiezan a causarse los intereses moratorios. Así las cosas, la segunda hipótesis sería la más apropiada sin perjuicio de que surgieran otras interpretaciones de la situación. No se descarta que se considere que el plazo de pago fijado en el título represente una modificación del término contractual. Si ello es así, la hipótesis primera resucitaría.

Esta eventualidad de alternativas no se da en el caso de empezar una acción ejecutiva, pues allí recurriamos a la literalidad del título para establecer el monto de las pretensiones (incluida la causación de los intereses de mora). A la luz del artículo 782 del Código de Comercio, la hipótesis primera sería la adecuada.

G) *¿Cuáles alternativas jurídicas tiene el acreedor que recibió como medio de pago un título que fue rechazado o no pagado?*

La respuesta varía, según lo que ocurra con las acciones cambiarias directas o de regreso²³ del título valor dado en pago. Si estas han caducado o prescrito, la obligación causal se extingue por mandato legal y el acreedor solo podrá hacer uso de la acción *in rem verso cambiario* (C. de Co., art. 882, inc. 3º). Pero si ello no ha sucedido, el acreedor tendrá dos opciones: empezar la acción causal o emprender un proceso ejecutivo con título valor mediante el cual solicitará, entre otras, lo siguiente: 1) el valor del importe total o parcial del derecho incorporado que no fue pagado; 2) intereses corrientes, si se pactaron; 3) intereses moratorios; y 4) gastos de cobranza (C. de Co., art. 782).

La acción causal y la ejecutiva de cobro son excluyentes. El acreedor solo podrá hacer uso de una de ellas²⁴. Permitirle ejercer las dos le ocasionaría daños al deudor, que podría terminar pagando varias veces por la obligación originaria que infructuosamente se procuró extinguir voluntariamente con la entrega del título valor. Por tanto, como se verá, un requisito de procedibilidad de la acción causal consiste en entregar el título o dar caución a satisfacción de juez, para cubrir los eventuales perjuicios que ocasione la no devolución de aquel.

²³ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 marzo 1992, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

²⁴ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1992, exp. 2528. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

H) *¿Cuáles son las condiciones necesarias para que proceda la acción causal de una obligación para cuyo pago se entregó un título valor de contenido crediticio?*

La entrega del título como medio de pago hace inexigible la obligación causal y por ende no es procedente ninguna clase de proceso para demandar el pago²⁵. Pero si el título es rechazado o no es descargado, en virtud de la condición resolutoria el deudor queda en posición de incumplimiento, con todas las consecuencias que ello supone. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “la condición resolutoria al cumplirse extingue retroactivamente los efectos del pago”²⁶.

Ante esta situación, el acreedor podrá, entre otras alternativas, incoar acción causal para exigirle al deudor el cumplimiento del contrato o terminarlo y, en ambos casos, demandar el pago de los perjuicios causados por la inobservancia de los deberes del deudor: “La Corte tiene dicho que si un título valor de contenido crediticio entregado como pago de una obligación anterior es rechazado o no descargado de cualquier manera, la condición resolutoria del pago [*sic*] coloca al deudor en posición de incumplimiento en relación con la obligación originaria, caso en el cual el contratante cumplido o que se allanó a cumplir puede demandar alternativamente la ejecución o la resolución del contrato, siempre que devuelva el título o garantice el pago de los perjuicios que con su no devolución pueda acarrear”²⁷.

Como mecanismo de protección al deudor, el inciso 2º del artículo 882 del Código de Comercio exige que para el ejercicio de la acción causal el acreedor debe devolver el título o, si no lo hace, dar una caución a satisfacción del juez con miras a indemnizar al deudor por los eventuales perjuicios que pueda ocasionar la no devolución de aquel. Lo anterior es una consecuencia de los principios de incorporación y autonomía de los títulos valores, pues mientras ellos sean transferidos o se encuentren en manos de un tercero de buena fe, es obligatorio pagar el importe del título.

Con la devolución o la caución se quiere evitar que el deudor termine pagando varias veces por la causa que originó la obligación inicial. Una,

²⁵ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1992, exp. 2528, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez. En ese mismo sentido, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 1989, M. P. Alberto Ospina Botero.

mediante proceso ejecutivo, y la otra, mediante proceso ordinario de la acción causal. Por eso, según la Corte Suprema de Justicia la caución a satisfacción del juez o la devolución del título “es necesario para suprimir riesgos en realidad existentes de posible ejercicio por diferentes personas de acciones cambiarias y causales con objetivos contradictorios en detrimento del deudor”²⁸. Concluye la Corte en otra sentencia que “esta mera posibilidad debe precaverse y evitarse a todo trance, porque comportaría nada menos que el ejercicio simultáneo de dos derechos que en forma alternativa concede para los contratos bilaterales el artículo 1546 del Código Civil, lo cual es absurdo”²⁹.

La omisión del mencionado requisito no se queda en el plano teórico ni en el mundo especulativo de la retórica académica, sino que en la práctica ha sido el motivo por el cual los tribunales superiores de distrito no acceden a las peticiones elevadas en acción causal. Así lo demuestra una investigación académica de MARÍA BIBIANA BOTERO y ANA MARÍA PALAU en 2005. Señalan las autoras que “en el minucioso estudio que se hizo de la jurisprudencia de dichos tribunales, se detectó un común denominador en casi todas las sentencias proferidas: el rechazo de las pretensiones debido a que la parte no había devuelto el instrumento o prestado caución sustitutiva para mitigar los eventuales perjuicios que pudiera causarle al deudor”³⁰. A título de ejemplo, se subrayan las conclusiones de algunos de los casos analizados³¹:

“[...] en el presente caso la demanda está llamada a fracasar porque el demandante no ha devuelto los instrumentos, ni ha prestado garantía

²⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1992, exp. 2528, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. En ese mismo sentido, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 1989, M. P. Alberto Ospina Botero; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 1989, M. P. Alberto Ospina Botero; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

²⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 de marzo de 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

³⁰ BOTERO y PALAU, *op. cit.*

³¹ Dentro de las sentencias relacionadas en su estudio, BOTERO y PALAU señalan en especial las siguientes, todas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá: Sala Civil de Decisión, sent. de 13 junio 2002, M. P. Rodolfo Arciniegas Cuadros; Sala Civil de Decisión, sent. de 28 junio 2002, M. P. Rodolfo Arciniegas Cuadros; Sala Civil de Decisión, sent. de 9 julio 2002, M. P. José Elio Fonseca Melo; Sala Civil de Decisión, sent. de 14 julio 2003, M. P. Edgardo Villamil Portilla, y Sala Civil de Decisión, sent. de 16 marzo 2004, M. P. Edgar Carlos Sanabria Melo.

de que no serán usados en perjuicio de los demandados; por el contrario, hay evidencia de que los títulos valores están siendo cobrados en otro proceso adelantado por un tercero que recibió los títulos por endoso hecho por quien aquí demanda la resolución derivado de la falta de precio”³².

“Al no obrar prueba de que la demandante haya devuelto los instrumentos impagados al demandado o que se hubiera prestado caución a satisfacción del juez, para indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución de los mismos, se deben negar las pretensiones”³³.

En síntesis, tres son los requisitos para el ejercicio de la acción causal³⁴, a saber:

- Que el título dado como mecanismo de pago haya sido rechazado o no descargado
- Que las acciones cambiarias directas o de regreso no hayan prescrito o caducado.
- Que el acreedor restituya el título o, en su defecto, otorgue garantía suficiente para indemnizarle al deudor los perjuicios que pueda ocasionarle la falta de devolución.

I) *¿Qué ocurre cuando la acción cambiaria directa o de regreso del título dado en pago prescribe o caduca?*

En esta hipótesis, por mandato legal se entiende extinguida la obligación original o causal que se pretendió extinguir con la entrega del título valor (C. de Co., art. 882, inc. 3º). Ilustremos la situación con un ejemplo: Marcela vende su carro de 50 millones de pesos a Marco. Este le gira a Marcela un cheque por dicho monto. Ella dejó caducar la acción de regreso y empezó extemporáneamente proceso ejecutivo de cobro. Frente a esta situación y en la etapa pertinente, Marco excepciona con éxito las causales previstas en el numeral 10 del artículo 784 del Código de Comercio (prescripción o caducidad). Así las cosas, la estrategia cambiaria de cobro fue infructuosa. Marcela, entonces, presenta de-

³² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil de Decisión, sent. de 14 julio 2003, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

³³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil de Decisión, sent. 16 marzo 2004, M. P. Edgar Carlos Sanabria Melo.

³⁴ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2005, exp. 3215, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

manda por incumplimiento del contrato de compraventa contra Marco, que podrá excepcionar, con razón, la extinción de la obligación de pagar los 50 millones en virtud del explícito mandamiento del inciso 3° del artículo en comento. En síntesis: Marcela ha fracasado en vía ejecutiva y ordinaria por las consecuencias jurídicas que acarrea el incumplimiento de las cargas cambiarias.

Como se observa, estamos ante una situación *cuasinefasta* para el acreedor negligente en ejecutar debidamente sus cargas cambiarias. Pese al panorama desesperanzador para dicho acreedor, el legislador consagró la *actio in rem verso cambiaria* o *acción de enriquecimiento cambiario*³⁵ como un remedio jurídico subsidiario de uso excepcional y especial para este tipo de situaciones.

Vale la pena traer a colación que la materialización de la función y de los beneficios de los títulos valores no solo se ancla en el estricto andamiaje normativo bajo el cual se engloba el denominado “rigorismo cambiario”, sino en el fundamental comportamiento activo de los sujetos cambiarios que deben realizar ciertas gestiones cambiarias o comenzar oportunamente las acciones cambiarias.

El cumplimiento de las cargas cambiarias no es exigible, pero su omisión genera la caducidad de las acciones de regreso. Particularmente, el tenedor debe efectuar, según el título que se trate, las siguientes actividades para evitar la caducidad: 1) presentar oportunamente el título para aceptación y el pago; y 2) protestar debidamente el título en caso de falta de aceptación o de pago.

La prescripción acontece por la no interposición oportuna de la acción cambiaria de cobro ante juez competente. Por regla general, la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del vencimiento (C. de Co., art. 789) y la acción cambiaria de regreso del último tenedor en un año desde la fecha del protesto o, en su defecto, desde el vencimiento o la fecha de culminación de los plazos de presentación (art. 790). Para el caso del cheque, los citados términos se reducen a seis meses desde la presentación oportuna³⁶, según las voces del artículo 730 del Código de Comercio. Además, debe tenerse en cuenta que no basta la presentación de la demanda para interrumpir civilmente el término de la prescripción,

³⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, exp. 4064, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

³⁶ Cfr. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC. Sala Civil, sent. de agosto 2001, rad. 950800245 A, M. P. Manuel José Pardo Caro.

sino que es imperioso notificarle al demandado el auto admisorio o el mandamiento ejecutivo en el término previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la ley 794 de 2003.

J) *¿Cuál es la finalidad de la acción de enriquecimiento cambiario?*

La extinción de la obligación causal debido a la caducidad o prescripción de las acciones cambiarias le genera empobrecimiento al acreedor, pues dejó de recibir el dinero a que tenía derecho. Correlativamente el deudor se ha enriquecido porque no tuvo que desembolsar el monto de dinero que le hubiese correspondido en ausencia de la caducidad o la prescripción. Nótese cómo en el ejemplo de la venta del carro de Marcela a Marco, ella le entregó su carro en cumplimiento de su obligación contractual pero no recibió el dinero acordado. En otras palabras: el patrimonio de Marco aumentó por el ingreso del carro sin dar contraprestación alguna y el de Marcela disminuyó porque ahora no tiene el carro ni el dinero pactado. Así las cosas, la ventaja patrimonial obtenida por Marco le generó empobrecimiento a Marcela.

Para el legislador no es justo, proporcional, equitativo ni razonable que el deudor (Marco) se enriquezca por la sola negligencia del acreedor (Marcela). Por eso, frente al citado panorama, consagró en el inciso 3° del artículo 882 del Código de Comercio la acción de enriquecimiento cambiario como un *extremum remedium iuris*³⁷ para solventar dicha situación. En línea con lo anterior la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta acción es un “*extremum remedium iuris*, que legitima al tenedor de un documento crediticio, entregado como pago de una obligación preexistente, cuando es privado de los mecanismos procesales inherentes a los instrumentos negociables y de las acciones propias de la relación causal, por el implacable curso del tiempo, al estar fenecida por caducidad o prescripción”³⁸.

³⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, exp. 4064, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Otras sentencias en este sentido: C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2007, exp. 20001 3103 001 2001 00101 -01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena y C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. P. César Julio Valencia Copete.

³⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2018, exp. 13001-31-03-004-2007-00002-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Se trata de un instrumento jurídico especial³⁹, autónomo, subsidiario⁴⁰ y de naturaleza extracambiaria⁴¹, derivado⁴² del principio según el cual “nadie podrá enriquecerse sin justa causa⁴³ a expensas de otro”⁴⁴ y que emerge de establecer que la caducidad o la prescripción de las acciones cambiarias no son justas causas para convalidar la ventaja patrimonial adquirida por el deudor. Lo cual, precisamente, es una de las diferencias de la acción de enriquecimiento ordinaria⁴⁵ de la acción de enriquecimiento

³⁹ Cfr. GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 245-246.

⁴⁰ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles*, 12ª ed., t. 1, Biblioteca Jurídica Dikè, Medellín, 2007, págs. 85-86,

⁴¹ Cfr. Salvamento de voto de Jaime Alberto Arrubla a la siguiente sentencia: C. S. de J., Sala de Casación Civil, fallo de 6 abril 2005, exp. No. 11001-3103-021-1997-1955-01, M. P. César Julio Valencia Copete. La naturaleza extracambiaria de la acción de enriquecimiento del artículo 882 es ratificada por JAIME ALBERTO ARRUBLA en su obra sobre contratos mercantiles (t. 1, 2007, pág. 86). GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, *op. cit.*, págs. 247-248, considera que se trata de una acción cambiaria en cuanto a concepto sustancial (lo que se pretende con base en un título valor). En fallo de 2008, la Corte Suprema reiteró la naturaleza extracambiaria de la acción en comentario (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. P. César Julio Valencia Copete).

⁴² La siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema señala cómo la acción de enriquecimiento cambiario es una modalidad de la *actio de in rem verso común*: Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo; Sala de Casación Civil, sent. de 5 octubre 1989, M. P. Pedro Lafont Pianetta; Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1993, M. P. Rafael Romero Sierra; Sala de Casación Civil, sent. de 13 junio 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 2002, exp. 7360, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno y Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. P. César Julio Valencia Copete.

⁴³ “Para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del Código Civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecido y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

⁴⁴ C. de Co., art. 831.

⁴⁵ Sobre la acción de enriquecimiento sin causa, consúltese, entre otros: YOLIMA PRADA MÁRQUEZ, *Enriquecimiento sin causa*, capítulo de libro publicado en la obra *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Biblioteca Jurídica Uniandina, Bogotá, Ediciones Uniandes y Edit. Temis, 2009, págs. 831-867.

cambiaría: “Basta decir que la acción ordinaria de enriquecimiento nunca podría partir de una caducidad o de una prescripción, pues ello sería precisamente la causa del enriquecimiento y no sería injusto”⁴⁶. Respecto de la acción de enriquecimiento cambiario precisa la Corte Suprema de Justicia que “aunque es una acción emanada del enriquecimiento sin causa común, tiene singularidad propia de la cual no se predica, en estricto rigor, el carácter subsidiario que reside en la genérica; por cuanto es autónoma, pues fluye de una norma tocante con los títulos valores, distanciándose un tanto, de las otras formas de enriquecimiento injurídico”⁴⁷.

Esta acción ha sido calificada como “la muralla suprema de la justicia contra los rigores del formalismo, con el propósito de impedir que se consolide una situación patrimonial abiertamente desequilibrada”⁴⁸. La misma busca restablecer o remediar el detrimento acaecido en el patrimonio del acreedor omiso que dejó caducar o prescribir las acciones del título valor⁴⁹. Su pretensión se centra en exigir a quien se haya “enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción”⁵⁰ la devolución al empobrecido de una suma de dinero que reponga la disminución patrimonial causada. Insistimos en que se trata de un instrumento reparativo del empobrecimiento “injusto”, “inequitativo” y “desproporcional”, mas no estamos frente a una acción del mismo alcance de las que hubiese tenido el acreedor diligente. Consideramos, por ejemplo, que bajo el amparo de esta acción no tienen cabida las pretensiones tendientes a recuperar algún tipo de perjuicio en favor del empobrecido o intereses moratorios⁵¹.

⁴⁶ Salvamento de voto de Jaime Alberto Arrubla Paucar a la siguiente sentencia: C. S. de J., Sala de Casación Civil, fallo 6 abril 2005, exp. 11001-3103-021-1997-1955-01, M. P. César Julio Valencia Copete. Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

⁴⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2018, exp. 13001-31-03-004-2007-00002-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona

⁴⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. P. César Julio Valencia Copete.

⁴⁹ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 octubre 2000, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1993, M. P. Rafael Romero Sierra; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵⁰ C. de Co., art. 882 , inc. 3°.

⁵¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil de Decisión, sent. de 21 abril 2003, M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

La negligencia no se sanciona a ultranza permitiendo el empobrecimiento irremediable del acreedor afectado, ni se premia concediéndole otra oportunidad como si nada hubiese sucedido por su culpa. Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha precisado, entre otras, que: “acaecido el enriquecimiento sin causa, nace a favor de la persona empobrecida una acción restitutoria que en cuanto al monto de sus posibles resultados, tiene dos límites que es imposible rebasar pues representan aplicación concreta de los postulados que están en la base misma de dicha acción. En efecto, dado que su función es en síntesis la de restablecer la integridad de un patrimonio con referencia a otro patrimonio, la acción *in rem verso* en ninguna de sus modalidades puede convertirse en una fuente de provecho injustificado para el actor ni tampoco en motivo legítimo de pérdida para el demandado, y es por eso que se dice que aquel monto no puede exceder el enriquecimiento ni superar el empobrecimiento, luego si no llegaren a coincidir ambos extremos en un caso determinado, el límite del reembolso vendrá impuesto por el menor de esos valores”⁵².

Lo anterior no es óbice para que sea procedente solicitar el reajuste monetario, tal como lo ha avalado la Corte Suprema de Justicia: “Esta acción difiere por ende del mero cobro cambiario que regula el estatuto comercial y no puede equipararse el resultado que puede obtenerse mediante el ejercicio de una y otra acción, por cuanto la primera de ellas apenas comprende el valor del enriquecimiento ocurrido, fijado en términos monetarios actuales si de sumas de dinero se trata. O por mejor decirlo, por obra de la acción del enriquecimiento que prospera ha de prestarse, en estricto rigor, *indemnización del enriquecimiento en realidad producido y no indemnización de daños*, de forma tal que la obtención de ese valor en que consiste la acción en examen, pueda conseguirse efectivamente a salvo de la disminución del valor de la moneda [...] el demandante, por esta vía, *no puede obtener el pago de intereses moratorios y demás gastos en que el legislador permite cobrar a quien ejercita la acción cambiaria* (C. de Co., 782), pero si puede solicitar una total restitución que incluye los intereses en cuanto representan según quedó visto, el justo precio que por el uso de las sumas en cuestión convinieron en aceptar las partes”⁵³ (bastardilla nuestra).

⁵² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, exp. 4064. Citada en sentencia de esa misma corporación de 26 junio 2007, exp. 20001-31-03-002-2002-00046-01 con ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda. Véase HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, *La acción cambiaria y otros procedimientos cambiarios*, op. cit., pág. 242.

⁵³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 septiembre 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

K) *¿Qué requisitos deben confluir para que proceda la acción de enriquecimiento cambiario?*

Del texto de la norma en comento y de la jurisprudencia, es necesario acreditar los siguientes requerimientos⁵⁴:

- Entrega de un título valor de contenido crediticio⁵⁵ como medio de pago.

- Caducidad o prescripción de las acciones del título. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha recalcado que “para el ejercicio de la acción de enriquecimiento cambiario no es necesario reconocer previamente la prescripción del derecho incorporado en un título valor. [...] el término extintivo de la acción de que se trata, no requiere que el hecho que la origina —la prescripción o caducidad de un título valor—, sea reconocido por la justicia. [...] el hito para tener por configurada la prescripción o la caducidad de la acción cambiaria, como presupuesto estructural, es la simple consumación de uno cualquiera de esos fenómenos jurídicos, por cuanto nada distinto es del resorte del artículo 882 citado”⁵⁶.

- Empobrecimiento del acreedor a causa de la caducidad o prescripción.

- Correlativo enriquecimiento del deudor por el mismo motivo. La ventaja patrimonial puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio

- Que demande el tenedor del título que se ha empobrecido contra quien se enriqueció, es decir, la persona que recibió beneficio económico por el no pago del título con ocasión de la caducidad o la prescripción.

⁵⁴ Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 5 octubre 1989, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Sala de Casación Civil, sent. de 3 abril 1990, M. P. Pedro Lafont Pianetta; Sala de Casación Civil, sent. de 5 octubre 1989, M. P. Pedro Lafont Pianetta; Sala de Casación Civil, sent. de 13 junio 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2007, exp. 20001 3103 001 2001 00101 -01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena; y Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. P. César Julio Valencia Copete.

⁵⁵ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 1989, M. P. Alberto Ospina Botero; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1993, M. P. Rafael Romero Sierra.

⁵⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2018, exp. 13001-31-03-004-2007-00002-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona

- Improcedencia de otra acción causal, cambiaria o de otro tipo⁵⁷. Se trata de una acción autónoma de aplicación subsidiaria que no da cabida a la coexistencia de otras acciones: “la existencia o sola posibilidad de otra acción —la ejecutiva—, inhibiría de un tajo el uso de la acción de enriquecimiento”⁵⁸.
- Interponer la acción dentro del año siguiente a ocurrencia de la caducidad o de la prescripción.

L) *¿Cuál es el término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario y desde qué momento se cuenta?*

Termina el artículo 882 del Código de Comercio con la siguiente frase: “Esta acción prescribirá en un año”. Este término se cuenta a partir del momento en que haya caducado o prescrito el título sin que sea necesaria sentencia que declare tal situación: “[...] al impetrar en este proceso la parte demandante la acción de enriquecimiento sin causa, acepta que tanto la acción ordinaria como la cambiaria han caducado o prescrito, [...] sin que esto signifique que se exija, por lo demás sin norma expresa, un pronunciamiento judicial sobre dicha prescripción, porque sería imponer un requisito que la ley no contempla. [...] para el caso que ocupa la atención de la Corte el año fijado en el artículo 882 [...] empieza a correr desde el día en que haya caducado o prescrito el instrumento sin que se requiera declaración judicial de prescripción respecto de la acción cambiaria”⁵⁹. La

⁵⁷ Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 enero 2000, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 octubre 2000, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. El art. 26 del Proyecto INTAL estableció que “si se extinguió la acción cambiaria contra el creador del título, el tenedor que carezca de acción causal contra este y de acción cambiaria o acción causal contra los demás signatarios, podrá exigirle al creador del título la suma con que se haya enriquecido en su daño. Esta acción prescribirá en un año, a partir del día en que la acción cambiaria contra el creador del título se haya extinguido”.

⁵⁸ Salvamento de voto de Edgardo Villamil Portilla a la siguiente sentencia: C. S. de J., Sala de Casación Civil, fallo de 6 abril 2005, exp. 11001-3103-021-1997-1955-01, M. P. César Julio Valencia Copete.

⁵⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros. Otra jurisprudencia en ese sentido: Cfr. Salvamento de voto de Jaime Alberto Arrubla a la siguiente sentencia; C. S. de J., Sala de Casación Civil, fallo de 6 abril 2005, exp. 11001-3103-021-1997-1955-01, M. P. Cesar Julio Valencia Copete y C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. César Julio Valencia Copete.

Superintendencia Financiera⁶⁰, por su parte, citando a GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, ha concluido que la acción en comento debe ejercerse “dentro del año siguiente al acaecimiento de la caducidad o la prescripción”⁶¹.

Pero la jurisprudencia ha reiterado que no es necesario que la caducidad o prescripción sean declaradas previamente en sentencia judicial⁶². En fallo del 19 de diciembre de 2007, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia⁶³ subrayó que “no hay necesidad de la sentencia ejecutiva previa a la *actio in rem verso*, en donde se evidencie la extinción de la acción cambiaria en razón a la prescripción o la caducidad” y señaló que establecer dicho requisito “genera incertidumbre e indefinición de los derechos por cuenta de quien ha sido omisivo en el ejercicio de sus potestades, pues es tanto como autorizarlo para que en cualquier momento, aún de manera manifiestamente tardía, inicie un proceso ejecutivo, solamente con la perspectiva de intentar rescatar la acción de enriquecimiento; por supuesto, que mirar así las cosas es extenderle a ese acreedor negligente la posibilidad de decidir cuándo y bajo qué circunstancias precipita la ejecución, controlando así aún de manera caprichosa el manejo de los tiempos o la época de iniciación de la respectiva acción coactiva, con miras a viabilizar posteriormente esta otra reclamación, obviamente con el notorio detrimento de la seguridad jurídica”.

En suma, según la Corte, “el momento a partir del cual comienza a transitar el año para la prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario es el instante en que se configura la caducidad o la prescripción del instrumento negociable, y no la fecha de la providencia que declara una u otra cosa dentro la acción promovida por el acreedor [...] De ahí que el término para la gestación del año fijado en el artículo 882 del Código de Comercio, empieza a correr desde el día en que caducó o prescribió el instrumento, sin requerirse decisión judicial respecto de la acción cambiaria”⁶⁴.

⁶⁰ Superintendencia Financiera, conceptos 2006033594-001 de 29 agosto y 20040 23916-002 de 16 marzo 2006.

⁶¹ GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, *Algunas falacias interpretativas de los títulos valores*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 53.

⁶² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001 3103 004 2004 00112 -01, M. P. César Julio Valencia Copete.

⁶³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2007, exp. 20001 3103 001 2001 00101-01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁶⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2018, exp. 13001-31-03-004-2007-00002-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

M) *¿La acción de enriquecimiento cambiario vulnera el principio constitucional del “non bis in idem”?*

No. Esta respuesta, a la cual nos adherimos, fue la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional en sentencia C-471 de 2006, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”, contenidas en el inciso 3° del artículo 882 del Código de Comercio.

Según el demandante, “las expresiones acusadas desconocen el mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, y en particular el principio de *non bis in idem*, en virtud del cual ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho, en la medida en que permiten que al obligado cambiario de un título valor se le juzgue consecutivamente con fundamento en los mismos eventos, esto es, por el no pago de un instrumento crediticio que por demás a la fecha de la formulación de la acción de enriquecimiento sin justa causa ya ha prescrito o caducado por negligencia del legítimo tenedor quien no hizo efectivo su pago en tiempo”.

Según la Corte Constitucional, “*el principio de non bis in idem* tiene un ámbito de aplicación restringido, esto es, en materia sancionatoria”⁶⁵, el cual no se presenta en el caso del artículo 882 del Código de Comercio: “Dado que las disposiciones acusadas, no corresponden al ámbito del *ius puniendi*, esto es que no contienen ni describen sanciones o castigos que se apliquen como resultado del desarrollo de un juicio penal, o de cualquier procedimiento sancionatorio, resulta clara la impertinencia del cargo formulado por el actor en el sentido de que ellas vulneran el referido principio”.

En todo caso, para que se vulnere dicho principio es necesaria la ocurrencia de los siguientes requisitos: “identidad de sujetos, fundamentos normativos, finalidad y alcances de las acciones que se examinen”. Sobre este aspecto, señaló la Corte Constitucional que si bien se presenta identidad de sujetos, no sucede lo propio respecto del fundamento y procedimiento de la acción de enriquecimiento sin causa frente a la

⁶⁵ Véanse, entre otras las siguientes sentencias citadas por la Corte: C-006 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-256 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-271 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-871 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-798 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-062 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra y C-194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

acción de cobro: “Al respecto, la Corte debe precisar que las acciones a las que se refieren respectivamente los artículos 780 a 793 y 882-inciso 3° del Código de Comercio, tienen un alcance diferente y se formulan en momentos procesales igualmente diferentes, a saber, 1) en el caso de la acción cambiaria que se tramita mediante un proceso de condena (C. de Co., art. 793) es claro que esta tiene como fundamento la existencia de un instrumento crediticio, esto es, el derecho literal y autónomo en él contenido y hace relación con la preservación de la seguridad en el tráfico jurídico; y 2) la acción de enriquecimiento sin justa causa (C. de Co., art. 882, inc. 3°), cuya procedencia es subsidiaria y se tramita mediante un proceso declarativo, tiene como fundamento no la exigibilidad de un título valor sino el empobrecimiento que se produce sin justa causa en el patrimonio del acreedor por el hecho de la extinción de la obligación civil originaria al dejarse prescribir o caducar el título valor con el que se pretendió efectuar, sin que resultara eficaz, el pago de la misma”⁶⁶.

N) *Para probar el empobrecimiento o el enriquecimiento, ¿basta allegar el título al proceso?*

Parece obvio concluir que el patrimonio del acreedor que dejó caducar o prescribir el título se afecta negativamente por el no pago de este y que, en consecuencia, la prueba de la merma patrimonial es el mismo documento impagado. No obstante, la respuesta al interrogante planteado no ha sido unánime de parte de la Corte Suprema de Justicia. En sentencia del 26 de junio de 2007, mayoritariamente se concluyó que no bastaba acreditar el título, sino que debían allegarse otros medios de prueba. Dicha afirmación fue objeto de tres salvamentos de voto en los cuales se asevera que las circunstancias de cada caso serán las determinantes de la suficiencia o insuficiencia del título como prueba del empobrecimiento.

Mayoritariamente, la Corte Suprema de Justicia reiteró que “si bien en materia de la acción de enriquecimiento hay absoluta libertad probatoria, *la mera exhibición o incorporación a la demanda como anexo del título valor decaído o degradado no es suficiente para dar por comprobado el requisito atinente al empobrecimiento de quien reclama y el agrandamiento del patrimonio de la parte convocada a responder*”. El demandante —continúa la Corte— “tiene la carga imperativa de demostrar la pérdida sufrida por él y la ganancia obtenida por la contraparte” sin que baste anexar los títulos valores. Se recalca en la citada sentencia

⁶⁶ Corte Const., sent. C-471 de 14 junio 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

que el accionante “fatalmente estaba en el deber de acopiar los medios de convicción necesarios para comprobar los extremos exigidos por la normatividad [*sic*] propia de la *actio in rem verso*, aspecto que descuidó y dejó en la más completa orfandad probatoria, puesto que de manera equivocada se limitó a aportar tales instrumentos con la errada creencia que con los mismos cumplía la carga en cuestión”⁶⁷.

En los salvamentos de votos se manifestaron varios argumentos, a saber:

En primer lugar, el magistrado Manuel Isidro Ardila acentúa que cuando suceden fenómenos como la prescripción o la caducidad, el tenedor del título ha perdido, por regla general, el derecho incorporado en el título y que esa disminución patrimonial “representa acrecimiento económico del deudor”: ¿será un atropello a la razón presumir que quien deja de recibir el monto de un título valor, perjudicado está en esa misma medida? Ciertamente no. Es de *sindéresis* suponer entonces que esa pérdida le causa un perjuicio”. Precisa el magistrado que debe presumirse el empobrecimiento, y si este no sucedió, pues a la parte demandada le corresponde probarlo.

De acuerdo con el magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, no puede descartarse de plano que el título valor caducado o prescrito es deficiente para demostrar el empobrecimiento. Las circunstancias de cada caso son las que permitirán determinar si el título, por sí solo, es insuficiente o suficiente para acreditar el empobrecimiento y el enriquecimiento. Señala que los títulos valores gozan de “eficacia probatoria” y por el hecho de que se presente la prescripción o la caducidad no dejan de ser documentos probatorios “porque aunque inejecutable, el título seguirá demostrando el activo que en el acervo del tenedor constituía el crédito cambiario, y la condigna disminución que su pérdida le aparece”. Precisa, citando a HÉCTOR CÁMARA, que el título valor cuyas obligaciones se hayan extinguido, sirve “para fijar el monto del perjuicio; como se ha

⁶⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2007, exp. 20001-31-03-002-2002-00046-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. En ese mismo sentido C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 abril 2005, exp. 1955-01; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, exp. 4064; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 octubre 2000, exp. 5744; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 abril 1990, M. P. Pedro Lafont Pianetta; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil de Decisión, sent. de 23 abril 2003, M. P. Manuel José Pardo Caro; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 abril 2005, exp. 11001-3103-021-1997-1955-01, M. P. César Julio Valencia Copete.

expresado, la prescripción y la caducidad no convierten el documento en una nada jurídica”⁶⁸. Concluye que “el título valor que debe allegarse al proceso tiene la fuerza probatoria suficiente para testimoniar el desplazamiento económico que en perjuicio del acreedor gestan, por su eficacia liberatoria, los fenómenos anunciados, así como su magnitud, y bajo [*sic*] ciertas circunstancias puede también exteriorizar la ventaja que reporta el signatario que se ve librado del descargo. Así ocurre, v. gr. cuando se halla en poder del original beneficiario”.

Finalmente, el magistrado Edgardo Villamil Portilla considera que “de modo general el demandante demuestra el empobrecimiento económico con solo aportar los títulos valores en que constan las obligaciones, pues la presencia de ellos es bastante para dar por probado que el advenimiento de la prescripción condujo al detrimento patrimonial del acreedor. [...] “La prescripción no resta capacidad probatoria al título valor como documento que conserva naturalmente su función como prueba para acreditar el monto del enriquecimiento del deudor y del empobrecimiento correlativo del acreedor, quien sin duda alguna deja de percibir un crédito al que tenía derecho, en claro perjuicio de su patrimonio. [...] El cheque representa, con mayor aptitud demostrativa, que alguien dejó de percibir una suma de dinero y otro correlativamente dejó de pagar ese mismo importe, pues si el dinero del girador sigue intacto en el banco y el acreedor nada recibe porque la orden de pago no se cumple, ahí está la medida del empobrecimiento y el enriquecimiento”.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

ALEMANDI, MIGUEL y GÓMEZ BAUSELA, MARÍA SILVIA: *Obligaciones negociables*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO: *Contratos mercantiles*, 12ª ed., t. I, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

BOTERO, MARÍA BIBIANA y PALAU, ANA MARÍA: *Análisis del artículo 882 del Código de Comercio colombiano: 1971-2005*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

BUITRAGO FLÓREZ, DIEGO: “Acción de enriquecimiento cambiario”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, Universidad de los Andes, 1998.

⁶⁸ HÉCTOR CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1980, pág. 456. Citado por el magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar en el salvamento de voto de la siguiente sentencia: C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2007, exp. 20001-31-03-002-2002-00046-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

- CERVANTES AHUMADA, RAÚL: *Títulos y operaciones de crédito*, 6ª ed., México, Editorial Herrero, 1969.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, núm. 3, 2005.
- DE LA CALLE LOMBANA, HUMBERTO: *La acción cambiaria y otros procedimientos cambiarios*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1987.
- ESCUPI, IGNACIO A.: *Títulos de crédito*, 9ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.
- FERRI, GIUSEPPE: *Títulos de crédito (I titoli di credito)*, trad. de la segunda edición italiana de 1965, revisada y ampliada por el profesor Fernando A. Legón, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de derecho mercantil*, 7ª ed., México, Porrúa, 1981.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- JARAMILLO SCHLOSS, ESTEBAN: *Los instrumentos negociables en el nuevo Código de Comercio*, Bogotá, Edit. Temis, 1974.
- PARDO LIDÓN, JOSÉ FRANCISCO: *Medios de cobro y pago en el comercio internacional*, Alicante, Universidad de Alicante, 2003.
- PEÑA CASTRILLÓN, GILBERTO: *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, Bogotá, Edit. Temis, 1981.
- *Algunas falacias interpretativas de los títulos valores*, Bogotá, Edit. Temis, 1985.
- RICO CARRILLO, MARILIANA: *Comercio electrónico, Internet y derecho*, 2ª ed., Bogotá, Legis Ediciones, 2005.
- SUPINO, DAVID y DE SEMO, JORGE: *De la letra del cambio, del pagaré cambiario y del cheque*, t. VIII, vol. I, trad. de la obra italiana *Il Codice di Commercio commentato*, coords. León Bolaffio, Alfredo Rocco y César Vivante, Torino, 1935.
- TENA, FELIPE: *Derecho mercantil mexicano*, 6ª ed., México, Porrúa, 1972.
- TRABUCCHI, ALBERTO: *Instituciones de derecho civil*, trad. de Luis Martínez Calcerrada, t. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
- TRUJILLO CALLE, BERNARDO: *De los títulos valores*, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992.
- VALENCIA COPETE, CÉSAR y GARCÉS DÍAZ, LUIS RAMÓN: *Derecho de los títulos valores: Corte Suprema de Justicia, 1972-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- VILLEGAS, CARLOS G.: *Títulos valores y valore negociables*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- VIVANTE, CÉSAR: *Tratado de derecho mercantil*, vol. III, Las cosas: mercancías y títulos de crédito, incluida la letra de cambio, versión española de la 5ª edición italiana, trad. de Ricardo Espejo de Hinojosa, Madrid, Edit. Reus, 1936.

YNTEMA, HESSEL y BATIZA, RODOLFO: *The law of negotiable instruments (Bill of Exchange) in the Americas: an analytical Statutory Concordance*, vols. I y II, Michigan, Universidad de Michigan, 1969.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

Sent. C-471 de 14 junio 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 14 agosto 1975, M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 octubre 1978, M. P. José María Esguerra Samper.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 1989, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 5 octubre 1989, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 3 abril 1990, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1991, M. P. Héctor Marín Naranjo.

Sala de Casación Civil, sent. de 9 marzo 1992, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º julio 1992, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1993, M. P. Rafael Romero Sierra.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 diciembre 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 septiembre 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 enero 2000, exp. 5208, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 octubre 2000, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 10 noviembre 2000, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, exp. 6550, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 2002, exp. 7360, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

- Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 2004, exp. 8495, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Sala de Casación Civil, sent. de 6 abril 2005, exp. 11001-3103-021-1997-1955-01, M. P. César Julio Valencia Copete.
- Sala de Casación Civil, sent. de 30 junio 2005, exp. 11001-3103-030-1989-5028-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla.
- Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2005, exp. 3215, M. P. Edgardo Villamil Portilla.
- Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2005, exp. 5200113103001-1997-10558-02, M. P. Edgardo Villamil Portilla.
- Sala de Casación Civil, sent. de 22 junio 2006, proceso 24817, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Sala de Casación Civil, sent. de tutela de 12 diciembre 2006, exp. 19001-2212-000-2006-00116-01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2007, exp. 20001-31-03-002-2002-00046-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.
- Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2007, exp. 20001-3103-001-2001-00101-01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2008, exp. 20001-3103-004-2004-00112-01, M. P. César Julio Valencia Copete.
- Sala de Casación Civil, sent. de 13 octubre 2009, exp. 11001-3103-028-2004-00605-01, M. P. César Julio Valencia Copete.
- Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2018, exp. 13001-31-03-004-2007-00002-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

c) Consejo de Estado

- Sección Quinta, sent. de 18 abril 1996, exp. 592, C. P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.
- Sección Cuarta, sent. de 1º septiembre 2000, exp. 11001-03-27-000-1999-0066-01(9842), C. P. Daniel Manrique Guzmán.
- Sección Tercera, sent. de 22 noviembre 2001, exp 14852, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

d) Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

- Sala Civil. de Decisión sent. de agosto 2001, rad. 950800245 A, M. P. Manuel José Pardo Caro.
- Sala Civil de Decisión, sent. de 29 agosto 2001, M. P. Doctor Carlos Julio Moya Colmenares.
- Sala Civil de Decisión, sent. de 13 junio 2002, M. P. Rodolfo Arciniégas Cuadros.
- Sala Civil de Decisión, sent. de 28 junio 2002, M. P. Rodolfo Arciniégas Cuadros.

Sala Civil de Decisión, sent. de 9 julio 2002, M. P. José Elio Fonseca Melo.
Sala Civil de Decisión, sent. de 21 abril 2003, M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.
Sala Civil de Decisión, sent. de 23 abril 2003, M. P. Manuel José Pardo Caro.
Sala Civil de Decisión, sent. de 14 julio 2003, M. P. Eduardo Villamil Portilla.
Sala Civil de Decisión, sent. de 16 marzo 2004, M. P. Édgar Carlos Sanabria Melo.

C) *Marco legal*

a) *Legislación colombiana*

Código de Comercio, artículos 882 y 643.

Decreto 2653 de 24 diciembre 1999 “por medio del cual se autoriza la expedición de los bonos de reconocimiento del pasivo de cesantías de las universidades estatales” (nota: derogado por el decret. 2786 de 2001, art. 8°).

Decreto 2786 del 20 de diciembre de 2001 “por medio del cual se establecen reglas para la expedición de los bonos de reconocimiento del pasivo de cesantías de las universidades estatales”.

Decreto 2210 de 2004 “por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 3° de la ley 860 de 2003”.

b) *Regulación internacional y extranjera*

Código Uniforme de los Estados Unidos, texto oficial, versión en castellano autorizada por The American Law Institute, Barcelona, Marcial Pons, 2002.

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2004.

D) *Bases de datos electrónicas o páginas web*

Lexbase <http://www.lexbase.com/> (base de datos sobre jurisprudencia y legislación colombiana).

Unilex <http://www.unilex.info> (base de datos sobre casos y bibliografía respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales).

Unidroit <http://www.unidroit.org> .

Superintendencia Bancaria, oficio 93003771-2 de 9 marzo 1993.

Superintendencia Financiera, concepto 2006033594-001 de 29 agosto 2006.

— Concepto 2004023916-002 de 16 marzo 2006.

CAPÍTULO XII

PAGO DE OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA^{*}

JUAN CARLOS DURÁN URIBE^{**}

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el Código Civil y en menor medida el de Comercio regulan la cuestión relativa a *cómo* hacer el pago, estas disposiciones se quedan cortas para explicar algunos fenómenos negociales contemporáneos. En efecto, el advenimiento de la era digital, la globalización y crecimiento de las economías han llevado a que esta sea una de las cuestiones más dinámicas en el comercio. Ejemplos de estos fenómenos incluyen la posibilidad de pagar mediante dación, tarjetas débito o crédito, bonos de alimentación, giros, criptomonedas y monedas distintas a la de curso legal. Como suele ocurrir, el mundo de los negocios avanza más rápidamente que la legislación y el pago no es una excepción. Por esa razón surge la necesidad de que el abogado siempre actualice sus conocimientos frente a este instituto clásico.

Este capítulo trata sobre el pago de obligaciones en moneda extranjera como uno de los fenómenos que se desprenden de la cuestión tradicional sobre *cómo* debe hacerse y que, a pesar de estar regulado tímidamente en el Código de Comercio¹, merece un estudio particular.

En el mundo actual existen muchas ventajas para que las partes asuman obligaciones en moneda extranjera. Entre ellas están la salvaguarda monetaria, la inversión, la búsqueda de justa retribución en el comercio exterior y la diversificación de fuentes de financiación. La asunción de estas

^{*} Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.550>.

^{**} Abogado de la Universidad de Los Andes, magíster en Educación y profesor de Contratos Civiles y Comerciales de la misma universidad. El autor agradece especialmente al estudiante Sergio Hernández Ramos por su labor de investigación jurisprudencial, a los profesores miembros del Grupo de Investigación en Derecho Privado Contemporáneo (GIDP) de la Universidad de los Andes por sus comentarios y sugerencias al texto, y a la profesora Marcela Castro de Cifuentes por su invitación a participar en esta publicación.

¹ C. de Co., art. 874.

obligaciones puede suponer desventajas derivadas del riesgo inherente a este tipo de obligaciones, consistente en la fluctuación de la tasa de cambio entre la moneda local y la extranjera, y que se traducen en pérdidas o desequilibrio económico de las prestaciones. En cualquiera de los casos, la conveniencia de celebrar pactos en moneda extranjera está supeditada a que estos estén permitidos en un determinado sistema jurídico.

En Colombia, si bien el pacto de obligaciones en moneda extranjera está por regla general permitido, su pago en dicha moneda está por regla general prohibido. Existen excepciones en uno y otro caso, lo cual hace que sea un asunto con luces y sombras que no se agota con la lectura de una sola norma. Asimismo, es un asunto que puede estudiarse a la luz de los avances recientes en el derecho comparado en materia de obligaciones y contratos para determinar si hay posibilidad de modernizar el régimen colombiano actual.

Con miras a desarrollar las ideas anteriores, el capítulo se divide en cuatro partes. Las primeras tres se estructuran a partir de las etapas vitales de la obligación. En primer lugar, se analizará la fuente o “nacimiento” de la obligación en moneda extranjera, como causa que justifica el pago. En segundo lugar, se estudiará su ejecución o “vida”, en particular el riesgo cambiario que apareja y los posibles remedios jurídicos ante su materialización. En tercer lugar se examinará su extinción o “muerte” mediante el pago propiamente dicho. La última parte propondrá algunas ideas para la modernización. A manera de cierre se esbozarán unas breves conclusiones.

2. NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA

En Colombia la obligación en moneda extranjera tiene generalmente una fuente convencional. Las obligaciones dinerarias legales, como las tributarias, suelen expresarse en pesos colombianos. Asimismo, las sentencias judiciales casi siempre imponen sus condenas dinerarias en moneda nacional. Esto da como resultado que la fuente más común de este tipo de obligaciones es el acto jurídico voluntario.

Como todo acto jurídico, este debe cumplir con sus requisitos de existencia², validez³ y oponibilidad para ser plenamente eficaz. Para efectos del capítulo, se examinarán detenidamente los requisitos de objeto y causa.

² A saber: consentimiento exteriorizado, objeto (determinado o determinable, posible), causa y, en algunos casos, *solemnidades ad substantiam actus*. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y negocio jurídico*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2018.

³ Los señalados en el art. 1502 del Código Civil: i) capacidad; ii) consentimiento libre de vicios; iii) objeto lícito, y iv) causa lícita.

A) Noción y objeto de la obligación en moneda extranjera

a) *Noción*. Las obligaciones en moneda extranjera son *aquellas obligaciones cuyo objeto consiste en dar una suma de dinero denominada en una moneda distinta de la que tiene curso legal en el país donde se contraen o se ejecutan*. Como se verá, esta definición se circunscribe a la categoría de obligaciones dinerarias⁴.

No se deben confundir las obligaciones en moneda extranjera con las obligaciones derivadas de la compraventa de divisas, ya que son conceptos diferentes. En el primer caso, el objeto de la obligación es una suma de dinero, entendido este como aquel conjunto de bienes fungibles, de género y consumibles jurídicamente que sirven como instrumento de pago e intercambio gracias a que un Estado le otorga dicho carácter en ejercicio de su soberanía. En el segundo caso, el objeto de la obligación es una *mercancía*. Este capítulo trata sobre las obligaciones en moneda extranjera y no sobre la compra de divisas.

b) *Naturaleza jurídica: dinero y soberanía monetaria*. Como ya se dijo, las obligaciones en moneda extranjera pertenecen a las obligaciones de dinero. Esto implica que comprende una o varias prestaciones de dar sumas de dinero denominadas en moneda extranjera, ya sea por concepto de capital o de intereses. No obstante, en Colombia son un tipo de obligación dineraria especial en razón de la naturaleza jurídica particular que la soberanía monetaria nacional le ha otorgado a la moneda extranjera.

Para determinar la naturaleza jurídica de la moneda extranjera vale la pena recordar el concepto de *dinero*. Este es todo activo mueble, de género, fungible y consumible jurídicamente, que sirve como instrumento de intercambio, de ahorro, y como unidad de cuenta. Se trata de un instrumento de intercambio en la medida en que es utilizado como medio idóneo para intercambiarla por bienes y servicios con *poder liberatorio*. Es un instrumento de ahorro pues permite su acumulación para postergar el gasto. A su vez es unidad de cuenta pues permite cuantificar el precio

⁴ ANDRÉS GÁMEZ RODRÍGUEZ, *Obligaciones de dinero, intereses y operaciones con criptomonedas*, Bogotá, Temis, 2020, pág. 70. También: JAMES OTIS RODNER, *Obligaciones en moneda extranjera*, Caracas, Sucre, 1978, pág. 113. Debe recordarse que las obligaciones dinerarias pertenecen al grupo de las obligaciones de género, y se rigen por unos principios y reglas específicas que pueden consultarse en el tomo I de esta obra. JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, “Obligaciones de dinero”, en *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., tomo I, vol. 1, coordinado por MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, Bogotá, Ediciones Temis-Uniandes, 2016.

de los bienes y servicios que se ofrecen en una economía⁵. Como se ve, el dinero cumple tres funciones.

Los Estados son quienes determinan qué bienes cumplen con estas funciones y son considerados como dinero. Esto es así en virtud de la soberanía monetaria, la cual puede definirse como el *poder regulatorio del Estado sobre el funcionamiento del dinero* en su territorio⁶ por medio de entidades especializadas como los bancos centrales. La principal motivación que lleva a los Estados a adoptar la soberanía monetaria es tener el control exclusivo sobre el poder adquisitivo del dinero⁷. Algunos países tienen una soberanía monetaria rígida y otros la tienen flexible. La soberanía monetaria rígida es aquella en la cual el Estado no cede a ningún ente extranjero su poder regulatorio sobre el dinero⁸. La flexible es aquella en la cual se cede total o parcialmente a otros Estados o incluso a organismos supranacionales⁹. El que un Estado elija una perspectiva rígida o flexible depende de la política monetaria que adopte, en la cual se tienen en cuenta factores ideológicos, sociales y económicos¹⁰.

La soberanía monetaria faculta a los Estados para emitir de forma exclusiva los bienes que son considerados como dinero. Tradicionalmente estos bienes adoptan la forma de billetes o monedas metálicas, aunque en los últimos años también se ha aceptado que sean digitales¹¹.

⁵ ANDRÉS GÁMEZ RODRÍGUEZ, *Obligaciones de dinero...*, cit., pág. 8, y JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, *Obligaciones de dinero...*, cit., pág. 102.

⁶ Este poder regulatorio comprende, entre otras cosas, la emisión de la moneda de curso legal, la definición de las tasas de interés, el control cambiario y de reservas, entre otros. Ver: JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, *Estudios de derecho constitucional económico*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2001, pág. 66.

⁷ Corte Constitucional, sent. C-021 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

⁸ Países como Estados Unidos o Colombia tienen una soberanía monetaria rígida.

⁹ Países como Panamá, Ecuador, El Salvador han cedido casi totalmente su soberanía monetaria a los Estados Unidos al tener economías dolarizadas. Los países miembros de la Eurozona han cedido también su soberanía monetaria a la Unión Europea.

¹⁰ Dentro de los factores ideológicos que se contraponen se encuentran el nacionalismo o la globalización económica. El primero apunta al proteccionismo de la economía nacional mientras que el segundo se orienta a lograr la libre circulación de bienes y servicios desde y hacia el extranjero. Entre los factores sociales que se tienen en cuenta están las condiciones particulares de la población, el nivel de pobreza, las tasas de desempleo, el acceso al crédito, entre otras. Entre los factores económicos están la inflación, los índices de precios, la balanza comercial, el control de la deuda externa, entre otros.

¹¹ **A la fecha en que este trabajo fue a imprenta**, Suecia y Uruguay han iniciado pruebas para implementar monedas digitales (e-krona y peso uruguayo digital, respectivamente).

Los bienes considerados como dinero se agrupan en *monedas*, es decir, denominaciones con las que se identifican y cuantifican. Para un Estado la moneda que él mismo emite es la que cumple plenamente con las funciones del dinero: intercambio, ahorro y unidad de cuenta en su propio territorio. Esta se conoce entonces como la moneda *de curso legal*. Por sustracción de materia, la moneda extranjera es aquella que no tiene curso legal y que, para el Estado, no cumple o cumple parcialmente dichas funciones.

También la soberanía monetaria le permite a cada Estado decidir si la moneda extranjera cumple o no las funciones de dinero. En caso de que decida que sí las cumple, también fija el grado o alcance de dichas funciones. La tendencia actual es que las políticas monetarias estatales reconocen que la moneda extranjera cumple al menos parcialmente con las tres funciones del dinero. Sin embargo, esto no siempre fue así. En un principio, los Estados negaban el carácter de dinero de la moneda extranjera fundados en una marcada ideología de nacionalismo económico¹². Esto sucedió sobre todo a finales del siglo XIX, época de auge de los Estados nacionales. En esos tiempos, la moneda extranjera era considerada como una simple mercancía o como una cantidad de cuerpos ciertos¹³.

Con la crisis de 1929, la tendencia a no reconocer las monedas extranjeras como dinero comenzó a revertirse. Se consideró que no permitir que la moneda extranjera sirviera al menos como unidad de cuenta era contrario a la realidad económica y a la equidad, e incluso peligroso para los acreedores¹⁴. En efecto, algunas voces llamaron la atención sobre la necesidad que tenían algunos acreedores de proteger sus créditos mediante el pacto de obligaciones en monedas “fuertes” a fin de salvaguardar su interés y alcanzar una mayor estabilidad¹⁵. En ese contexto, el naciona-

¹² En Colombia, el art. 15 de la ley 87 de 1886 prohibía expresamente contraer obligaciones dinerarias en moneda extranjera.

¹³ MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, tomo VIII, La Habana, Cultural S. A., 1945, pág. 513. En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 señala que la obligación en moneda extranjera se entiende una obligación de dar cantidades de cosas. Ver: art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014.

¹⁴ HÉCTOR GUILLERMO VÉLEZ, “Obligaciones de dar moneda extranjera en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su aplicación al régimen concursal”, en *Revista de Estudios de Derecho Empresario*, vol. especial 5, 2015, pág. 172.

¹⁵ JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR, *Obligaciones en moneda extranjera*, Bogotá, Editorial Kelly, 1969, pág. 54.

lismo económico fue matizándose y algunas legislaciones comenzaron a permitir que monedas extranjeras cumplieran con algunas de las funciones del dinero, particularmente la de unidad de cuenta¹⁶.

Hoy en día se ha flexibilizado el criterio de los Estados a la hora de determinar si la moneda extranjera cumple o no con las funciones del dinero, sobre todo en razón de la globalización. Así pues, es común encontrar Estados que admiten que monedas foráneas cumplan con la función de unidad de cuenta, es decir, la de cuantificar los precios de los bienes o servicios. Un número reducido permite que la moneda extranjera cumpla con las funciones de instrumento de intercambio y ahorro¹⁷.

Colombia tiene una soberanía monetaria rígida. Por expresa disposición constitucional y legal, la función reguladora del dinero recae en el Banco de la República. Su principal objetivo es el de controlar el poder adquisitivo del peso colombiano, siempre dentro del marco constitucional del Estado social de derecho¹⁸. Ello deriva en una tendencia proteccionista de la moneda de curso legal. Por esta razón, en el país la moneda extranjera solo cumple parcialmente con las funciones del dinero. Con respecto a la función de intercambio, la regla general es que la moneda extranjera no la cumple y la excepción es que sí la cumple (para saber cuándo es posible *pagar* en moneda extranjera en Colombia, ver acápite 4). De cara a la función de ahorro no hay norma expresa que prohíba a los particulares ahorrar en dólares, salvo si se trata de cuentas de ahorro en el sistema financiero. Finalmente, la legislación colombiana permite en la gran mayoría de casos que la moneda extranjera cumpla con la función de unidad de cambio.

En suma, la moneda extranjera en Colombia goza de la naturaleza jurídica de dinero pero en un sentido *restringido* y no *pleno*. Esto es así porque se ha permitido que cumpla con algunas de las tres funciones del dinero. Con base en esto, la obligación en moneda extranjera es una obligación dineraria especial.

¹⁶ Como Alemania (Sección 244 del Código Civil—BGB reformado en 2002), Italia (art. 1278 del Código de 1942) y Suiza (art. 84 del Código de 1911, reformado en 1999).

¹⁷ Por ejemplo, la moneda de curso legal en Panamá es el *balboa*. Sin embargo, se ha permitido que el dólar norteamericano cumpla con la función de intercambio y de ahorro.

¹⁸ Ley 31 de 1992, art. 2°. Ver también: Corte Constitucional, sent. C-481 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y GERARDO HERNÁNDEZ CORREA, “La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la autonomía del Banco de la República”, en *Historia del Banco de la República, 1923-2015*, editado por JOSÉ DARÍO URIBE ESCOBAR, Bogotá, Banco de la República, 2017, pág. 393.

c) *Licitud del objeto*. En Colombia, estipular obligaciones en moneda extranjera no constituye un objeto ilícito por regla general. En otras palabras, en el país se permite que la moneda extranjera cumpla con la función de unidad de cuenta. El objeto de un acto jurídico es ilícito cuando contraviene el derecho público¹⁹, cuando está expresamente prohibido por las leyes²⁰, y cuando se pacta en contra de normas imperativas que mantienen el ‘orden y las buenas costumbres’²¹. Con esto en mente, se puede ver que el pacto de este tipo de obligaciones no configura ninguna de las anteriores causales de ilicitud.

Con respecto al derecho u orden público, la estipulación de obligaciones en moneda extranjera no lo contraviene. Esta noción se puede entender como aquella dimensión del derecho que persigue el orden, la convivencia y la seguridad ciudadanas²², y que protege los valores, principios y derechos de los ciudadanos contra cualquier abuso. Así pues, este tipo de pactos no socava la convivencia, no produce inseguridad ni desarmonía y no vulnera por sí solo el marco constitucional. Por el contrario, estos se ajustan a la política monetaria, pueden facilitar la celebración de negocios jurídicos, fomentar el intercambio comercial e impulsar la integración con otras economías. De esta suerte, más que contravenir el orden público, las obligaciones en moneda extranjera se ajustan a él.

Frente a la pregunta si vulnera una norma imperativa o alguna prohibición, la regla general es que estos pactos tampoco lo hacen. Es más, no solo no se prohíben sino que muchas normas expresamente los permiten²³. El ejemplo más significativo es el inciso 1º del artículo 874 del Código de Comercio, que señala que “[c]uando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana [...]”. Esta norma no solo abre la puerta a que efectiva-

¹⁹ C. C., art. 1519.

²⁰ C. C., art. 1523.

²¹ C. C., art. 16 y C. de Co., art. 899.

²² Para autores como ARTURO VALENCIA ZEA una norma de orden público consiste en aquella que protege la seguridad y convivencia entre los seres humanos, lo cual se enmarca en una postura positivista del derecho. Ver: ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, tomo I, Parte general y personas, 18ª ed., Bogotá, Temis, 2016.

²³ Entre ellas, el art. 28 de la ley 9ª de 1991 (también llamada Ley Marco del Régimen Cambiario), el art. 14 de esa misma ley, el art. 135 del C. S. del T., el 425 del C. G. P., el art. 19 de la ley 820 de 2003, o el art. 86 (inc. 1º) de la resolución externa 1 de 2018 de la Junta Directiva del Banco de la República.

mente se “exprese otra cosa” sino que además no contempla ningún tipo de sanción negativa en caso de hacerlo²⁴. Por tal razón, estos pactos no suelen contravenir norma imperativa y por ello son eficaces.

No obstante, como toda regla general, hay una excepción. Esta se encuentra en el artículo 86 de la resolución externa 1 de 2018, del Banco de la República. La norma prohíbe la estipulación en moneda extranjera en operaciones que celebren entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, como por ejemplo la mayoría de contratos de fiducia mercantil, de mutuo financiero, de *leasing*, *factoring* o de seguro de daños. Acto seguido, la norma trae una excepción a la excepción: las entidades vigiladas por dicho ente regulador sí pueden estipular obligaciones en distinta denominación a la nacional cuando son operaciones de cambio expresamente autorizadas²⁵, seguros de vida y otros seguros determinados por el gobierno²⁶. Así pues, no en todos los casos el objeto de la obligación en moneda extranjera se permite.

d) *Los intereses en moneda extranjera*. El pacto de intereses en moneda extranjera es perfectamente lícito a la luz de la legislación colombiana. Las razones de ello son las mismas expuestas arriba. No obstante, la existencia de regímenes generales y especiales que contemplan tasas supletivas y límites legales obliga hacer algunas precisiones al respecto²⁷.

Vale la pena recordar que las obligaciones dinerarias en pesos colombianos pueden incluir o no la prestación de pagar intereses. Estos pueden ser remuneratorios o moratorios. Los intereses remuneratorios por regla general deben pactarse y excepcionalmente se presumen²⁸. Por su parte,

²⁴ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que “el artículo 874 del C. de Co., preceptúa para en caso de pactarse una obligación en moneda extranjera [...] dispone la pervivencia de la prestación [...] mas no la nulidad o invalidez absoluta”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 6 de marzo de 2012, rad. 11001-3103-010-2001-00026-01, M. P. William Namén Vargas.

²⁵ El listado de las operaciones de cambio expresamente autorizadas para este tipo de instituciones se encuentra en el art. 8º de la resolución externa 1 de 2008, del Banco de la República.

²⁶ Esta norma remite al art. 14 de la ley 9ª de 1991, que dice: “[d]e conformidad con las regulaciones del gobierno nacional podrán contratarse seguros denominados en divisas sobre personas y sobre aquellos bienes que, con carácter general se califiquen como riesgos especiales. Las reservas técnicas correspondientes a estos seguros podrán ser invertidas en títulos representativos de divisas, conforme a las regulaciones del gobierno”.

²⁷ Ver JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, *Las obligaciones de dinero...*, cit.

²⁸ Tanto en el régimen civil como en el comercial, los intereses remuneratorios son por regla general un elemento accidental de las obligaciones dinerarias. Ver: art. 2230

los intereses moratorios se presumen en la medida en que son una forma de indemnización de perjuicios por la mora²⁹. A partir de esta precisión pueden darse dos escenarios. Uno es que no se hayan pactado intereses de una obligación en moneda extranjera, y estos legalmente se presuman. Otro es que sí se hayan pactado pero no se haya especificado la tasa. En cualquiera de estos casos se aplicará la tasa supletiva correspondiente a la clase de interés y al régimen de la obligación³⁰ y los intereses se calcularán en moneda extranjera por virtud del principio de accesoriedad.

En las obligaciones dinerarias comunes, las partes pueden pactar libremente la tasa de interés remuneratorio y moratorio siempre que no supere los límites establecidos legalmente³¹. La pregunta es si estos límites también son aplicables a las obligaciones en moneda extranjera. La respuesta depende del tipo de obligación de la que se hable.

Como se verá en el acápite 4, las obligaciones en moneda extranjera por regla general deben pagarse en su equivalente en pesos colombianos salvo cuatro excepciones en las que se puede pagar con la moneda estipulada. Las cuatro excepciones son: operaciones de cambio, operaciones internas pagaderas por medio de cuentas de compensación, pagos del Banco de la República para su normal funcionamiento y otras operaciones internas excepcionales. Cuando el pago de la obligación en moneda extranjera se debe hacer en pesos colombianos, los mismos límites establecidos en el régimen general de intereses son aplicables³². Cuando se

del C. C., y 884 del C. de Co. Sin embargo, en algunos contratos se presumen, como el mandato civil (art. 2184, num. 4), el mutuo mercantil (art. 1163) y suministros y ventas al fiado mercantiles (art. 885).

²⁹ C. C., art. 1617.

³⁰ En el régimen civil la tasa supletiva del interés remuneratorio es del 6 por ciento efectivo anual. La tasa supletiva del interés moratorio varía según tres escenarios: (i) si se pactan intereses remuneratorios con una tasa superior al 6 por ciento (p. ej. 10 por ciento), la tasa supletiva de interés moratorio será igual a la del remuneratorio (10 por ciento); (ii) si se pactan intereses remuneratorios con una tasa inferior o igual al 6 por ciento, la tasa supletiva del interés moratorio será 6%; y (iii) si no se pacta la tasa de interés remuneratorio, la tasa supletiva de interés moratorio será 6%. En el régimen comercial la tasa supletiva del interés remuneratorio es el Interés bancario corriente (de consumo, microcrédito o bajo monto, según el caso), y la del moratorio es 1,5 veces dicho interés bancario corriente. Ver: C. C., art. 1617, y C. de Co., art. 884.

³¹ En el régimen civil y en el comercial el tope legal es el 1,5 del Interés bancario corriente. Ver: art. 2232, Código civil y 884 del Código de comercio.

³² ANDRÉS GÁMEZ RODRÍGUEZ, *Obligaciones de dinero*, cit., pág. 133.

pueden hacer en la moneda estipulada, es decir, cuando corresponden a una de las cuatro excepciones, aplican los límites que fije la Junta Directiva del Banco de la República³³.

A la fecha, la Junta Directiva del Banco de la República no ha fijado límites a los intereses aplicables a *todas* las obligaciones cuyo pago está autorizado en moneda extranjera. Solamente lo ha hecho frente a tres casos particulares. Estos son: (i) operaciones de endeudamiento externo³⁴; (ii) las operaciones pactadas en dólares estadounidenses, y (iii) las operaciones de endeudamiento público³⁵. Se comentarán los dos primeros casos.

Para las operaciones de endeudamiento externo, la Junta solía fijar límites a los intereses desde la segunda mitad siglo xx hasta 1994, año en que se derogaron mediante circular reglamentaria³⁶. Esto quiere decir que, hoy en día, frente a las obligaciones en moneda extranjera que correspondan a operaciones de endeudamiento externo no existen límites en materia de intereses.

Frente a las operaciones pactadas en dólares estadounidenses, la Junta estableció límites de 20 y 25 por ciento efectivo anual para intereses remuneratorios y moratorios, respectivamente. Estos límites están establecidos en la resolución 53 de 1992 del Banco de la República. Vale la pena hacer tres comentarios frente a esta resolución. El primero es que hace referencia a las “operaciones”, sin distinguir a qué tipo de operaciones se refiere. Ello quiere decir que estos límites aplicarían a cualquier tipo de obligaciones cuyo pago está autorizado en moneda extranjera. Sin embargo, en 1994 se derogaron los límites a los intereses en operaciones de endeudamiento externo, en dólares o en cualquier otra divisa. Este hecho implica una derogatoria tácita de la resolución 53 en cuanto a los límites a los intereses en este tipo especial de operaciones. Esto permite

³³ Ley 31 de 1992, art. 16 lit. e.

³⁴ Préstamos adquiridos en el extranjero por personas naturales y jurídicas residentes en Colombia (créditos pasivos), o préstamos adquiridos en Colombia por personas naturales y jurídicas no residentes (créditos activos).

³⁵ Préstamos adquiridos por la Nación, entidades territoriales o descentralizadas, en el extranjero. En estas operaciones, los límites son los establecidos en el num. 2 del asunto 7 de la Circular reglamentaria externa DODM-145 del Banco de la República.

³⁶ Art. 3.1.7, Circular reglamentaria del 29 de marzo de 1994, Banco de la República. Sobre la evolución registrada en materia de fijación de límites a los intereses en operaciones de endeudamiento externo, ver: JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2003, pág. 552.

afirmar que el límite establecido en la mencionada resolución es aplicable a todas las operaciones en dólares que *no sean* de endeudamiento externo³⁷.

El segundo comentario es que la resolución se refiere a las operaciones pactadas únicamente en dólares de los Estados Unidos de América y no a otras monedas. Esto podría dar pie a varias interpretaciones. Una interpretación exegética derivaría en que las operaciones pactadas en otras divisas, como el euro, no tuvieran ningún tipo de límite. Una interpretación teleológica podría sostener una tesis contraria. Si la finalidad de establecer límites a los intereses es la protección al deudor y evitar posibles abusos del acreedor, no se vería por qué al deudor de una obligación pactada en una moneda distinta del dólar no se le puede proteger de igual manera. Con arreglo a una interpretación consecuencialista, se podría decir que estos límites no deberían interpretarse extensivamente en la medida en que los toques a los intereses traen efectos indeseables y son ineficientes³⁸. En cualquier caso, se considera que esta resolución contiene un tratamiento diferencial que no cuenta con mayor justificación, y por ello debería desmontarse.

El tercer comentario es que esta resolución aplica solamente a las obligaciones en moneda extranjera cuyo pago en esta divisa está autorizado, es decir, que sean una de las cuatro excepciones a la regla general. No obstante, esta interpretación no la comparte el Banco de la República. En su doctrina³⁹, el Banco ha señalado que los límites de la resolución 53 aplican también a las obligaciones en dólares estadounidenses cuyo pago debe hacerse siempre en pesos colombianos. Esta postura ha sido criticada pues abre la puerta a que en cualquier obligación se violen los límites de intereses establecidos en el régimen general pactando una suma en dólares estadounidenses. También se ha atacado esta postura pues se permitiría tácitamente a que se violen incluso los límites de la misma resolución pactando una suma en una moneda diferente del dólar. Estas críticas son suficientes para apoyar la idea de que estos límites solo deben aplicarse

³⁷ SUESCÚN MELO, *op. cit.*

³⁸ El profesor GÁMEZ RODRÍGUEZ, en una aguda crítica al sistema de límites a los intereses, argumenta que estos: (i) estimulan la cultura del incumplimiento porque los límites a los intereses moratorios no son [demasiado] distintos a los de plazo (en el régimen general es de 1,5 del IBC, y en la resolución 53 la diferencia es de apenas 5%); (ii) no fomentan el pacto de tasas de interés bajas; (iii) son fijados por la rama ejecutiva; y (iv) fomenta el mercado de crédito paralelo que a la larga desprotege a los deudores. Ver: GÁMEZ RODRÍGUEZ, *Obligaciones de...*, cit., págs. 150-151.

³⁹ Banco de la República, concepto JDS06787, 30 marzo 2016.

a las operaciones cuyo pago en dólares está expresamente autorizado y no a todas las demás⁴⁰.

Tabla 1. Síntesis sobre límites a intereses en moneda extranjera

Tipo de obligación en moneda extranjera	Límites	Excepciones
Obligaciones en moneda extranjera cuyo pago debe hacerse en pesos colombianos (acápite 4)	Régimen general (2232, C. C. y 884, C. de Co.)	No existen excepciones.
Obligaciones en moneda extranjera cuyo pago en esta última es válido (acápite 4).	No existen límites generales.	1. Operaciones pactadas en dólares estadounidenses que no correspondan a operaciones de endeudamiento externo (Res. 53 de 1992). 2. Operaciones de endeudamiento público externo (Circular DODM 145, BanRep).

B) La causa de la obligación en moneda extranjera: ¿qué motiva a las partes a contraerlas?

La causa que motiva a los individuos de un país a obligarse en esos términos es variada y ajustada sobre todo a razones de conveniencia económica. Entre ellas se pueden identificar cuatro: a) seguridad y salvaguarda monetaria; b) inversión y especulación; c) justa retribución en operaciones de comercio exterior, d) diversificación de fuentes de financiación.

a) *Seguridad y salvaguarda monetaria.* Es más que natural que las partes requieran seguridad y estabilidad en el desarrollo de sus negocios. En contextos en los cuales la economía de un país es endeble, con hiperinflación y moneda devaluada, las partes pueden verse en la necesidad de contraer obligaciones en una moneda considerada fuerte a fin de evitar ser afectadas por la pérdida del valor adquisitivo de su dinero, al progresivo empobrecimiento de la población y al consecuente aumento de las ne-

⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 134.

cesidades básicas insatisfechas. Aquellas monedas consideradas fuertes generalmente son emitidas por países con relativa estabilidad económica, con índices de inflación óptimos, bajo desempleo y altos índices de liquidez⁴¹. Estas estipulaciones generalmente se denominan bajo el paraguas de “salvaguarda monetaria” y consisten en prever la posible devaluación de la moneda nacional, corregir monetariamente las obligaciones contraídas y evitar los escenarios de inflación que empobrecen correlativamente a las partes⁴². En ese sentido, el pacto en moneda extranjera puede mitigar dichos riesgos en economías inestables⁴³.

b) *Inversión y especulación*. En una economía que favorece la acumulación de la riqueza es también natural que las partes busquen obtener un provecho económico de sus relaciones jurídicas. La inversión es uno de estos mecanismos y consiste en la colocación de un capital con miras a obtener rendimientos derivados de su aprovechamiento. Un ejemplo de lo anterior sería un particular que compra una casa en dólares y posteriormente espera venderla en esa misma moneda siempre que la tasa de cambio le resulte favorable para obtener una ganancia respecto del precio de compra. Otro ejemplo podría ser el del inversionista que invierta capital en moneda extranjera en otros negocios a fin de obtener rendimientos derivados del comportamiento de los precios de mercado o la tasa de cambio durante un período de tiempo. Esta actividad se denomina *especulación*⁴⁴ y no debe confundirse con el delito penal establecido en el artículo 298 del Código Penal.

⁴¹ Por ejemplo, la resolución 1 de 2018 del Banco de la República establece, en su art. 1º, que las monedas de reserva podrán ser la corona danesa (DKK), corona noruega (NOK), corona sueca (SEK), dólar de Australia (AUD), dólar de Canadá (CAD), dólar de los Estados Unidos de América (USD), dólar de Nueva Zelanda (NZD), euro (EUR), franco suizo (CHF), libra esterlina británica (GBP), yen japonés (JPY), remimbi chino (CNH/CNY), dólar de Hong Kong (HKD), dólar de Singapur (SGD) y won coreano (KRW).

⁴² ANDRÉS GÁMEZ RODRÍGUEZ, *Obligaciones...*, cit., pág. 70. XAVIER GINEBRA SERRABOU, “Las obligaciones en moneda extranjera de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte”, en *Revista de Derecho Privado*, UNAM, núm. 20, 1996, págs. 191-194.

⁴³ En Colombia las cláusulas de salvaguarda monetaria son permitidas. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 24 abril 1979, “G. J.”, t. CLIX, núm. 2400, pág. 99, M. P. Alberto Ospina Botero.

⁴⁴ CARLOS MOREDA DE LECEA, “La especulación”, en *Boletín de estudios económicos* 47, núm. 147, 1992, págs. 369-389.

c) *Justa contraprestación y obtención de ganancias en operaciones de comercio exterior.* Las operaciones de comercio exterior son un clásico escenario de obligaciones en moneda extranjera. En este contexto, los exportadores de bienes o prestadores de servicios buscan que la contraprestación recibida sea justa y que les provea ganancias. La contraprestación es justa cuando representa adecuadamente el valor real (o intrínseco) de los primeros y la fuerza de trabajo invertida en los segundos, así como otros aspectos tangibles e intangibles asociados.

Piénsese, por ejemplo, en la exportación de café o de flores tipo exportación en Colombia. En ambos casos se trata de industrias con un cierto grado de tecnificación, con una gran cantidad de trabajadores, expuestas a riesgos de la naturaleza y con una fama internacional considerable. Los costos en que debe incurrir el exportador para cultivar, seleccionar, embalar, preservar y transportar el café o las flores son elevados y deben ser recuperados por medio del precio que paguen los compradores extranjeros. Y no solo deben recuperarse los costos sino además obtener ganancias que permitan el crecimiento de su industria. Si se pacta el precio del café o de las flores en una moneda considerada “fuerte”, como el dólar estadounidense, es más probable que los exportadores recuperen rápidamente los costos y que obtengan superávits que lleven al crecimiento económico de su actividad. En esa medida, estipular en moneda extranjera en operaciones de comercio exterior puede ser económicamente atractivo para los exportadores.

d) *Diversificación en fuentes de financiación.* Otra posible causa para asumir obligaciones en moneda extranjera es la necesidad de diversificar las fuentes de financiación para llevar a cabo cualquier tipo de empresa, industria o proyecto. En general, tener distintas fuentes de financiación es provechoso para un negocio porque hace que quien la necesite no dependa exclusivamente de una sola persona. Depender de una sola fuente de financiación está asociado a un mayor riesgo en la medida en que esta puede decidir modificar las condiciones o simplemente cortar el flujo de recursos y provocar iliquidez o insolvencia en el deudor. Si se tienen varias fuentes se mitiga este riesgo, de manera que si una de ellas deja de proveer capital se puede hacer uso de otras para garantizar la continuidad del negocio.

Tener distintas fuentes de financiación y asumir deudas en moneda extranjera, a su vez, puede ser provechoso no solamente para reducir

el riesgo ya mencionado sino también para pagar una menor tasa de interés remuneratorio. En algunos países las tasas de interés pueden ser sustancialmente más bajas que las que se pagan en Colombia, por lo que obtener financiación con esas entidades en la moneda local puede representar un ahorro.

Algunas personas más arriesgadas pueden decidir endeudarse en moneda extranjera apostándole a que la tasa de cambio fluctuará a la baja y, de esa manera, pagar menos dinero. Por ejemplo, una compañía colombiana contrae una deuda en dólares estadounidenses esperando que la cotización del dólar para el día del repago sea más baja que la del día en que se celebró el contrato; si esto ocurre, lo que tenga que pagar será menor. Desde luego, esta operación envuelve el riesgo de que la cotización no baje sino que suba. Por ello, en la mayoría de casos el deudor paga adicionalmente primas de riesgo.

3. EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA Y EL RIESGO CAMBIARIO

Contrario a lo ideal, en el período comprendido entre el nacimiento de la obligación y su pago pueden ocurrir situaciones que lo dificultan o lo impiden. La mera posibilidad de que esto suceda se denomina *riesgo*. En materia de obligaciones en moneda extranjera el riesgo comporta la posibilidad de que al deudor se le dificulte pagarle al acreedor como consecuencia de la fluctuación del valor de referencia, o *tasa de cambio*, entre la moneda pactada y la moneda de pago. Esta situación particular se denomina *riesgo cambiario*.

En esta sección se analizarán los mecanismos contractuales que pueden utilizar las partes para mitigar el riesgo cambiario, y los remedios jurídicos que podrían aplicarse en caso de que este se materialice.

A) *El riesgo cambiario: su previsión y asignación mediante mecanismos contractuales*

La materialización del riesgo cambiario puede conllevar efectos patrimoniales leves o graves para las partes. Piénsese en un contrato de suministro de bienes cuya contraprestación se pacta en dólares estadounidenses y cuyo pago debe hacerse en pesos colombianos según la

tasa de cambio de la fecha de cada provisión. Si la cotización del dólar sube cien pesos por dólar, al suministrado le quedará más difícil pagar la contraprestación y, correlativamente, al proveedor le convendrá. Esta ligera variación puede generar un efecto patrimonial leve en ambos contratantes: negativo para el suministrado y positivo para el proveedor. Pero si la cotización sube mil pesos por dólar, entonces los efectos de esta variación serán graves y podría suceder que el suministrado se vea en un verdadero aprieto para cumplir sus obligaciones. Es por eso por lo que el riesgo cambiario es central a la hora de evaluar si se contraen o no obligaciones en moneda extranjera.

La fluctuación de la tasa de cambio entre divisas es un fenómeno de natural ocurrencia en la economía. Este depende de diversos factores entre los que están la oferta y demanda de divisas en el mercado, la oferta y demanda de materias primas (*commodities*), y la estabilidad económica, política y social de los países emisores. Cuando el valor de una moneda extranjera aumenta con relación a la moneda de curso legal se habla de *devaluación* de esta, y cuando aquel disminuye se está ante la *revaluación*. El empleo de estos términos es relativo. Por ejemplo, el peso colombiano es una moneda devaluada con respecto al dólar estadounidense y a su vez el dólar estadounidense es revaluado con respecto al peso colombiano. Ante la inevitabilidad de este fenómeno, las partes deben ser previsivas al momento de contraer obligaciones en moneda extranjera para mitigar sus efectos.

a) *La fijación convencional de la tasa de cambio*. La tasa de cambio se puede definir como el *valor de una unidad de moneda extranjera expresado en unidades de moneda de curso legal*. Una tasa de cambio puede ser la de peso colombiano-euro, esto es, la cantidad en pesos colombianos por un euro; o la de euro-peso colombiano, o la cantidad en euros por un peso colombiano. Así pues, existen tasas de cambio entre todas las divisas.

En Colombia, la tasa de cambio más importante es la *tasa de cambio representativa del mercado* o TRM. Su importancia se deriva de la fortaleza del dólar, su presencia en el mercado mundial de divisas y su carácter como principal moneda de reserva de los estados. Esta tasa sirve como valor de referencia directa entre el peso colombiano y dólar estadounidense, aunque también indirecta entre el peso y otras denominaciones⁴⁵.

⁴⁵ En efecto, señala la parte final del art. 1º de la resolución externa 1 de 2018 del Banco de la República, que “El Banco de la República publicará diariamente las tasas de conversión de las mismas [o sea, de las divisas como corona noruega, corona sueca, yen

En la medida en que la TRM puede afectar positiva o negativamente a muchas personas que se obligan en moneda extranjera, es uno de los indicadores económicos con mayor relevancia.

La TRM no es un valor fijo sino variable o *flotante*. Según la define el Banco de la República, “es el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los intermediarios del mercado cambiario entre las 7:30 a.m. y la 1:00 p.m.”⁴⁶, y se expresa en pesos colombianos por un dólar estadounidense. El cálculo diario y la certificación de la TRM son realizados por la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo en cuenta las operaciones realizadas entre los intermediarios del mercado cambiario, la Nación y las entidades vigiladas por él. Como se ve, es una tasa que varía diariamente con base en criterios técnicos.

De igual modo, la TRM no es un valor imperativo sino supletivo o de mera referencia. Esto encuentra sustento en la redacción del artículo 86 de la resolución externa 1 de 2018 del Banco de la República⁴⁷. Esta norma permite que las partes que contraen obligaciones en moneda extranjera elijan si les aplica o no la TRM. Si eligen que sí les aplica, las partes además pueden pactar si la TRM será la del día en que se contrae la obligación o la del día del pago. Si eligen que no les aplica, las partes pueden establecer una tasa distinta. En caso de que las partes se obliguen en moneda extranjera y nada digan al respecto, entonces se entenderá que les aplica la TRM vigente el día en que se contrajo dicha obligación. Al no ser imperativa, la norma protege la autonomía de la voluntad privada y a la vez suple el silencio de las partes.

japonés, yuan-reminbi chino, euro, etcétera] con respecto al dólar de los Estados Unidos de América”. También así lo establece el parg. 3º del art. 86 de la misma resolución, el cual establece: “En el caso de obligaciones estipuladas en moneda extranjera diferente al dólar de los Estados Unidos de América se utilizará para los efectos del presente artículo la tasa de conversión determinada de conformidad con el artículo 1 de esta resolución”.

⁴⁶ Circular Reglamentaria Externa DODM-146 del Banco de la República. Asunto 8: Metodología de Cálculo de la Tasa Representativa del Mercado.

⁴⁷ Dice la norma: “Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta”.

Conforme a lo anterior, existen tres opciones que las partes pueden elegir para fijar la tasa de cambio aplicable:

a') *La tasa de cambio aplicable es la TRM vigente en el día en que se contrajo la obligación.* Esta opción puede elegirse ya sea por pacto expreso o por silencio de las partes, en la medida en que es la que contempla el artículo 86 antes mencionado. En caso de que se elija expresamente, este pacto se denomina cláusula de estabilidad⁴⁸.

Esta puede ser una opción relativamente segura para mitigar el riesgo cambiario y para mantener el equilibrio contractual. Esto es así por cuanto las partes conocen de antemano las prestaciones económicas que deben asumir y pueden prepararse adecuadamente para cumplirlas. Pueden, por ejemplo, convertir a pesos colombianos las sumas debidas, calcular provisiones de caja, proyectar la cartera y otros indicadores contables. Así pues, si la obligación tiene su fuente en un contrato conmutativo, esta opción da una mayor probabilidad de mantenerlo así durante su ejecución. Por eso, puede resultar eficaz para mitigar los efectos de la fluctuación de la TRM.

Sin embargo, aun eligiendo esta opción puede ocurrir un evento de variación de la TRM con la cual deudor o acreedor pueden verse afectados. En caso de que ello ocurra, las partes deben asumir este riesgo a menos de que hayan establecido otros mecanismos contractuales.

b') *La tasa de cambio aplicable es la TRM vigente en el día del pago o de los pagos.* A diferencia de la anterior opción, aplicable en caso de silencio de las partes, esta solo se puede elegir por medio de pacto expreso.

Esta opción puede ser segura o insegura dependiendo del momento. Es relativamente segura en momentos en el que la TRM se haya mantenido estable. Es insegura en momentos de volatilidad o de fluctuaciones bruscas. En el primer escenario de todos modos se trata de una opción menos segura que la señalada arriba. La razón de ello consiste en que las partes no tienen una base sólida para prepararse para el cumplimiento de la obligación. En la mayoría de los casos, quienes optan por esta alternativa se basan únicamente en proyecciones o estimaciones sobre la variación futura de la TRM, las cuales pueden acertar o fallar. Aunque desde luego existen cálculos y predicciones rigurosos, estos de todos

⁴⁸ WILLIAM NAMÉN VARGAS, "Cláusulas de indización monetaria", en *Revista Contexto*, vol. 4, Bogotá, Universidad Externado, 1999, pág. 8.

modos no reemplazan la certeza de la primera opción⁴⁹. Por eso puede decirse que tiene un grado de inseguridad mayor.

Para mitigar la inseguridad de esta opción, las partes que optan por esta alternativa suelen establecer otros mecanismos de previsión de riesgos.

c') *La tasa de cambio aplicable es una distinta a la TRM*. Esta tercera opción, al igual que la segunda, requiere pacto expreso de las partes⁵⁰.

Las causas que pueden motivar a las partes para elegir su propia tasa de cambio son varias. Una de ellas puede ser la elección de un valor que represente íntegramente sus intereses sin estar sujetos al desenvolvimiento del mercado. Esto puede suceder en momentos en que hay una extrema volatilidad de la TRM y una marcada incertidumbre sobre cómo se va a comportar. En este contexto, el criterio para fijar esta tasa *sui generis* puede basarse en modelos que expliquen el comportamiento de un mercado ideal y estable. No obstante, también puede suceder que las partes la fijen en escenarios de estabilidad. Aquí los criterios para fijarla podrían basarse en proyecciones del mercado, modelos financieros o incluso en la mera liberalidad de una de las partes⁵¹. Así pues, elegir esta opción es un verdadero ejercicio de autonomía privada.

La tasa convencional puede tener un valor cercano a la TRM o no. Esto es así porque las normas nada dicen al respecto. Lo usual es que las partes pacten lo primero. En este caso, podría lograrse una verdadera salvaguarda monetaria, una justa retribución a la compra de bienes y prestación de servicios, entre otros. Pero las partes también pueden pactar una tasa mucho más alta o mucho más baja que la TRM. En este caso, podría hablarse de un equilibrio contractual débil o incluso de una estipulación abusiva que priva a alguna de las partes de la contraprestación que merece. En cualquier caso, las partes son quienes deciden lo uno o lo otro.

Sobre esta opción surge la pregunta de si existen límites a la posibilidad de estipular libremente las tasas de cambio. La respuesta depende de los tipos de límites de los que se esté hablando. Si se trata de prohibi-

⁴⁹ Si las partes de todas maneras apuestan por elegir esta opción en un momento de alta volatilidad del mercado, podría decirse que contraen una obligación en el marco de un contrato aleatorio y no conmutativo. Esto traería como consecuencia, entre otras, la no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión según el art. 868 del C. de Co.

⁵⁰ Superintendencia Financiera de Colombia, concepto 2009033065-003 de 11 junio 2009.

⁵¹ C. C., art. 1524.

ciones legales expresas, entonces la respuesta es negativa. No existe en Colombia ninguna norma que limite la posibilidad que tienen las partes de estipular la tasa de cambio aplicable a sus negocios. Bajo este entendido, es perfectamente eficaz un pacto en el que las partes entiendan que un dólar estadounidense será equivalente tanto a cuatro mil como a ochocientos pesos colombianos.

Sin embargo, si se trata de límites asociados a las clasificaciones y principios de los actos jurídicos, entonces la respuesta es afirmativa. En efecto, se pueden generar varias situaciones. Si la tasa pactada es abiertamente irrisoria, como por ejemplo una tasa de diez pesos por dólar, se podría perder la conmutatividad del contrato⁵² o incluso su existencia si se trata de una compraventa⁵³. Si la obligación proviene de un contrato que contempla expresamente la lesión enorme como vicio objetivo de eficacia, entonces se podrá configurar esta institución con todos sus efectos⁵⁴. Si la tasa arroja intereses abiertamente por encima de los topes legales aplicables, según el caso, se podrán activar los mecanismos para su reducción. Si la fijación de la tasa se da de forma unilateral y existe una evidente asimetría de *estatus* y de información entre las partes, podría argumentarse la existencia de una cláusula abusiva⁵⁵. Y, en general, si esta se fija con conocimiento de que puede suponer una desventaja considerable para la contraparte, sin cumplir con los deberes secundarios de información, lealtad y probidad, la obligación podría conculcar la

⁵² De acuerdo con el art. 872 del C. de Co., una prestación irrisoria no altera la eficacia del contrato sino que le quita su carácter conmutativo. De ese modo, podría decirse que una tasa de cambio abiertamente irrisoria, como pactar un dólar estadounidense a diez pesos colombianos, es eficaz pero no conmutativa.

⁵³ El art. 920 del C. de Co. estatuye que, en sede de compraventa, el precio irrisorio se tendrá por no pactado por lo que, ante él, sería este un contrato inexistente (que podría degradarse además en una donación). En materia civil no existe norma expresa con la misma inteligencia que los anteriores artículos, aunque jurisprudencialmente se le ha dado aplicación analógica solamente al art. 920 para compraventas civiles. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 20 septiembre 2000, exp. 5701, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

⁵⁴ La fijación desproporcionada de la tasa de cambio podría dar pie a la lesión enorme en los siguientes casos: (i) la estipulación del precio en moneda extranjera en casos de compraventa de bienes inmuebles (C. C., art. 1946); la cláusula penal en moneda extranjera (C. C., art. 1601, y C. de co., art. 867); la hipoteca o la anticresis para garantizar una obligación principal en moneda extranjera (C. C., arts. 2436 y 2466).

⁵⁵ Por ejemplo, en casos de contratos con consumidores financieros (ley 1328 de 2009, art. 11).

buena fe contractual. En suma, si bien la libertad a la fijación de la tasa de cambio está garantizada por la ley, esta tiene restricciones propias del régimen general de obligaciones y contratos.

b) *Las cláusulas de adaptación y de suspensión.* Las partes pueden pactar en un contrato cláusulas que establezcan que el contenido del contrato se modificará o *adaptará* a las circunstancias presentes al momento de ejecutarlo. Estas son las llamadas *cláusulas de adaptación*. Un ejemplo básico puede ser el siguiente: las partes en un contrato pueden pactar un precio de cinco pesos, pagadero en 2040, pero si en ese año el salario mínimo es de más de cien pesos entonces el precio se ajustará y será de nueve pesos. En materia de obligaciones en moneda extranjera, estas cláusulas pueden a su vez asumir la forma de *cláusulas de revisión* o *cláusulas de excesiva onerosidad (hardship)*.

También las partes pueden pactar cláusulas que determinen que ante el acaecimiento de determinados eventos se suspenderá la ejecución de las obligaciones. Estas son las *cláusulas de suspensión*. Por ejemplo, las partes pueden pactar el pago de un precio por instalamentos mensuales durante cinco años, pero en caso de que se produzca una caída de más del 5 por ciento en el precio del petróleo, la deudora podrá dejar de pagar el dinero. La forma más común de cláusula de suspensión es la *cláusula de fuerza mayor*.

El requisito para la eficacia de estas cláusulas es que se pacten en contratos que sean: (i) onerosos conmutativos⁵⁶; y (ii) cuya ejecución sea sucesiva⁵⁷ o diferida⁵⁸.

a') *Cláusulas de revisión.* Por medio de estas cláusulas, las partes establecen criterios o mecanismos encaminados a revisar o reajustar el

⁵⁶ C. C., art. 1498.

⁵⁷ El contrato es de ejecución sucesiva cuando no todas las obligaciones nacen al momento de celebrar el contrato, sino que van naciendo conforme pasa el tiempo. Su diferencia con los contratos de ejecución diferida radica, según RODRÍGUEZ FONNEGRA, en: (i) la posibilidad de efectuar restituciones mutuas, lo cual es imposible para el caso de los de ejecución diferida, y (ii) el cómputo de términos de prescripción. En los contratos de ejecución diferida hay solo un punto de partida en el conteo, mientras que en los de ejecución sucesiva hay varios. Ver: JAIME RODRÍGUEZ FONNEGRA, *De la compraventa y otras materias aledañas*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1960, págs. 14-15.

⁵⁸ Un contrato es de ejecución diferida cuando, aunque todas las obligaciones nacen al momento de celebrarse, su cumplimiento se debe realizar al vencimiento de uno o varios plazos determinados, tal y como ocurre en una compraventa por instalamentos o en un mutuo. Ver: OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, cit., pág. 72.

contenido de lo pactado, en caso de que se configuren circunstancias previsibles que dificulten a una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones. Dichos criterios o mecanismos pueden ser subjetivos (revisión *ex post* por las partes o un tercero) u objetivos (fórmulas pactadas *ex ante*). De este modo, se busca revisar el contenido del contrato a fin de adaptarlo a las circunstancias

En Colombia las cláusulas de revisión son pactadas con frecuencia en los contratos estatales, sobre todo aquellas con criterios o mecanismos objetivos⁵⁹. Recuérdese que en el régimen de contratación pública existe un principio expreso que salvaguarda la ecuación contractual⁶⁰ y que, aun si no se pacta ninguna cláusula, la posibilidad de revisión siempre está incluida⁶¹. Sin embargo, las entidades públicas suelen incluir en los contratos de gran envergadura este tipo de previsiones a fin de regular de antemano los procedimientos y fórmulas de revisión, y evitar la inversión en tiempo y recursos que supondría no regularlo. De este modo, aunque la revisión es un elemento de la naturaleza de los contratos estatales, se suelen pactar expresamente por razones de certeza y celeridad.

En la contratación privada estas cláusulas suelen ser menos comunes. Sin embargo, su utilidad práctica es indudable: pueden reducir costos, evitar procedimientos y discusiones durante la ejecución y, en general, prevén la solución antes de que se dé el problema. Además de lo anterior, teóricamente estas cláusulas no riñen con ningún principio contractual. Más bien al contrario: persiguen la consecución efectiva de los fines es-

⁵⁹ En particular, en los contratos estatales celebrados en Colombia se establece este tipo de fórmulas de revisión de precios. El Consejo de Estado ha definido este mecanismo como “[...] un método para el cálculo de los ajustes que se le deben reconocer al contratista por las fluctuaciones que durante la ejecución del contrato se hayan presentado en los costos de los componentes básicos que integran la obra y su finalidad es asegurar que el pago que realice la Administración Pública por concepto de los trabajos ejecutados por su colaborador privado concuerden íntegramente con el valor de la remuneración pactada en el contrato. // El método de la revisión o ajuste de precios opera técnicamente mediante fórmulas polinómicas tipo”. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 23 julio 2014, rad. 28595, C. P. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁰ Ley 80 de 1993, art. 27.

⁶¹ El Consejo de Estado ha estimado que los pactos contractuales que prohíban la revisión o reajuste de precios son nulos por objeto ilícito y por contrariar los principios de la contratación estatal. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sent. de 29 julio 2015, rad. 41008. C. P. Hernán Andrade Rincón.

perados por las partes, salvaguardan el principio de buena fe y apoyan el ideal de equidad traducido en la máxima *rebus sic stantibus*⁶². Por ello se recomienda su inclusión en cualquier contrato conmutativo de ejecución sucesiva o diferida, sobre todo aquellos a largo plazo y que involucren prestaciones determinables por el mercado como lo son las obligaciones en moneda extranjera.

En las obligaciones en moneda extranjera las cláusulas de revisión pueden asumir las siguientes formas, entre muchas otras posibles:

- *Cláusulas de asunción y distribución de riesgos (risk bearing o currency risk sharing)*. Mediante estas cláusulas las partes prevén que determinadas fluctuaciones de la tasa de cambio serán asumidas enteramente por una de las partes o por ambas, por igual. Por ejemplo, las partes acuerdan que en caso de que el peso se devalúe en un 3 por ciento o más frente al dólar, la pérdida del 3 por ciento la asumirá únicamente una de las partes, o incluso que la asumirán ambas cada una en un 1,5 por ciento.

- *Cláusulas de reajuste automático*. Mediante estas cláusulas las partes prevén fórmulas o mecanismos de reajuste frente al riesgo de devaluación de la moneda. Por ejemplo, en caso de que el peso colombiano se devalúe frente al dólar en un 3 por ciento, la cláusula puede estimar que el precio pactado se corregirá automáticamente en dicho 3 por ciento.

- *Cláusulas de cambio de moneda (currency option)*. Mediante estas cláusulas las partes se reservan el derecho de cambiar la moneda estipulada ante el acaecimiento de determinadas circunstancias. Verbigracia: si el dólar americano sufre una devaluación considerable frente al peso, las partes pueden elegir cambiar la moneda de la obligación al peso colombiano.

- *Cláusula de indexación (corrección monetaria)*. Mediante esta cláusula las partes pactan el reajuste automático de la suma estipulada en moneda extranjera a un índice diferente de la tasa de cambio, como por ejemplo el índice de inflación o de precios al consumidor (IPC). A modo de ejemplo, las partes pueden pactar que si el índice de inflación fue de 3 por ciento anual, la suma estipulada se reajusta automáticamente en un 3 por ciento⁶³.

⁶² Sobre esta máxima y la noción de la teoría de imprevisión, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sents. de 29 octubre 1936, “G. J.”, tomo XLIV, núm. 1918-1919, pág. 455, M. P. Liborio Escallón, y de 21 febrero 2012, rad. 00537-01, M. P. William Namén Vargas.

⁶³ Durante la primera mitad del siglo XX era común encontrar cláusulas de indexación fijadas en valor-oro, es decir, cláusulas que preveían reajustes de la obligación dinera-

- *Cláusula de congelación.* Mediante esta cláusula las partes pactan que, en caso de una determinada fluctuación de la tasa de cambio por fuera de dos puntos de referencia, la tasa pactada se mantendrá constante. Por ejemplo, se puede pactar que, siempre que el peso no se devalúe o se revalúe por encima del 3 por ciento, las partes asumirán el riesgo cambiario; pero si fluctúa por encima de esos valores, la tasa aplicable se congelará en \$ 3.000 por dólar.

- *Cláusula de indicador financiero negativo.* Mediante esta cláusula las partes pactan que, en caso de que el indicador financiero de alguna de las partes alcance cierto punto negativo como consecuencia de la fluctuación de la tasa de cambio, se revisará y reajustará la suma pactada. Por ejemplo, en caso de que el EBITDA de una de las partes sea de 2 por ciento durante un ejercicio, previa certificación de contador y auditor, las partes podrán revisar el contenido del contrato y reajustarlo.

Además de las anteriores, las partes pueden libremente crear otras cláusulas en el ejercicio de su autonomía privada.

b') *Cláusula de imprevisión o "hardship"*. Por medio de la cláusula de imprevisión las partes se obligan a renegociar el contrato cuando se presenta una excesiva onerosidad en su cumplimiento, como consecuencia de: (i) circunstancias extraordinarias imprevistas e imprevisibles, o (ii) efectos imprevistos e imprevisibles de una circunstancia extraordinaria ya prevista o previsible⁶⁴.

ria conforme a la variación del índice de precios del oro. Al comienzo, y en virtud del principio nominalista, de soberanía monetaria y de la preservación de la confianza en la moneda nacional, la jurisprudencia colombiana atacó con nulidad absoluta este tipo de pactos, inspirada en gran medida por la jurisprudencia francesa. Ver: NAMÉN VARGAS, "Las cláusulas...", cit., pág. 14. Entre las sentencias que se inclinaron por esta tesis está: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 28 abril 1937, "G. J.", tomo XLIV, núms. 1920-1921, pág. 640, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.

⁶⁴ La justicia arbitral se ha referido a esto, con apoyo de la doctrina francesa encabezada por JACQUES GHESTIN: "A propósito del estudio de las denominadas cláusulas de «hardship», que son aquellas mediante las cuales las partes prevén la revisión de un contrato cuando un cambio sustancial de las circunstancias modifica profundamente el equilibrio inicial de las obligaciones de las partes, GHESTIN anota que «las consecuencias vinculadas a la sobrevinencia [*sic*] de un acontecimiento previsible pueden ser imprevisibles. El mismo autor, líneas más adelante, cuando se ocupa en analizar las condiciones que la doctrina exige para la configuración del fenómeno de la imprevisión y, en particular, la imprevisibilidad del acontecimiento, observa, de una parte, que «si el acontecimiento aparece como previsible, sus consecuencias pueden haber sobrepasado

Las cláusulas de imprevisión tienen como obligación principal para las partes la renegociación del contrato. Esta obligación puede adoptar dos formas: la renegociación autocompositiva o heterocompositiva⁶⁵. En la primera forma las partes acuerdan renegociar el contrato ellas mismas con fundamento en criterios subjetivos u objetivos. En la segunda, convienen en que la renegociación se haga por intervención de un tercero basado en los mismos criterios. En cualquiera de las dos formas, la obligación de renegociar tiene como fin evitar que alguna de las partes incumpla el contrato como consecuencia del cambio de circunstancias y el desequilibrio producido.

Como se ve, la diferencia de esta cláusula con las de revisión radica en el elemento de imprevisión o imprevisibilidad. A su vez, la diferencia con las cláusulas de suspensión consiste en que aquí no se prevé como remedio la inexecución de las obligaciones sino su renegociación.

La obligación de renegociar está sujeta a dos condiciones suspensivas. La primera es que se produzca una circunstancia o efecto extraordinario⁶⁶, imprevisto⁶⁷ o imprevisible⁶⁸. La segunda es que se produzca una excesiva onerosidad en la ejecución de las prestaciones como consecuencia de la primera. Con respecto a la primera de estas condiciones, surge la duda de si una circunstancia imprevista o imprevisible realmente

todas las previsiones» [...]”. Ver: Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por RCN Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión, 24 noviembre 2006. Árbitros: Antonio de Irisarri, José Alejandro Bonivento y Ramón Eduardo Madriñán.

⁶⁵ ADRIAN A. MONTAGUE, “Hardship Clauses”, en *International Business Lawyer* 13, núm. 3, 1985, págs. 135-138.

⁶⁶ La jurisprudencia civil colombiana ha entendido que la circunstancia o efecto extraordinario es aquel “cuya ocurrencia está fuera de lo ordinario, normal, natural [...] según el estado de la técnica y las reglas de la experiencia”. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 21 febrero 2012, rad. 00537-01, M. P. William Namén Vargas.

⁶⁷ Una circunstancia imprevisible ha sido comprendida como un evento súbito, repentino y anormal, cuya ocurrencia y efectos no puedan contemplarse en la mente de los contratantes a partir de una capacidad o aptitud media de previsión. Ver: JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Bogotá, Legis, 2007, pág. 368.

⁶⁸ Una circunstancia o efecto imprevisto se ha entendido como aquella “no prevista, *ex ante*, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, cocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable”. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 21 febrero 2012, rad. 00537-01, M. P. William Namén Vargas.

comporta estas características cuando se prevé su solución mediante una cláusula contractual. Al respecto puede decirse que son las partes, en ejercicio de su autonomía, quienes pueden despejar esa duda. En efecto, ellas pueden pactar qué requisitos debe cumplir una circunstancia o efecto para considerarse como extraordinario, imprevisto e imprevisible, y entre más detallados sean estos requisitos mucho mejor⁶⁹.

La segunda condición suspensiva consiste en la excesiva onerosidad. Esta puede definirse como el debilitamiento de la conmutatividad del contrato reflejado en el grave menoscabo patrimonial que sufre una de las partes al ejecutarlo y su consecuente dificultad para seguirlo haciendo⁷⁰.

Estas cláusulas son comunes en la contratación internacional, y menos comunes en la contratación nacional. En efecto, internacionalmente las cláusulas de imprevisión han ganado protagonismo gracias a que los contratos internacionales son por lo general complejos y sus riesgos son importantes. No son igualmente comunes en los contratos nacionales quizás porque existe la figura de la teoría de la imprevisión como norma positiva. En cualquier caso, pactar una cláusula de este tipo puede ser útil en la medida en que, al no acudir a un proceso judicial para revisar las condiciones del contrato, las partes pueden ahorrar tiempo y dinero. Así pues, puede ser recomendable estipularlas.

En el caso de las obligaciones en moneda extranjera, la renegociación nacería si se dan dos situaciones, las cuales corresponden a las dos condiciones suspensivas arriba explicadas. La primera, a su vez, puede dividirse en dos escenarios. El primer escenario se daría si hay una fluctuación brusca, súbita y anormal de la tasa de cambio, lo cual configuraría una circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible. El segundo escenario se daría si la fluctuación normal y corriente de la tasa de cambio produce efectos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles como el

⁶⁹ NAMÉN VARGAS, “Las cláusulas...”, cit., pág. 12.

⁷⁰ El art. 6.2.2. de los Principios UNIDROIT, en su edición de 2016, da una noción de excesiva onerosidad en los siguientes términos: “[H]ay excesiva onerosidad cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja, y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

aumento de precios, la escasez de productos o de liquidez. La segunda situación se configura siempre que el patrimonio del deudor se vea fuertemente afectado, por ejemplo, al tener que pagar más o recibir menos dinero por la misma cantidad de bienes. Si nace la obligación de renegociar, las partes se comprometen a hacer todo lo posible por restablecer el equilibrio económico mediante los mecanismos pactados.

c') *Cláusulas de suspensión o de fuerza mayor*. Por medio de la cláusula de suspensión o fuerza mayor las partes acuerdan la suspensión temporal o definitiva, total o parcial, del cumplimiento de sus obligaciones en caso de que ocurran circunstancias o efectos extraordinarios, imprevistos, imprevisibles, irresistibles y ajenos. Como se ve, en estas no hay adaptación (revisión ni renegociación).

En estas cláusulas podría decirse que la obligación es de *no hacer* y que está sujeta a dos condiciones suspensivas. La primera es que existan circunstancias o efectos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles. La segunda es que dichas circunstancias sean irresistibles y ajenas, es decir, que al deudor no le sea posible oponerse ni adaptarse para asumir el hecho sus efectos⁷¹, y cuya ocurrencia no dependa de su control⁷². Esta es una diferencia con la cláusula de imprevisión; en esta no debe haber una excesiva onerosidad o dificultad para cumplir sino una imposibilidad de seguir cumpliendo.

Al igual que en las cláusulas de imprevisión, las partes en las cláusulas de suspensión definen qué entenderán como eventos imposibilitantes o de fuerza mayor. En el caso particular de las cláusulas de fuerza mayor en Colombia, surge el interrogante de si las partes, al definir qué entenderán como un evento de esta categoría, irían en contra de la definición legal del artículo 64 del Código Civil⁷³. La respuesta es negativa. En primer lugar porque no se trata de una norma imperativa y esta no incluye una lista taxativa. En segundo porque en Colombia están permitidos los pactos sobre el grado de culpa del que responderá el deudor y los relativos a la asunción del riesgo de fuerza mayor⁷⁴. En tercer lugar porque “son

⁷¹ TAMAYO JARAMILLO, *Tratado...*, cit., pág. 18.

⁷² MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, “Cómo afrontar lo inesperado: la fuerza mayor en la contratación internacional ¿principio o cláusula?”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP, núm. 74, 2015, pág. 471.

⁷³ Dice la norma que la fuerza mayor o caso fortuito es “el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. C. C., art. 64.

⁷⁴ C. C., arts. 1604 y 1732.

las partes quienes están en la mejor posición para calcular hasta dónde están dispuestas a asumir los costos que puedan resultar, en función del beneficio que persiguen al contratar⁷⁵. Así pues, es lícito que las partes hagan su propio catálogo de situaciones imposibilitantes o de fuerza mayor, y que incluyan por ejemplo el riesgo cambiario.

Aunque no hay limitación legal alguna, sería extraño y poco conveniente pactar estas cláusulas para mitigar el riesgo cambiario. Sería extraño porque la obligación en moneda extranjera es una obligación dineraria, y el dinero, como bien de género por excelencia, no perece⁷⁶. Esto hace que cualquier contingencia asociada a ella, como el riesgo cambiario, no pueda considerarse como *irresistible*. Sería poco conveniente porque podría tener efectos nocivos en la economía el permitir que una parte suspenda el cumplimiento de sus obligaciones en razón de una fluctuación de la tasa de cambio. Así mismo, podría abrir la puerta para que las partes dejen de cumplir los contratos alegando su propia negligencia al no considerar previsible el riesgo cambiario. Por último, podría ser una fuente de inseguridad jurídica. Por eso, si bien las partes tienen libertad para pactar estas cláusulas para mitigar el riesgo cambiario, sería algo atípico⁷⁷ y probablemente riesgoso para la estabilidad del negocio⁷⁸.

⁷⁵ CASTRO DE CIFUENTES, “Cómo afrontar...”, cit., pág. 474.

⁷⁶ La institución de la *pérdida de la cosa que se debe* se refiere a los bienes de cuerpo cierto. C. C., art. 1729.

⁷⁷ ALAN BERG, “The detailed draft of force majeure clauses”, en *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2^a ed., editado por Ewan McKendrick, Nueva York, Routledge–CRC Press, 2013, pág. 88.

⁷⁸ Con ocasión de la pandemia de Covid-19 en el año 2020, y de los efectos económicos producidos por las medidas gubernamentales para prevenir su expansión, se ha extendido el pacto de las llamadas cláusulas de cambio o efecto material adverso (*material change / material effect change*). Estas cláusulas se definen como aquellas mediante la cual una parte tiene derecho a terminar unilateralmente o pedir la renegociación del contrato cuando se producen cambios o efectos que impiden definitivamente el cumplimiento de la prestación, y que no corresponden a eventos de fuerza mayor. Este tipo de pactos son especialmente comunes en los contratos de compraventa de acciones (fusiones y adquisiciones) y de financiación en el derecho anglosajón. Con respecto al tema del capítulo, el riesgo cambiario no se suele considerar como cambio o efecto material adverso. Es más, se suele excluir expresamente junto con otros riesgos externos (políticos, económicos, etc.). Esto ha hecho que el cambio o efecto material adverso se suela definir como un cambio de las condiciones propias de la compañía o del deudor, y no del mercado, la economía o de la industria. No obstante, en la medida en que son cláusulas ampliamente flexibles, es posible que las partes incluyan el riesgo

c) *Contratos derivados*. Los derivados financieros son contratos mediante los cuales las partes buscan mitigar los riesgos inherentes de ciertos contratos financieros subyacentes. Se llaman “derivados” en la medida en que el precio de ellos se deriva del valor del activo que hace parte del contrato subyacente⁷⁹, como por ejemplo dinero, divisas, títulos valores o materias primas (*commodities*). Asimismo, se llaman “derivados”, en plural, pues existen varios tipos de contratos de esta naturaleza. Finalmente, son contratos mayormente atípicos. Por esa razón, definirlos en conjunto no es sencillo.

Los tipos de derivados financieros más comunes son los *forwards* o futuros⁸⁰, los contratos de opción financiera y los *swap* o permuta financiera. Los futuros son contratos mediante los cuales una parte, denominada negociante, se obliga a dar o entregar un activo subyacente a otra, denominada usuaria, y esta última se obliga a pagarle a la primera un precio determinado por dicho activo al vencimiento de un plazo determinado. Un futuro para mitigar el riesgo cambiario consistiría en que el negociante se compromete a dar una cantidad de dólares estadounidense al usuario. Este a su vez se obliga a pagar por dichos dólares una suma en pesos colombianos liquidada a una tasa de cambio estipulada en el contrato, el día 5 de febrero de 20... El riesgo que envuelven estos contratos es que la tasa previamente fijada resulte diferente a la TRM, lo cual provocaría ganancias o pérdidas para el negociante⁸¹.

cambiario como cambio o efecto material adverso en determinadas circunstancias. Ver: GAIL WEINSTEIN *et al.*, “COVID-19 as a Material Adverse Effect (MAC) Under M&A and Financing Agreements”, en *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Acceso el 11 de junio de 2020 (14:55). <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/04/04/covid-19-as-a-material-adverse-effect-mac-under-ma-and-financing-agreements/>.

⁷⁹ MATEO MENDOZA ÁLVAREZ, “Contratos derivados: apuntes jurídicos para el desarrollo de un mercado en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 35, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, págs. 115-202.

⁸⁰ El *forward* se denomina ‘futuro’ cuando se celebra en el marco de mercados organizados como las bolsas de valores, o las bolsas de futuros y opciones. MENDOZA ÁLVAREZ. “Contratos..., cit., pág. 131.

⁸¹ El uso que se le ha dado a los *forwards* para mitigar el riesgo cambiario ha venido creciendo de forma constante en Colombia durante los últimos años, aunque todavía su presencia es escasa en el sector real. VIVIANA ALEJANDRA ALFONSO CORREDOR, “El uso de forwards peso-dólar en las empresas colombianas del sector real”, en *Borradores de Economía*, núm. 1058, Banco de la República, 2018, págs. 16-17.

En la opción financiera una parte, denominada concedente, se obliga a celebrar un contrato definitivo determinado con otra, denominada beneficiaria u optante, quien tendrá el derecho de decidir si lo celebra o no (derecho de opción) al acaecimiento de un plazo o de una condición, a cambio de una suma de dinero⁸². Generalmente, las opciones financieras preceden compras (*call*) o ventas (*put*) de activos subyacentes. Una opción financiera para mitigar el riesgo cambiario podría ser el siguiente: una parte concede a otra un derecho de opción para decidir si compra o no un cargamento de arroz valorado en dólares estadounidense, antes del 5 de mayo de 20..., a una tasa de cambio de COP\$ 2.800 por dólar. Si para esa fecha la TRM está por encima, el optante seguramente decidirá comprar el arroz; y si está por debajo, seguramente no lo hará.

En la permuta financiera una parte, negociante, se obliga a transferir a la otra, usuaria, flujos de caja variables, y esta última se obliga con la primera a transferirle flujos de caja fijos de forma sucesiva al vencimiento de determinados plazos. Los *swaps* pueden tener como objeto el intercambio de flujos de caja en distintas monedas: una de las partes tiene uno variable en moneda extranjera y la otra tiene uno fijo en moneda local. En ese contexto, la parte negociante busca mitigar el riesgo cambiario que puede afectar su flujo de caja y con ello su liquidez, trasladándoselo a la parte usuaria. Un ejemplo sería el siguiente: se celebra un *swap* en el que el negociante se obliga a entregarle a la usuaria los ingresos en dólares estadounidenses de forma mensual, y esta última se obliga a entregarle a aquella una suma de dinero en pesos colombianos, calculada a partir de una tasa de cambio previamente fijada en el contrato. Con este contrato, el negociante recibe un ingreso fijo en pesos colombianos y la usuaria asume el riesgo de que los dólares estadounidenses que recibe se devalúen o revalúen.

En Colombia, los derivados financieros se pueden celebrar entre los particulares y las entidades financieras expresamente autorizadas para llevar a cabo este tipo de operaciones⁸³. Asimismo, son consideradas como *operaciones de cambio*, por lo que su pago puede realizarse en la moneda extranjera estipulada⁸⁴.

⁸² La única norma que consagra el contrato de opción en Colombia es el art. 23 de la ley 51 de 1918.

⁸³ Resolución externa 1 de 2018, arts. 8° y 8°

⁸⁴ Resolución externa 1 de 2018, art. 63.

B) *Materialización del riesgo cambiario*

Es posible que las partes, no habiendo previsto contractualmente el riesgo cambiario, deban enfrentarse a su materialización y sus efectos. A continuación se expondrán dos posibles remedios jurídicos ante esta situación.

a) *Teoría de la imprevisión: tres subreglas jurídicas.* La teoría de la imprevisión (imprevisión legal) está contemplada expresamente en Colombia⁸⁵ y comparte rasgos con las cláusulas de imprevisión. Sin embargo, entre ambas hay dos diferencias. La primera es que las cláusulas pueden contemplar mecanismos autocompositivos de negociación, mientras que la imprevisión legal exige acudir ante un juez para realizar la revisión. La segunda es que la imprevisión legal contempla la posibilidad de que el juez decreta la terminación del contrato si fracasa la revisión, mientras que las cláusulas no suelen incluirla. En suma, la imprevisión legal da a las partes *acción de revisión* para acudir a la jurisdicción con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato, con la posibilidad de que este se termine si no es posible lograrlo⁸⁶.

La materialización del riesgo cambiario puede configurar el supuesto de hecho de la imprevisión legal en el ordenamiento colombiano. Sin

⁸⁵ C. de Co., art. 868. C. C., art. 1616. El hecho de que esta teoría se encuentre expresamente incluida en el Código de Comercio, y que no lo esté en el Civil, no impide aplicarla a cuestiones civiles. Como esta institución protege valores como la equidad, la justicia y la razonabilidad hace que esta institución pueda aplicarse de forma análoga sin ningún tipo de restricción jurídica. Y encima, antes de expedirse el Código de Comercio, ya la jurisprudencia había hecho aplicación de esta figura en negocios civiles. Así pues, es una figura que se aplica en todo el universo del derecho privado. Ver: ley 153 de 1887, art. 8°.

⁸⁶ Recuérdese que los requisitos de la acción de revisión por imprevisión han sido numerados así: (i) la existencia y validez de un contrato conmutativo, de ejecución diferida o sucesiva; (ii) el acaecimiento de circunstancias *extraordinarias, imprevistas e imprevisibles* al momento de celebración del contrato, o la producción de efectos *extraordinarios, imprevistos e imprevisibles* derivados de la ocurrencia de una circunstancia ordinaria, prevista y previsible, y cuyos riesgos no hayan sido asumidos contractualmente por ninguna de las partes; (iii) que dichas circunstancias o efectos sean posteriores a la celebración del contrato; (iii) que exista una grave ruptura de la conmutatividad del contrato y que haga excesivamente onerosa el cumplimiento de prestaciones futuras a cargo de una de las partes, y (iv) que el contrato siga en ejecución. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 21 febrero 2012, rad. 00537-01, M. P. William Namén Vargas.

embargo, esta no es una regla automática. Al revisar algunos precedentes jurisprudenciales y arbitrales puede decirse que corresponde al juez analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto para determinar si dicha materialización fue una circunstancia o efecto extraordinario, imprevisto e imprevisible, por un lado, y si hubo o no una excesiva onerosidad, por el otro. Por eso, la aplicación de la imprevisión legal en caso de fluctuaciones de la tasa de cambio depende del contexto, el contrato celebrado, la obligación asumida e incluso de las circunstancias personales de las partes.

Para conocer en qué casos se puede configurar imprevisión por materialización en el riesgo cambiario se han identificado tres subreglas jurisprudenciales y decisiones arbitrales al respecto. Debe advertirse que en materia de jurisprudencia civil pocas han sido las sentencias en que se ha aplicado la teoría de la imprevisión⁸⁷, y más pocas aún han sido las veces en que se ha analizado a la luz del riesgo cambiario en obligaciones en moneda extranjera. En materia arbitral ha habido más pronunciamientos, aunque no en abundancia. De esta suerte, a pesar de que existen criterios jurisprudenciales y arbitrales, estos aún son escasos y abiertos a interpretación.

a') *La subregla de la asunción tácita y de la oportunidad*. Una primera regla jurisprudencial es que la teoría de la imprevisión no es procedente cuando el deudor asume libremente el riesgo cambiario ni cuando se alega una vez el contrato se ha cumplido. Esta regla fue fijada por la sentencia de casación civil del 31 de julio de 2014⁸⁸. Los hechos que dieron pie al pleito ocurrieron así: se celebraron tres contratos de suministro⁸⁹ de maquinaria entre una sociedad y una empresa de servicios públicos y a un término de ocho meses. En los contratos se fijaba el precio en pesos

⁸⁷ Entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sents. de 29 octubre 1936, "G. J.", tomo XLIV, núms. 1918-1919, pág. 455, M. P. Liborio Escallón; de 25 febrero 1937, "G. J.", tomo XLIV, núm. 1918-1919, pág. n.d., M. P. Juan Francisco Mujica; de 23 mayo 1938, "G. J.", tomo XLVI, núm. 1936, pág. 523, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, y de 21 febrero 2012, rad. 00537-01, M. P. William Namén Vargas.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 2014, SC-10113-14, rad., 00366-01, M. P. Margarita Cabello Blanco.

⁸⁹ La naturaleza del contrato no fue clara en este caso. La primera instancia lo identificó como un suministro, típico contrato de ejecución sucesiva, pero la segunda lo calificó como una compraventa a plazos, es decir, de ejecución diferida.

colombianos. Igualmente, no se exigía que el proveedor adquiriera la maquinaria a suministrar en el extranjero.

Durante la ejecución del contrato en cuestión, el proveedor adquiría la maquinaria en el extranjero y pagaba su precio en dólares estadounidenses. Asimismo, en dicho período se produjo una devaluación del peso colombiano frente al dólar estadounidense. El término de los contratos expiró y se levantaron sendas actas de liquidación.

Luego de la liquidación de los contratos la proveedora instauró una acción de revisión por imprevisión contra la suministrada. En virtud de ella pidió el reajuste de los precios pagados por este. La razón, señalaba la demandante, era que se había producido un desequilibrio contractual con fundamento en la variación de la TRM. Si bien la primera instancia acogió la pretensión, la segunda instancia revocó esta decisión por considerar que no se había dado una circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible y que el contrato ya se había terminado.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema no casó la sentencia del tribunal y en consecuencia no prosperó la pretensión de revisión por imprevisión. En primer lugar, sostuvo que cuando el deudor ejecuta *motu proprio* obligaciones en moneda extranjera sin que esté obligado contractualmente a ello, este corre libremente con el riesgo cambiario. Esta consideración permite concluir, de forma más abstracta, que quien asume una obligación en moneda extranjera *asume tácitamente* el riesgo cambiario. En segundo lugar, y de acuerdo con precedentes jurisprudenciales⁹⁰, consideró que la revisión por imprevisión se debe aplicar únicamente a contratos en ejecución. En el caso concreto, como el proveedor compró maquinaria en dólares sin estar obligado a ello, y como interpuso la acción cuando los contratos ya estaban liquidados, no había lugar a revisar el contrato en virtud del artículo 868 del Código de Comercio.

Esta sentencia es bastante escueta para el tema del capítulo. En efecto, no explica qué es el riesgo cambiario, no habla de su naturaleza ni de si es imprevisible o extraordinario. Sin embargo, merece destacarse por tratarse de una sentencia del máximo órgano de casación y por recordar los requisitos generales de la teoría de la imprevisión, en particular la vigencia del contrato y la no asignación del riesgo a ninguna de las partes.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 29 octubre 1936, “G. J.”, tomo XLIV, núms. 1918-1919, pág. 455, M. P. Liborio Escallón. La Corte dijo en esa oportunidad: “Esta teoría no se aplica sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos”.

b') *La subregla del efecto anormal*. Una segunda regla, esta vez de fuente arbitral⁹¹, es que la fluctuación de la tasa de cambio que se salga del alea normal⁹² o de lo razonablemente previsible, y que además genere excesiva onerosidad, da lugar a aplicar la revisión por imprevisión. Los hechos que dieron lugar al proceso arbitral fueron los siguientes: se celebró entre una entidad pública y una constructora un contrato de obra para la construcción de una represa cerca de Bogotá, a cuarenta meses, previa licitación pública. La oferta de la constructora fijaba una modalidad de precios unitarios tanto en pesos colombianos como en dólares estadounidenses. Al celebrar el contrato, la constructora hizo constar que la crisis del petróleo de los años setenta había provocado desequilibrios financieros posteriores a la oferta y que había informado a la entidad sobre la necesidad de hacer reajustes.

Durante la vigencia del contrato se produjo una revaluación del peso frente al dólar y se decretó una emergencia económica en el país. Esto hizo que la constructora incurriera en sobrecostos de obra y en retrasos. En ese escenario, la constructora demandó a la entidad para pedir la revisión por imprevisión.

El tribunal formuló la regla expuesta arriba con base en dos argumentos. En primer lugar, señaló que la teoría de la imprevisión puede darse aun si las circunstancias extraordinarias, imprevisibles e imprevistas ya habían culminado pero sus efectos seguían causando una excesiva onerosidad en el contrato vigente. En ese sentido, aunque la crisis del petróleo inició en 1973, sus efectos perniciosos se extendieron hasta bien entrada la década de los ochenta. En segundo lugar, anotó que la revaluación del peso frente al dólar estadounidense como consecuencia de dicha crisis fue un efecto extraordinario, imprevisible e imprevisto en la medida en que fue *anormal* y no fue razonablemente contemplado por ningún experto. Así pues, concluyó el tribunal que en el caso concreto los efectos nocivos de la crisis se salieron del alea normal y nunca pudieron preverse, por lo que la pretensión de revisión prosperó.

⁹¹ Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por ICA de México S. A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de 27 julio 1981. Árbitros: Luis Fernando Neira Archila, Álvaro Esguerra Castillejo, Miguel Aguilera Rogers.

⁹² El hecho de que un contrato comporte un alea normal no lo convierte en aleatorio. JOSÉ FÉLIX CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado, 2013, pág. 204.

c') *La subregla de la concurrencia de eventos*. Una tercera regla, también arbitral⁹³, es que en las obligaciones en moneda extranjera el riesgo de devaluación del peso colombiano no es por sí sola una circunstancia extraordinaria ni imprevisible, a menos de que coincida con una crisis económica y un aumento inflacionario. Los hechos que dieron origen a la controversia fueron: se celebró un contrato de concesión entre una compañía y una entidad pública para prestar servicio de televisión pública por diez años. El precio de la concesión se pactó en dólares estadounidenses y se calculó con base en un modelo financiero que tenía en cuenta la proyección de ingresos que recibiría el concesionario por pauta publicitaria.

Durante el inicio de la ejecución del contrato se produjo la crisis económica de finales de los años noventa en Colombia. En el marco de esta crisis se produjo una elevada inflación y una marcada devaluación del peso colombiano frente al dólar estadounidense⁹⁴. Como consecuencia de esto, el concesionario no obtuvo los ingresos proyectados por pauta y, con ello, se hizo difícil efectuar los pagos pendientes de la licencia. En ese estado de cosas, el concesionario interpuso la acción de revisión por imprevisión contra la entidad.

El tribunal llegó a su conclusión de esta manera. En primer lugar, estableció que cuando las partes contraen una obligación en moneda extranjera están tácitamente asumiendo el riesgo cambiario siempre que sea normal y no anormal. En segundo lugar señaló que, debido al contexto histórico de la economía colombiana, la devaluación del peso colombiano frente al dólar estadounidense no era extraordinaria ni imprevisible⁹⁵. En otras

⁹³ Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por RCN Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión de 10 noviembre 2004. Árbitros: Antonio José de Irsarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre. En idéntico sentido, ver Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por Caracol Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión, de 10 noviembre 2004, cuyo panel arbitral fue el mismo.

⁹⁴ En la fecha del contrato, 16 junio 1997, la TRM era de COP\$ 1.080,59 por dólar. El 24 de septiembre de ese año, subió a COP\$ 1.241,83.

⁹⁵ Dice el laudo en comentario: “Para el tribunal es evidente que la devaluación de los últimos años, no solo frente a lo que proyectaron las partes sino en general, ha experimentado un alza o aumento, *pero lo que aprecia es que ese fenómeno cambiario no puede adquirir necesariamente la calificación ni de extraordinario ni de imprevisible o de imprevisto, sino, por el contrario, de ordinario y previsible*”. Y más adelante añade: “Pactar en dólares, pues, en países como el nuestro, en principio tiene un contenido de previsión: la devaluación, por encima de la revaluación. De esa manera las partes han de tener criterios de medición de conformidad con el desenvolvimiento y *comportamiento*

palabras, como tradicionalmente el peso ha sido una moneda débil frente al dólar, las partes pueden razonablemente prever que ello va a continuar así y asumir el riesgo. Por último, concluyó que como a la devaluación del peso frente al dólar se sumó un escenario de hiperinflación y crisis económica, entonces sí podía hablarse de una circunstancia imprevisible. Por tales razones, el tribunal acogió las pretensiones del concesionario.

Según las anteriores subreglas, para que la teoría de la imprevisión pueda llegar a aplicarse como remedio jurídico a la materialización del riesgo cambiario: (i) este riesgo no debe haber sido asumido por ninguna de las partes; (ii) el contrato debe estar en etapa de ejecución; (iii) la materialización del riesgo puede haber sido un efecto anormal de una crisis económica anterior, y (iv) debe concurrir con otros eventos económicos significativos, en caso de que la obligación pactada lo sea en dólares estadounidenses, pues frente a esta moneda la materialización del riesgo es ordinario y previsible.

Extraer las anteriores subreglas fue un intento de abstracción. Sin embargo, aun habiéndolo intentado, la determinación de si el riesgo cambiario es configurativo de imprevisión recae fundamentalmente en el criterio del juez.

b) *¿Imposibilidad de ejecución por fuerza mayor?* La imposibilidad de ejecución por fuerza mayor comparte rasgos con las cláusulas de suspensión. Empero, a diferencia de estas, quien decide si se produjo o no un evento de fuerza mayor es el juez y no las partes. En este caso, el juez puede decretar la extinción de la obligación y la liberación del deudor.

Como se consideró en el acápite sobre las cláusulas de suspensión, sería extraño aplicar como remedio jurídico la imposibilidad de ejecución en caso de materialización del riesgo cambiario. Primero, por la sencilla razón de que la obligación en moneda extranjera tiene como objeto dinero (ver acápite 2, A, b), y este, al ser un bien de género, no perece. Y segundo porque con base en lo anterior no se podría hablar de irresistibilidad del evento. De esta suerte, habría una alta probabilidad de que un juez no declare la extinción de la obligación por este motivo.

No obstante lo anterior, no se puede concluir a rajatabla que esta figura *nunca* será asociada a la materialización del riesgo cambiario. Sin rayar

histórico de la moneda extranjera que se convenga como prestación". (Énfasis añadido). Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por RCN Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión de 10 noviembre 2004. Árbitros: Antonio José De Irisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre.

en el pesimismo, es posible que en un futuro se presente una situación realmente crítica que amerite considerar las fluctuaciones súbitas y agresivas de la tasa de cambio como un evento o efecto de fuerza mayor, y que contemple la posibilidad de suspender el cumplimiento, renegociar o incluso novar las obligaciones en moneda extranjera. Esto podría suceder sobre todo en caso de que los deudores se encuentren en situación de debilidad, necesidad o vulnerabilidad⁹⁶. Por ello, la cuestión queda entre signos de interrogación⁹⁷.

4. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA: EL PAGO

El pago es un acto jurídico autónomo⁹⁸ que tiene causa y objeto. Su causa es la obligación contraída⁹⁹. Su objeto es “el objeto mismo de la obligación”¹⁰⁰. Si se trata de una obligación en moneda extranjera, entonces cabría pensar que el pago se debe hacer en la moneda pactada en virtud del principio de identidad del pago¹⁰¹ de manera que se pueda satisfacer íntegramente el interés del acreedor.

No obstante, como acto jurídico que es, el pago debe cumplir también con los requisitos de validez establecidos por ley. Entre ellos está la licitud. Se verá entonces si el pago en moneda extranjera cumple con este requisito o no a la luz de la legislación colombiana.

⁹⁶ La Circular reglamentaria externa DCIN 83, del Banco de la República, contempla claramente la imposibilidad de ejecución de una obligación en moneda extranjera como motivo que exime al deudor o al acreedor de su obligación de canalizar el pago a través del mercado cambiario. Ver art. 5.1.7.3.

⁹⁷ En Colombia, la ley 986 de 2005 contempló expresamente el secuestro como un evento de fuerza mayor. Su art. 11 expresamente señala que los términos de vencimiento de las obligaciones dinerarias se “interrumpirán” y que el acreedor no podrá cobrarlas. Del mismo modo, el artículo señala que una vez finalice el secuestro del deudor, deberán renegociar, reestructurar o novar la obligación en condiciones viables para el deudor. Esta ley condensó el razonamiento de la Corte Constitucional en la sent. T-520 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁸ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado, 2002, págs. 561 y 563.

⁹⁹ La causa del pago en moneda extranjera es, como en todo pago, la obligación que se busca extinguir. La anterior exigencia es clara, puesto que la ausencia de causa haría que el pago degenerase en un *enriquecimiento sin justa causa*, con todas las consecuencias jurídicas derivadas de él.

¹⁰⁰ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit. pág. 493.

¹⁰¹ C. C., art. 1627.

A) Regla general sobre la validez del pago en moneda extranjera en Colombia

En Colombia, la regla es que el pago de obligaciones en moneda extranjera no está permitido salvo cuatro excepciones. En clave de funciones del dinero, la moneda extranjera cumple en algunos casos con la función de intercambio. Dichas reglas y excepciones se obtienen a partir de la lectura sistemática de varias normas jurídicas. La primera de ellas es el artículo 874 del Código de Comercio. Esta norma señala que las obligaciones contraídas en moneda extranjera se pagarán en la moneda pactada “si fuere legalmente posible” o de lo contrario se pagarán en moneda nacional. La lectura de este precepto muestra que la legislación colombiana condiciona el poder liberatorio que tiene la moneda extranjera como medio de pago.

Para saber cuándo es legalmente posible pagar en moneda extranjera es preciso acudir a una segunda norma. Esta es el artículo 86 de la resolución externa 1 de 2018, expedida por el Banco de la República. El artículo establece que las obligaciones en moneda extranjera que no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana. Así pues, la norma plantea un primer caso en el que la moneda extranjera tiene poder liberatorio: las operaciones de cambio.

Para entender qué actos u obligaciones son operaciones de cambio, la lectura de la segunda norma mencionada debe complementarse con otras. Estas son los artículos 4º de la ley 9ª de 1991, el 1º del decreto 1735 de 1993 y el 8§ de la resolución externa 1 de 2018 ya mencionada. Los artículos contienen listados extensos de operaciones de cambio. Entre ellos se encuentran las compraventas de bienes o derechos en el extranjero por parte de residentes colombianos; los actos en los que un residente colombiano es acreedor o deudor de un no residente; derivados financieros, y los depósitos en cuentas de ahorro, transferencias y remesas en moneda extranjera en una entidad financiera en el exterior. Estos listados se entienden taxativos.

Una tercera y una cuarta norma plantean un segundo caso en el que la moneda extranjera tiene poder liberatorio en Colombia. El artículo 3º del decreto 1735 de 1993 establece que, por regla general, las operaciones *internas* no son operaciones de cambio y por ello deben pagarse en moneda legal colombiana¹⁰². Las operaciones internas, según dicho decreto, son

¹⁰² Dice la norma: “Salvo autorización expresa en contrario ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En

aquellas en las cuales ambas partes son residentes colombianas¹⁰³. En contraposición, las operaciones externas son aquellas en las cuales una de las partes no es residente.

No obstante, excepcionalmente las operaciones internas se pueden pagar en moneda extranjera. El artículo 37 de la ya citada resolución 1 de 2018 plantea que los residentes pueden utilizar cuentas de compensación para pagar en moneda extranjera operaciones internas no cambiarias. Una cuenta de compensación es aquella cuenta que tiene un residente en el extranjero, registrada ante el Banco de la República, con el objeto de pagar operaciones de cambio. Pues bien, el segundo caso en el que se permite el pago en moneda extranjera es en el caso de operaciones internas, no cambiarias, a través de estas cuentas.

Una quinta norma establece un tercer caso en el que es legalmente posible pagar con moneda extranjera. Este corresponde a los pagos que haga el Banco de la República para su normal funcionamiento. La norma en cuestión es el artículo 6° de la pluricitada resolución 1 de 2018.

Por último, una sexta norma autoriza el pago en moneda extranjera en un cuarto caso: operaciones internas distintas de las operaciones de cambio, excepcionalmente autorizadas. Esta norma es el artículo 97 de la resolución 1 de 2018. En el artículo se numeran otros actos distintos a los de las anteriores tres excepciones, con lo que se amplía el catálogo de eventos en los cuales es legalmente posible pagar en moneda extranjera. Por ejemplo, los actos a que se refiere la norma son los pagos en moneda extranjera que reciben los concesionarios de servicios aeroportuarios por derechos de pista; pagos por compraventas de combustible para naves y aeronaves para viajes internacionales; y pagos por compraventas de

consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana”.

¹⁰³ Un residente es definido por el art. 2° del decreto en comentario: “Sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales para efectos del régimen cambiario se consideran residentes todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional. Así mismo se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras. // Se consideran como no residentes las personas naturales que no habitan dentro del territorio nacional, y las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro que no tengan domicilio dentro del territorio nacional. Tampoco se consideran residentes los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional no exceda de seis meses continuos o discontinuos en un período de doce meses”.

crudo y gas natural a refinerías, entidades exploradoras o explotadoras de capital extranjero.

De lo anterior se puede formular nuevamente la regla: en Colombia el pago de una obligación en moneda extranjera no es válido, a menos de que esta obligación corresponda a: (i) una operación de cambio; (ii) una operación interna pagadera mediante cuentas de compensación; (iii) pagos para el normal funcionamiento del Banco de la República, y (iv) otras operaciones internas excepcionales. Si la obligación sí corresponde a una de estas cuatro excepciones, “será legalmente posible” pagar en moneda extranjera. Si no, debe hacerse en el equivalente en moneda colombiana según la tasa de cambio respectiva.

Tabla 2. Síntesis de la regla general y excepciones sobre pago de obligaciones en moneda extranjera

Regla general	Excepciones (cuándo es “legalmente posible” pagar en moneda extranjera)	
	Si la obligación proviene de:	Normas
El pago de una obligación en moneda extranjera debe hacerse en moneda colombiana, a menos de que sea legalmente posible hacerlo en la moneda extranjera (C. de Co., art. 874)	Operaciones de cambio	Art. 86, Resolución externa 1 de 2018, BanRep, conjuntamente con: - Ley 9ª de 1991, art. 4º - Decreto 1735 de 1993, art. 1º - Resolución externa 1 de 2018, BanRep, art. 8º
	Operaciones internas pagaderas por medio de cuentas de compensación	Decreto 1735 de 1993, art. 3º Resolución externa 1 de 2018, BanRep, art. 37
	Pagos del Banco de la República	Resolución externa 1 de 2018, BanRep, art. 6º
	Otras operaciones internas excepcionales	Art. 97, Resolución externa 1 de 2018, BanRep, art. 97

B) *Excepciones*

a) *Las operaciones de cambio.* Una operación de cambio es aquella transacción en la cual, directa o indirectamente, hay un intercambio de monedas de diferente denominación. La operación de cambio más directa

es la compraventa de divisas, en la medida en que el intercambio se produce sin mediar otros bienes o servicios. En el caso de las operaciones de cambio indirectas se tienen la exportación e importación de productos, o la prestación de servicios en el exterior. En estos casos, el intercambio se da en función de la compra o la venta de los bienes, o de la prestación de los servicios¹⁰⁴. Otras operaciones de cambio indirectas están asociadas al turismo, al pago de regalías, endeudamiento o financiación en el extranjero, entre otras. Así, la operación de cambio se llama así porque supone un cambio de divisas¹⁰⁵.

La plaza formal donde tiene lugar el intercambio cambiario se denomina *mercado cambiario*¹⁰⁶. Si bien hay algunas operaciones de cambio que pueden realizarse por fuera de este mercado formal, otras deben ser siempre efectuadas por conducto de este. Por ejemplo, las exportaciones e importaciones, el endeudamiento de residentes en el extranjero, los contratos derivados y algunas operaciones de inversión en el extranjero deben siempre efectuarse por medio del mercado cambiario¹⁰⁷. Generalmente, esta exigencia obedece a la importancia de algunos actos particulares en la economía nacional. El proceso de efectuar la operación a través del mercado se denomina *canalización*. Así pues, las operaciones cambiarias se pueden dividir en *canalizables* y *no canalizables*.

Hay tres tipos de sujetos que intervienen en el mercado cambiario: los particulares, los intermediarios autorizados y un agente regulador. Los particulares son todas aquellas personas naturales, jurídicas e incluso

¹⁰⁴ GUSTAVO PLOTT, *Operaciones de cambio y de comercio exterior*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pág. 8.

¹⁰⁵ PLOTT, *Operaciones*, cit. pág. 8.

¹⁰⁶ Debe advertirse que la resolución externa 1 de 2018 trae una definición distinta de mercado cambiario en su art. 36.

¹⁰⁷ El art. 4º del decr. 1735 de 1993 establece cuáles son estas obligaciones obligatoriamente canalizables: “1. Importaciones y exportaciones de bienes; 2. Operaciones de endeudamiento celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas; 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas; 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas; 5. Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario; 6. Avaes y garantías en moneda extranjera; 7. Operaciones de derivados y operaciones peso-divisas”.

patrimonios autónomos, residentes y no residentes. Los intermediarios autorizados son aquellos sujetos registrados y avalados por el agente regulador del mercado cambiario para controlar el intercambio de divisas por medio de la canalización. La famosa resolución 1 de 2018 establece claramente cuáles son estos intermediarios en su artículo 7. Entre ellos están los bancos, las corporaciones financieras, las comisionistas de bolsa y las compañías de financiamiento¹⁰⁸. Finalmente, el agente regulador del mercado cambiario es el Banco de la República.

El conjunto de reglas que rigen las operaciones de cambio y el mercado cambiario se denomina *régimen cambiario*¹⁰⁹, y corresponde a normas de orden público.

Por razones de espacio, y en la medida en que el régimen cambiario establece un significativo número de operaciones cambiarias, solo se enunciarán algunas. Entre ellas están: (i) las importaciones y exportaciones de bienes y servicios (como lo son la compraventa de mercaderías, contratos de prestación de servicios, *leasing* de importación o exportación); (ii) las inversiones de capitales extranjeros en Colombia y las inversiones colombianas en el exterior; (iii) los contratos derivados sobre divisas; (iv) operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en Colombia mediante contratos de mutuo o de crédito, y (v) y las correspondientes garantías o avales que se otorguen para seguridad de los créditos.

b) *Operaciones internas pagaderas por medio de cuentas de compensación*. Como se explicó anteriormente, una cuenta de compensación es una cuenta bancaria constituida en el extranjero y de titularidad de un

¹⁰⁸ Según la norma, pueden ser intermediarios autorizados: (i) establecimientos bancarios; (ii) corporaciones financieras; (iii) las compañías de financiamiento; (iv) la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN); (v) el Banco de Comercio Exterior de Colombia S. A. (Bancoldex); (vi) las cooperativas financieras; (vii) las sociedades comisionistas de bolsa de valores; (viii) las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales (SICSFE), y (ix) las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos (SEDPE).

¹⁰⁹ En la actualidad, está compuesto por leyes, decretos y resoluciones administrativas de carácter técnico. Dentro de las leyes aplicables está la ley 9ª de 1991, también llamada la *Ley marco de cambios internacionales*, y la ley 31 de 1992, que regula las funciones del Banco de la República. Dentro de los decretos, merece destacarse el decret. 1735 de 1993. Finalmente, dentro de las resoluciones la más relevante es la ya reseñada resolución 1 de 2018.

residente colombiano, registrada ante el Banco de la República para intercambiar divisas provenientes de operaciones de cambio¹¹⁰.

El régimen cambiario permite el pago de obligaciones distintas a las operaciones de cambio por medio de cuentas de compensación. Como se vio, estas obligaciones distintas a las operaciones de cambio son las llamadas *operaciones internas*, es decir, aquellas celebradas entre residentes. El artículo 3° del decreto 1735 de 1993 presume que las operaciones internas no son operaciones de cambio, salvo que la ley excepcionalmente las califique como tales. No obstante, el inciso 3° del artículo 37 de la resolución externa 1 de 2018 establece que, si las partes de una operación interna *lo pactan expresamente*, entonces podrán pagar las obligaciones en moneda extranjera en dicha moneda usando para ello las cuentas de compensación¹¹¹. Esto hace que el pago en moneda extranjera de operaciones internas esté sujeto a dos condiciones. La primera es que el acreedor sea titular de una cuenta de compensación. La segunda es que acreedor y deudor pacten expresamente que el *pago* se hará en moneda extranjera a través de la cuenta. Así pues, esta excepción no opera automáticamente.

c) *Pagos del Banco de la República para su normal funcionamiento*. El Banco de la República puede llevar a cabo pagos en moneda extranjera para asegurar el buen desarrollo de sus funciones, sean o no de operaciones de cambio, con arreglo a la expresa autorización del artículo 6° de la resolución externa 1 de 2018. En la medida en que este es el agente regulador del mercado, no tendría sentido impedirle a este organismo pagar en moneda extranjera las obligaciones que asume para cumplir cabalmente su función constitucional.

d) *Otras operaciones internas excepcionales*. El régimen cambiario contempla algunas operaciones internas que pueden ser pagadas en moneda extranjera. Son excepcionales y de aplicación restrictiva, ya que de alguna forma suponen un tratamiento más favorable a las partes que las celebran

A continuación se hace una síntesis de estas operaciones excepcionales:

¹¹⁰ Ley 9ª de 1991, art. 10.

¹¹¹ El inciso comentado dispone: “Los residentes, *si así lo acuerdan*, deberán utilizar las cuentas de compensación para girar y recibir divisas correspondientes al cumplimiento de obligaciones derivadas de operaciones internas cuyo pago no está expresamente autorizado en moneda extranjera en esta resolución” (énfasis añadido).

Tabla 3. Síntesis otras operaciones internas excepcionales

Operación	Norma
Pago de compras de mercancías a depósitos francos.	Resolución externa 1 de 2018, art. 82.
Pagos de fletes y tiquetes de transporte internacional.	Resolución externa 1 de 2018, art. 82.
Pagos de gastos personales con tarjetas de crédito internacionales.	Resolución externa 1 de 2018, art. 82.
Pagos de primas de seguro o reaseguro, o de indemnizaciones derivadas de seguros que deban pagarse en moneda extranjera.	Resolución Externa 1 de 2018, art. 82. Ley 9ª de 1991, art. 14.
Pagos a concesionarios de servicios aeroportuarios por concepto de derechos de pista en vuelos internacionales.	Resolución externa 1 de 2018, art. 86 parg. 4.
Pagos entre empresas nacionales con capital extranjero del sector de hidrocarburos, siempre que las divisas provengan de su operación.	Resolución externa 1 de 2018, art. 97.
Pagos por compra de combustible de naves y aeronaves para viajes internacionales.	Resolución externa 1 de 2018, art. 97.
Pagos por compra de crudo y gas natural nacional, hechos por entidades nacionales con capital extranjero, dedicadas a la refinación, explotación y exploración de crudo y gas natural.	Resolución externa 1 de 2018, art. 97.

C) Pago forzoso de obligaciones en moneda extranjera

El pago forzoso de una obligación en moneda extranjera se realiza en moneda legal colombiana. Esto es así tanto si se trata de la ejecución forzosa de una operación interna como de una operación de cambio. Esto se puede afirmar luego de leer las disposiciones relativas a la ejecución de sumas de dinero contempladas en el Código General del Proceso y en la resolución externa 1 de 2018. En el caso de las operaciones internas, los artículos 435, 431 y 446 del Código son aplicables. En el de operaciones de cambio, lo es el parágrafo 1º del artículo 86 de la resolución.

a) *Pago forzoso de operaciones internas en moneda extranjera*. La lectura sistemática de las normas del Código General del Proceso mencionadas permite hablar de dos escenarios de pago forzoso en operaciones internas:

a') *Obligaciones en moneda extranjera pagaderas en pesos colombianos según la tasa de cambio del día del pago*. En este caso, como no ha habido aún pago, no hay certeza sobre cuál es la tasa de cambio aplicable¹¹². Por eso, en los términos del artículo 431 del Código, no hay una suma líquida en pesos colombianos para ejecutar. Como no la hay, el juez libra mandamiento ejecutivo en la moneda extranjera con miras a que la suma se liquide en moneda colombiana conforme a lo dispuesto en el artículo 446.

b') *Obligaciones en moneda extranjera pagaderas en pesos colombianos según la tasa de cambio del día de la obligación*. Las normas no lo contemplan expresamente, pero el efecto de este supuesto se infiere mediante una lectura residual. En este caso, a diferencia del anterior, sí hay certeza sobre la tasa de cambio aplicable. En esa medida, ya habría una suma líquida de dinero y por eso el juez libraría el mandamiento ejecutivo en el equivalente en pesos colombianos.

En cualquiera de los dos casos, el deudor demandado puede proponer como excepción la fijación de la tasa de cambio en caso de duda. Así mismo, en los dos escenarios anteriores el pago se haría en moneda legal colombiana¹¹³.

b) *Pago forzoso de operaciones de cambio*. En estas operaciones el pago forzoso también se hace en moneda legal colombiana. El parágrafo 1 del artículo 86 de la resolución externa 1 de 2018 establece que para “efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se utilizará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago”. Los efectos judiciales a los que se

¹¹² Puede darse la controversia según lo que se entienda por “fecha de pago” señalada en el art. 431 del C. G. P.: ¿significa la fecha en la que debió hacerse el pago originalmente?, ¿significa la fecha en que se liquida el crédito?, o ¿significa la fecha de pago efectivo?

¹¹³ Es posible que, si bien la condena se haga en moneda legal colombiana, exista un pacto posterior a la sentencia para pagar dicha suma en la moneda extranjera por medio de cuentas de compensación.

refiere la norma no son distintos a los del proceso ejecutivo de sumas de dinero. Por eso, la respuesta es que aún en operaciones de cambio el pago se liquidará y hará¹¹⁴ en pesos colombianos.

5. PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN

Plantear propuestas de modernización respecto del pago de obligaciones en moneda extranjera en Colombia es tarea delicada. Esto es así ya que, además de los aspectos jurídicos, hay que considerar la política monetaria nacional. Dadas las limitaciones disciplinares del autor, este capítulo propondrá algunas reflexiones jurídicas intentando no interferir con dicha política.

A) *¿Qué dicen los instrumentos de armonización y la legislación comparada?*

En el derecho comparado se pueden identificar dos corrientes en lo que respecta a cómo está consagrado el pago de obligaciones en moneda extranjera en los respectivos códigos de derecho privado. La primera es una *estricta*, como la colombiana. En esta corriente se restringe la función de la moneda extranjera como instrumento de cambio a unos pocos escenarios. La otra es una *flexible*, como la que se ve en países como Alemania, Italia o la incluida en algunos instrumentos de armonización que constituyen *soft law*. En esta, la regla general es permitir que el pago en moneda extranjera sirva como instrumento de intercambio en caso de que así lo decida el deudor. Téngase en cuenta que en este comentario no se ahondará en los instrumentos de derecho cambiario de dichos países.

Francia, Quebec, Brasil y Colombia son ejemplos de legislaciones de corriente estricta. En todas ellas, por regla general, el pago de la obligación se debe hacer en moneda legal.

Francia, al igual que Colombia, tiene una regla general y algunas excepciones. La regla es que las obligaciones se deben pagar en euros. Las excepciones son que se trate de una transacción internacional o del pago de una sentencia extranjera¹¹⁵. Quebec parece ser más estricta, ya que no contempla en su Código Civil ninguna excepción: la obligación debe

¹¹⁴ También en este caso se puede hablar de pago en moneda extranjera por medio de cuentas en compensación.

¹¹⁵ Código Civil francés reformado en 2016, art. 1343-3.

pagarse en la moneda legal al momento del pago¹¹⁶. Brasil también establece una regla general de pagar en moneda legal, y además es estricto en sancionar con nulidad absoluta los pactos que obligan a pagar en moneda extranjera¹¹⁷. En todos estos casos, se ve que la divisa no tiene por lo general poder liberatorio.

Alemania, Suiza, Italia e instrumentos de armonización como los Principios UNIDROIT de 2016, el Marco común de referencia para el derecho privado europeo (DCFR) y los Principios de derecho europeo de los contratos contemplan una visión *flexible*. Estos ejemplos tienen en común que la obligación en moneda extranjera se puede pagar en dicha moneda por regla general.

El Código Civil alemán establece que las obligaciones en moneda extranjera se *pueden* pagar en euros, a menos de que expresamente se haya pactado pagar en la divisa. Como se ve, si no hay pacto expreso, la obligación es de tipo facultativo; el deudor se puede liberar pagando en moneda extranjera de forma principal, o en euros en caso de que así lo decida¹¹⁸. El Código suizo de las obligaciones plantea una disposición similar: se puede pagar en la moneda local a menos de que la estipulación de las partes haya sido lo contrario¹¹⁹. Italia plantea abiertamente una obligación facultativa. Su código de derecho privado establece que el deudor de una obligación en moneda extranjera *tiene la facultad* de liberarse pagándola en moneda local¹²⁰. En todos los casos, existe posibilidad de pagar en moneda extranjera.

La fórmula empleada en estos países es tomada por varios instrumentos de armonización. Los Principios UNIDROIT de 2016 establecen que el deudor puede pagar la obligación en moneda extranjera en la moneda local, a menos de que la divisa pactada no sea convertible, que se haya pactado únicamente el pago en la moneda pactada o que sea imposible para el deudor pagar la deuda en la denominación estipulada¹²¹. El DCFR establece que las partes pueden pactar que el pago se haga en una moneda distinta del lugar donde se ha de hacer, y en ese caso, el deudor puede elegir pagar con la moneda del lugar del pago en vez de la moneda

¹¹⁶ Código Civil de Quebec de 1991, art. 1561.

¹¹⁷ Código Civil brasileiro de 2002, arts. 315 y 318.

¹¹⁸ Código civil alemán de 1900 (BGB), sec. 244.

¹¹⁹ Código suizo de las obligaciones de 1911, reformado en 1999, art. 84.

¹²⁰ Código italiano de 1942, art. 1278.

¹²¹ Principios UNIDROIT, en su edición de 2016, art. 6.1.9 (moneda de pago).

estipulada, a la tasa de cambio del pago efectivo o del vencimiento, a elección del acreedor¹²². Los Principios de derecho europeo de las obligaciones y contratos establecen una regla idéntica a la del DCFR¹²³. En suma, estos instrumentos permiten al deudor elegir la moneda de pago, sea la local o la extranjera.

Por último, vale la pena ver un caso contradictorio. El régimen argentino parece flexible pues da al deudor la posibilidad de elegir pagar la obligación en moneda extranjera o en moneda legal. Pero a la vez es estricto por considerar que la moneda extranjera es apenas una cantidad de cosas¹²⁴. Luego no es claro si la intención del legislador era avanzar hacia un criterio flexible o no.

B) Elemento por considerar: la obligación en moneda extranjera como obligación facultativa

Valdría la pena considerar avanzar hacia un criterio flexible en materia de pago de obligaciones en moneda extranjera. Este criterio consistiría en que Colombia consagre la obligación en moneda extranjera, cuyo pago esté expresamente autorizado en dicha denominación, como una obligación facultativa. De esta manera, se emplearía un modelo parecido al utilizado en Alemania, Suiza o Italia o al sugerido por los instrumentos de *soft law*. A su vez, como el lector perspicaz habrá podido notar, sería un modelo más o menos similar a las cláusulas de cambio de moneda vistas en acápites anteriores (*currency option*).

La propuesta no consistiría en convertir las obligaciones en moneda extranjera en obligaciones alternativas. Recuérdese que este tipo de obligaciones son aquellas mediante la cual el deudor debe varios objetos y puede liberarse de ella pagando con uno, a su elección. Mientras tanto, la obligación alternativa es aquella en la que el deudor debe un objeto, y se puede liberar pagando con otro a su elección. La obligación en moneda extranjera no correspondería al primer tipo. Esto es así porque el único objeto que debe es la suma de dinero en la moneda extranjera, pero se le da la facultad de pagar con su equivalente en moneda local¹²⁵. Así pues, se insiste con que se trataría de una obligación facultativa.

¹²² Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo del año 2008, art. III.-2:109 (moneda de pago).

¹²³ Principios de Derecho Europeo de las Obligaciones y Contratos de 1999, art. 7:108.

¹²⁴ Código Civil y Comercial argentino de 2014, art. 765.

¹²⁵ C. C., art. 1563.

Una propuesta de texto normativo para remplazar el contenido del artículo 884 del Código de Comercio podría ser el siguiente:

“Art. X.—*Obligaciones en moneda extranjera.* El pacto de obligaciones en moneda extranjera está permitido, salvo que la ley disponga otra cosa. En las obligaciones en que el pago en moneda extranjera esté autorizado según las normas especiales, el deudor tendrá la facultad de elegir si paga la suma equivalente en moneda legal o si paga en la moneda estipulada, a menos de que las partes hayan pactado el pago únicamente en esta última. En caso de que el deudor elija pagar en moneda legal, se tendrá en cuenta la tasa de cambio fijada por las partes, o, en ausencia de estipulación, la del día del pacto o del pago a elección del acreedor”.

La obligación se desglosaría de la siguiente manera. Si las partes nada pactan, la elección de la moneda de pago recaería en el deudor. Si se pactó el pago en moneda extranjera o si así lo eligió el deudor, el pago debe canalizarse por medio del mercado cambiario, de modo que el flujo de divisas no escape al control del régimen cambiario. Si las partes no escogieron la tasa de cambio aplicable, no sería conveniente para los intereses del acreedor que siempre se aplique la tasa de cambio del día de la obligación, como lo establece el artículo 86 de la resolución externa. Lo que debería plantear la norma es que el acreedor tenga la posibilidad de elegir la tasa de cambio del día de la obligación, del día del vencimiento del plazo o del día del pago efectivo. Vale la pena establecer que esta propuesta únicamente se haría sobre las obligaciones cuyo pago hoy en día está autorizado para hacerse en moneda extranjera.

Las razones para proponer esta modernización son cuatro. En primer lugar, porque aclararía el alcance y cambiaría el enfoque de la norma. Hoy en día, la regla general es que las operaciones autorizadas *deben* pagarse en la moneda estipulada, sin que haya claridad sobre si procede el pacto en contrario. Con la propuesta, la regla general cambiaría: las operaciones *pueden* pagarse en la moneda legal, *a menos* de que se pacte en contrario. En segundo lugar, la propuesta podría servir como un mecanismo legal de mitigación del riesgo cambiario: el deudor elige con qué moneda pagar en caso de que le resulte más conveniente según las fluctuaciones de la tasa. En tercero, porque puede permitir una retribución más justa a algunos bienes o servicios prestados, en caso de que se presenten escenarios de devaluación de la moneda extranjera frente al peso colombiano.

Sin embargo, se es consciente de que la propuesta puede envolver riesgos. Uno de ellos es que la propuesta resulte ineficaz en la práctica.

En contextos como el actual, en el cual el peso colombiano se halla devaluado frente a otras monedas como el dólar estadounidense, seguramente las partes de una operación cambiaria pactarán que el pago deba hacerse únicamente en esta divisa y no en pesos. El peso colombiano no es una moneda de reserva en las economías mundiales, por lo que para un acreedor extranjero podría ser poco atractivo recibir un pago en esta moneda. Otro riesgo es que se puedan incrementar los costos de negociación en caso de que se quiera pactar en contra de la obligación facultativa o pactar la tasa de cambio aplicable. En todo caso, la propuesta queda sobre la mesa.

6. CONCLUSIONES

Este capítulo supuso un esfuerzo para brindarle al abogado herramientas para su actualización en el estudio del pago como modo de extinción de las obligaciones, y en particular sobre el *cómo* relativo a las obligaciones en moneda extranjera.

El escrito analizó las etapas vitales de la obligación en moneda extranjera. Con respecto a su fuente, el acto jurídico, se vio que estas son un tipo especial de obligaciones dinerarias en razón de la naturaleza jurídica que tiene la moneda extranjera. Asimismo, se vio que hay multiplicidad de causas que motivan a las partes a contraer este tipo de vínculos: salvaguarda monetaria, justa retribución, inversión, entre otras. De modo general, se puede concluir que según las normas vigentes el pacto de obligaciones en moneda extranjera está permitido. Solo en el caso de obligaciones asumidas por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia existe una prohibición.

Para su ejecución, se vio que la vicisitud más significativa en este tipo de obligaciones es el riesgo cambiario. Para ello, las partes tienen la libertad de emplear varios mecanismos para conjurar. Uno de ellos es la fijación convencional de la tasa de cambio aplicable. Otro es celebración de cláusulas de adaptación o de suspensión. Entre las cláusulas de adaptación están las cláusulas de revisión y las de imprevisión (*hardship*). La más común de las cláusulas de suspensión es la de fuerza mayor. Un tercer mecanismo es la celebración de contratos derivados. Todos ellos tienen como finalidad ya sea asignar o mitigar el riesgo de fluctuación de la tasa de cambio.

Asimismo, se vio que la materialización del riesgo cambiario puede llevar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, siempre que se cumplan ciertos requisitos establecidos jurisprudencial y arbitralmente.

En lo que concierne a su extinción, se vio que el pago en moneda extranjera está por regla general prohibido en Colombia, salvo cuatro excepciones. La primera es que la obligación provenga de una operación de cambio. La segunda es que sea una obligación derivada de una operación interna que pueda ser pagada por medio de cuentas de compensación. La tercera es que sea una obligación del Banco de la República para su normal funcionamiento. La cuarta comprende algunas operaciones internas excepcionales. En estos últimos casos, la moneda extranjera tiene pleno poder liberatorio y el pago se considera válido.

Por último, se pudo ver que Colombia pertenece a una corriente de países que restringen la posibilidad que tienen las partes de pagar con moneda extranjera sus obligaciones. Las razones para hacerlo son fundamentalmente económicas. Valdría la pena considerar el ejemplo de países que cuentan con una fórmula más flexible frente a las obligaciones cuyo pago en moneda extranjera sí está autorizado por el régimen cambiario. Esta fórmula consistiría en considerar este tipo de obligaciones como una obligación facultativa en la que el deudor elija si hace el pago con esta o con la moneda local. Aunque se reconoce que la propuesta tendría ventajas y desventajas, no sobraría iniciar la discusión.

7. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

ALFONSO CORREDOR, VIVIANA ALEJANDRA: “El uso de forwards peso-dólar en las empresas colombianas del sector real, en *Borradores de Economía*, núm. 1058, Banco de La República, 2018.

Banco de La República: Concepto JDS-28188 de 7 de diciembre de 2015.

Banco de La República: Concepto JDS-19372 de 8 de septiembre de 2016.

BERG, ALAN: “The detailed draft of force majeure clauses”, en *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2^d ed., editado por Ewan Mckendrick, Nueva York, Routledge–CRC Press, 2013.

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA: “Cómo afrontar lo inesperado: la fuerza mayor en la contratación internacional ¿principio o cláusula?”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú–PUCP, núm. 74, 2015.

CHAMIE GANDUR, JOSÉ FÉLIX: *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

GÁMEZ RODRÍGUEZ, ANDRÉS: *Obligaciones de dinero, intereses y operaciones en criptomonedas*, Bogotá, Temis. 2020.

- GINEBRA SERRABOU, XAVIER: “Las obligaciones en moneda extranjera de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte”, en *Revista de Derecho Privado*, UNAM, núm. 20, 1996.
- HERNÁNDEZ CORREA, GERARDO: “La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la autonomía del Banco de la República”, en *Historia del Banco de la República, 1923-2015*, editado por José Darío Uribe Escobar, Bogotá, Banco de la República, 2017.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE: *Estudios de derecho constitucional económico*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2001.
- MENDOZA ÁLVAREZ, MATEO: “Contratos derivados: apuntes jurídicos para el desarrollo de un mercado en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 35, Universidad de los Andes, 2005.
- MONTAGUE, ADRIAN A.: “Hardship Clauses”, en *International Business Lawyer* 13, no. 3, 1985.
- MOREDA DE LECEA, CARLOS: “La especulación”, en *Boletín de estudios económicos*, 47, núm. 147, 1992.
- NAMÉN VARGAS, WILLIAM: “Cláusulas de indización monetaria”, en *Revista Contexto*, vol. 4, Universidad Externado, 1999.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2009.
- OTIS RODNER, JAMES: *Obligaciones en moneda extranjera*, Caracas, Sucre, 1978.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana, Cultural S. A., 1945.
- PLOTT, GUSTAVO: *Operaciones de cambio y de comercio exterior*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- RESTREPO SALAZAR, JUAN CAMILO: *Obligaciones en moneda extranjera*, Bogotá, Editorial Kelly, 1969.
- RODRÍGUEZ FONNEGRA, JAIME: *De la compraventa y otras materias aledañas*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1960.
- SUESCÚN MELO, JORGE: *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2003.
- Superintendencia Financiera, concepto 2009033065 de 11 de junio de 2009.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER: *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Bogotá, Legis, 2007.
- VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO: *Derecho civil*, tomo I, Parte general y personas, Bogotá, Temis, 2016.

- VARÓN PALOMINO, JUAN CARLOS: “Obligaciones de dinero”, en *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., tomo I, vol. 1, coordinado por MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, Bogotá, Ediciones Temis-Uniandes, 2016.
- VÉLEZ, HÉCTOR GUILLERMO: “Obligaciones de dar moneda extranjera en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su aplicación al régimen concursal”, en *Revista de Estudios de Derecho Empresario*, vol. especial 5, 2015.
- WEINSTEIN, GAIL *et al.*: “COVID-19 as a Material Adverse Effect (MAC) Under M&A and Financing Agreements”, en Harvard Law School Forum on Corporate Governance. Acceso el 11 de junio de 2020 (14:55). <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/04/04/covid-19-as-a-material-adverse-effect-mac-under-ma-and-financing-agreements/>.

B) *Jurisprudencia*

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sent. de 12 diciembre 2006, rad. 1792, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sent. de 23 julio 2014, rad. 28595, C. P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A., sent. de 29 julio 2015, rad. 41008, C. P. Hernán Andrade Rincón.
- Corte Constitucional, sent. 021-de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, sent. C-481 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sent. T-520 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1936, “G. J.”, tomo XLIII, núms. 1909-1910, M.P. Miguel Moreno Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 29 octubre 1936, “G. J.”, tomo XLIV, núms. 1918-1919, M. P. Liborio Escallón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 25 febrero 1937, “G. J.”, tomo XLIV, núms. 1918-1919, M. P. Juan Francisco Mújica.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 28 abril 1937, “G. J.”, tomo XLIV, núms. 1920-1921, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 23 mayo 1938, “G. J.”, tomo XLVI, núm. 1936, M.P. Arturo Tapias Pilonieta.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 24 abril 1979, “G. J.”, tomo CLIX, núm. 2400, M. P. Alberto Ospina Botero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 20 septiembre 2000, exp. 5701, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 6 marzo 2012, rad. 11001-3103-010-2001-00026-01, M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 2014, núm. SC-10113-14, rad. 00366-01, M. P. Margarita Cabello Blanco.

C) Laudos arbitrales

Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por RCN Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión de 10 noviembre 2004. Árbitros: Antonio José de Irisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre.

Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por ICA de México S. A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de 27 julio 1981. Árbitros: Luis Fernando Neira Archila, Álvaro Esguerra Castillejo, Miguel Aguilera Rogers.

Laudo de Tribunal de Arbitraje convocado por Caracol Televisión S. A. contra Comisión Nacional de Televisión, de 10 noviembre 2004. Árbitros: Antonio José de Irisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre.

D) Soft law

Principios de Derecho Europeo de las Obligaciones y Contratos, 1999.

Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo–DCFR, 2008.

Principios UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, edición 2016.

CAPÍTULO XIII

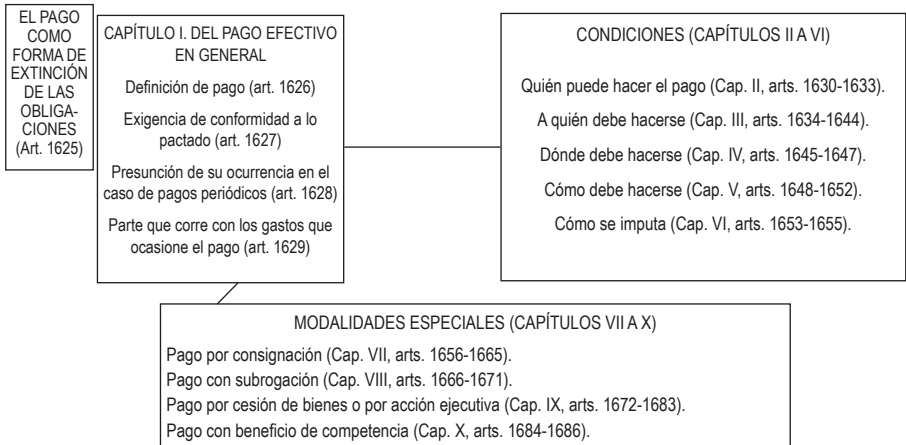
PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS*

MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ**

1. DEL PAGO EN GENERAL

El pago se encuentra regulado de modo general en el Código Civil, el cual, en su libro cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”, le dedica a esta materia el Título XIV bajo la rúbrica: “De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo”, como se ilustra a continuación:

Figura 1. El pago como principal modo de extinguir las obligaciones



* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.551>.

** LL. M., Technology and Intellectual Property Law (Liverpool University), Master en Filosofía (Pontificia Universidad Javeriana), Abogado (Universidad de los Andes), Profesor de Derecho Romano.

En lo que atañe a las obligaciones mercantiles, el libro cuarto del Código de Comercio sobre los contratos y obligaciones, en su título primero que define reglas generales de las obligaciones mercantiles, contiene un capítulo que lleva por nombre “Pago”, el cual aborda diversas materias relevantes como la moneda en que debe hacerse, el pago con títulos valores, los intereses que se causan, entre otros aspectos¹.

Además de estas dos regulaciones específicas, existe una constelación de numerosas y a la vez dispersas disposiciones acerca del pago en el ordenamiento jurídico, contenidas en estos códigos y en otros estatutos legales que, directa o indirectamente, establecen normas, reglas y principios aplicables al pago de las obligaciones, los cuales, con algunas excepciones, son aplicables indistintamente a las transacciones ocurridas tanto en el mundo físico como en el virtual.

Como bien lo observa GONZÁLEZ DE CANCINO², en la mención del pago como *solución* de una obligación, se encuentra la impronta de la clásica definición de JUSTINIANO de obligación³, la cual refleja la larga evolución o tránsito de las obligaciones desde la época arcaica del derecho romano entendidas en un sentido absoluto, en las que aquellas suponían un nexo (*nexum*) o ligamen (*ligatio*) en un sentido no figurativo (*ob-ligatio*), en tanto el deudor estaba verdaderamente atado al acreedor hasta tal punto que respondía con su propio cuerpo por la deuda en caso de no honrarla, hasta un estadio más humanizado del derecho en el que el patrimonio del deudor y no su cuerpo, pasó a ser la prenda común de los acreedores, con lo que las expresiones para referirse a la relación negocial y su dinámica —entre ellas la *solutio* que alude a un soltar, desligarse, desatarse o romper las cadenas—⁴, al devenir la obligación en *vínculo jurídico*, se

¹ C. de Co., arts. 873-886.

² EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, *Derecho romano y Código Civil colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 264.

³ “*Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*” (“Ahora pasemos a las obligaciones. La obligación es un vínculo jurídico por el cual nos encontramos costreñidos en forma necesaria a pagar ‘solucionar’ una cosa, según las leyes de nuestra ciudad”). *Inst.*, J. 3, 13, pr.

⁴ “*You can see how it completes the metaphor in obligation ... obligationem solvere, is ‘to discharge and obligation’, the tie untied ... ‘An obligation is an imaginary rope of legal forces whose effect is to compel us to make some performance according to laws of our city’*”. PETER BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford University Press, UK, págs. 4-5.

despojaron de su carga de sujeción real, corporal, física o tangible del deudor y adquirieron una connotación de metáfora jurídica.

Aunque las cosas siguen igual en el sentido de que cotidianamente trabajamos relaciones jurídicas susceptibles de ser honradas o incumplidas, sin que nuestra vida o libertad estén en juego, solo nuestro patrimonio⁵, las mismas parecen ordenarse en un flujo continuo y mucho más complejo que el que resultaba habitual en aquellos tiempos.

La idea del contrato como realidad absolutamente singularizable, correspondiente a un acuerdo ejecutado en su integridad por las dos partes que lo celebraron, ajeno al resto del cuerpo social, ubicado dentro de un marco espacial y temporal definido, no recoge por completo la actual realidad económica, social y jurídica, donde las diversas prestaciones objeto de demanda en el mercado, se desdobl原因 en virtud de la especialización en un número plural de procesos y de relaciones con diversas modalidades de concatenación entre sí que hacen parte de sistemas más o menos organizados, objeto de esquemas de regulación y autorregulación.

Al realizar una compra cualquiera en el supermercado, aun de valor ínfimo si tomamos en consideración la evolución de los micropagos, es altamente probable que un comprador promedio no acuda al uso de efectivo, con lo que automáticamente, desde la perspectiva de dicho comprador, deja de tratarse de una compra simplemente, en la medida en que a la relación de intercambio del bien o servicio trabada con el supermercado, debe agregar la puesta en escena de su relación de cambio entablada con el emisor o entidad responsable del instrumento de pago, a cuya base, por ejemplo, podría existir un contrato de cuenta corriente.

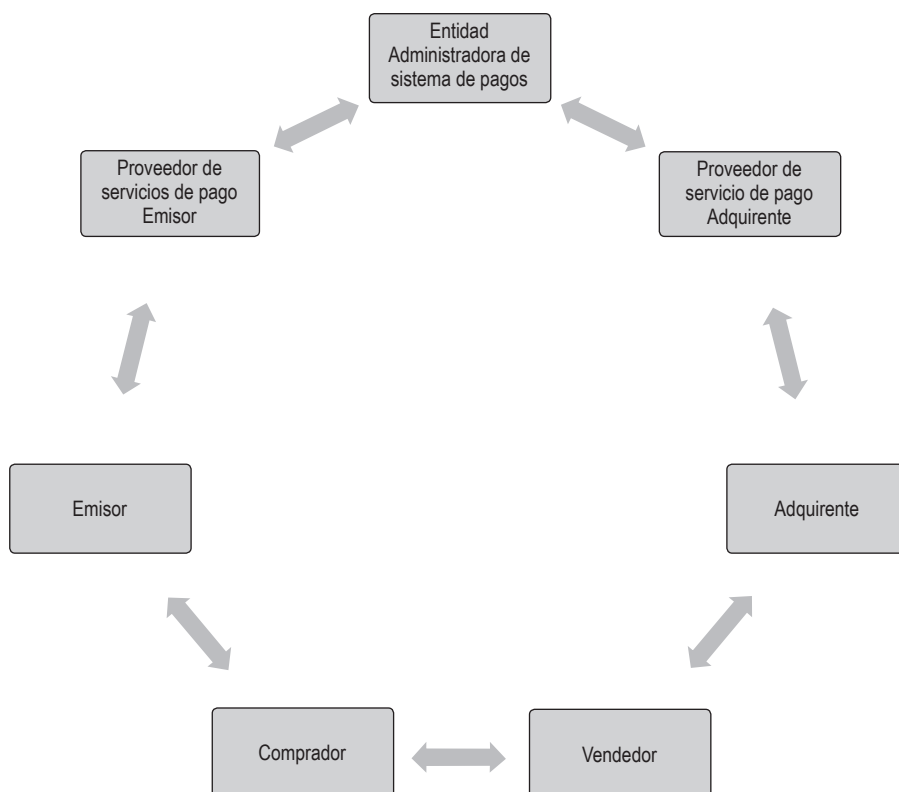
Algo semejante puede predicarse del supermercado en cuestión, el que, al aceptar dicho mecanismo de pago, para recaudar de manera efectiva la suma en mención, está dando vida a su relación pactada probablemente con una entidad distinta al emisor del instrumento de pago, comúnmente denotada como adquirente.

De esta manera, en el mismo punto de partida, lo que pareciera una compra, se desdobra en al menos tres relaciones jurídicas, pues el número de relaciones son o pueden ser muchas más. En efecto, las cosas no acaban aquí, pues debemos considerar la relación entre el emisor y el adquirente, terceros a la compra pero que con ocasión de ella deben interactuar, vínculo que usualmente se regula en el marco de un sistema de pagos, lo que nos conduce a su vez a una tupida red de interconexiones con un sentido jurídico en que salen a relucir, entre otros actores, (i) los sistemas de

⁵ C. C., art. 2488.

marca o franquicias a los que muchas veces se asocian tales instrumentos de pago, (ii) las entidades administradoras del sistema o los sistemas en el caso de operaciones interredes, por los que fluye la misma, entidades que poseen funciones de organización y se ocupan de los procesos de compensación y liquidación de las órdenes de transferencia o recaudo correspondientes, así como (iii) los proveedores de servicios de pago que contribuyen a diversas funciones como la vinculación e interconexión tecnológica de los comercios o el procesamiento de las operaciones. Sin pretender agotar la denominada cadena de valor y la red de vínculos jurídicos, cabe añadir otros componentes como los de carácter tributario o cambiario que pueden agregar complejidad a lo que aparentemente se trataba de una operación aislada de compraventa, pues la misma puede comportar deberes de registro, información, facturación, retención o pago de impuestos cuyo cumplimiento comporta nuevas relaciones jurídicas. La compleja red de intervinientes en estas operaciones se ilustra en la Figura 2.

Figura 2. Intervinientes en los pagos por medios electrónicos



El pago en el plano jurídico configura una modalidad de extinción de la relación jurídica, pero, situados en el marco de la sociedad de consumo y de la sociedad de la información, el empresario en lugar de resignarse a que su antiguo deudor como en el caso romano se desligue del vínculo poniéndole un finiquito, procura mantenerlo atado, si se quiere, con lazos de terciopelo.

El pago, en muchos sentidos ha dejado de ser un acontecimiento final de la relación. Es así como la alta electronificación de los actos de consumo y en general del grueso de la actividad humana, a partir del auge y penetración de las nuevas tecnologías, dejan un rastro que permite perfilar al individuo y a partir del uso estratégico de la información, mantenerlo activo en un ciclo de consumo permanente.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la evolución de la industria de transmisión de contenidos a través de la red que, aun desde su primer estado, ha tenido un importante impacto sobre las actividades de radio-difusión tradicionales y otros negocios semejantes de entretenimiento y creación de contenidos que, a diferencia de las primeras, no poseen el mismo nivel de visibilidad sobre los hábitos de consumo de sus usuarios. En un segundo estadio, esta capacidad para recolectar y procesar cantidades masivas de datos que permite a dichas compañías conocer a profundidad lo que quieren los consumidores ha abonado el camino para que progresivamente tomen un interés mucho más activo frente a los contenidos mismos, con lo que dicho conocimiento ha dejado de ser una ventaja competitiva que les permita capturar simplemente una mayor cuota del mercado publicitario, sino que les ha involucrado activamente en la creación de contenidos a partir de la minería de datos. Es fácil columbrar que este dominio de la información les ha permitido mantener cautivos a un mayor número de usuarios.

La anterior consideración, precisamente fue tenida en cuenta en el caso de la fusión de AT&T como propietaria de redes de cable y satélite y Time Warner como productora de contenidos, en la que se alegó que a diferencia de otros competidores que operaban en Internet, esta última no tenía acceso a información valiosa sobre sus consumidores ni acerca de sus intereses, necesidades o preferencias, ignorando en muchos casos incluso su nombre. La Corte del Distrito de Columbia convino en que dicho conocimiento se traducía en un poder de mercado que permitía un mejor posicionamiento a tales plataformas competidoras a través de mejores productos y a costos de transacción mucho más reducidos⁶.

⁶ “*Those web-based companies are harnessing the power of the internet and data to provide lower-cost, better-tailored programming content directly to consumers. The*

Otro vívido ejemplo de como el pago ha dejado de ser un punto final, lo aportan los esquemas de fidelización en los que el pago de un bien o servicio, lejos de constituirse en el finiquito definitivo de la relación, suelen traducirse en una especie de crédito a favor del comprador en forma de millas o puntos llamado a incentivar nuevas compras⁷. En alguna medida la saturación y los costos de gestión de este tipo de esquemas cuando responden a una iniciativa individual, han llevado a que bajo la idea de afinidad que implica la asociación de un número plural de establecimientos en los que es posible redimir los puntos, o de una asociación de marcas, se racionalicen los costos, se potencie el uso de la información y se torne mucho más efectiva esta estrategia de retención⁸. De esta manera, nuevamente, bajo la perspectiva de sistema, el empresario que participa con otros empresarios de una plataforma de esta naturaleza se beneficia de diversas maneras, así los nuevos consumos de un mismo individuo no ocurran en su mismo establecimiento.

En el caso del impago o incumplimiento de las obligaciones, al margen de la apreciación legítima de los hábitos de cumplimiento que inciden en la determinación de los riesgos de una operación económica, las nuevas tecnologías han abierto infortunadamente la compuerta a situaciones extremas que resultan asimilables, como tempranamente lo afirmó la Corte Constitucional en un caso, a una especie de muerte civil del deudor in-

dramatic growth of the leading [internet video providers] in particular, including Netflix, Hulu, and Amazon Prime, can be traced in part to the value conferred by vertical integration—that is, to having content creation and aggregation as well as content distribution under the same roof.” T&T Inc., 310 F. Supp. 3d at 173. Citado por K. RAUSTIALA & C. SPRIGMAN (2019). The second digital disruption: Streaming and the dawn of data-driven creativity, *New York University Law Review*, 94(6), 1555-1622.

⁷ YOSIFON pone en duda la idea de que los consumos involucren una serie de transacciones atomísticas de intercambio de dinero por bienes o servicios, en las que simplemente se espera que los consumidores satisfechos participen en nuevas transacciones, vistas como nuevos tratos aislados, en los que los consumidores gestionan sus propios intereses. Al respecto, como ejemplo menciona entre otros fenómenos que permiten cuestionar dicha asunción, los sistemas de fidelización. En el caso de los Estados Unidos se señala que un consumidor promedio pertenece a catorce sistemas de recompensas y participa activamente en al menos seis de ellos. Cfr. D. G. YOSIFON (2011). Towards firm-based theory of consumption. *Wake Forest Law Review*, 46(3), 447-468.

⁸ STEVE SAXON and THORSTEN SPICKENREUTHER, *Miles ahead: How to improve airline customer-loyalty programs*. McKinsey & Company. Travel, Transport & Logistics September 2018. Recuperado en, <https://www.mckinsey.com>

cumplido: “Los hechos del presente caso ponen de presente que, independientemente de la extinción de las obligaciones o la prescripción de las correspondientes acciones legales, el acreedor durante un largo período de tiempo —doce años—, pudiendo haberlo hecho, se abstuvo de acudir a la justicia ordinaria para hacer valer su crédito y prefirió mantener al deudor en una situación virtual de ostracismo económico-social, ya que a eso equivale su inclusión como deudor moroso en los bancos de datos y pantallas de [...] «la central de riesgos»”⁹. Ciertamente, fundados en el derecho de habeas data consagrado en el artículo 15 de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la ley estatutaria 1266 de 2008, la ley estatutaria 1581 de 2012 y regulación reglamentaria han puesto límites a la incidencia del dato negativo. No obstante, en la actualidad la regulación general de protección de los datos enfrenta nuevos desafíos con ocasión de la irrupción de nuevas tecnologías como el *Blockchain* que, no obstante su indiscutida utilidad y enorme potencial, no permiten o dificultan aspectos tales como el borrado o la portabilidad de los datos¹⁰.

2. AMPLITUD CONCEPTUAL DEL PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Aunque en su primera acepción del diccionario se define el pago como la entrega de un dinero o especie que se debe¹¹, en un sentido jurídico la expresión pago se refiere a la satisfacción de todo tipo de obligaciones. El artículo 1626 del Código Civil dispone: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, lo cual puede conllevar, por tanto, el cumplimiento de prestaciones de dar, hacer o no hacer¹².

⁹ Corte Constitucional, sent. T-577 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ M. REBELO (2019). The Challenges of RGPD in Face of Blockchain Technology. *Revista de Bioética Derecho*, 46, 117-132. J. PADILLA SÁNCHEZ (2020). Blockchain and Smart Contracts. Approach to Their Legal Problems and Challenges. *Revista de Derecho Privado*, 39, 175-202.

¹¹ “1. Entrega de un dinero o especie que se debe”. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 20ª ed., Madrid, 1984.

¹² “El contrato genera obligaciones, y la obligación válidamente contraída impone al deudor el deber de cumplirla, esto es, de efectuar la prestación estipulada. Esta prestación puede consistir en dar una cosa, en realizar un hecho o en abstenerse de ejecutar un acto determinado. El mismo contrato confiere al acreedor el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación, de modo que si el deudor no efectúa la prestación debida o si quebranta la abstención que se impuso, puede dicho acreedor demandar bien que se cumpla en naturaleza o que se resuelva el contrato bilateral, o bien que se le indemnicen

De la misma manera como los medios electrónicos por regla general pueden constituir un vehículo idóneo para la negociación y celebración de negocios jurídicos válidos¹³, también lo pueden ser, de acuerdo con la naturaleza de las prestaciones envueltas, instrumentos para su cumplimiento, pues el objeto del contrato o la prestación exigible, puede consistir en un servicio o en un bien intangible susceptible de circulación electrónica, sin que, por lo tanto, las obligaciones dinerarias sean las únicas que puedan ejecutarse o cumplirse por dichos canales o acaparen el ámbito propio del pago electrónico, como lo ilustra el auge de las plataformas de *streaming* tales como Netflix, Amazon Prime Video, Disney Plus o Fox Premium, entre otros ejemplos del creciente mercado de servicios y contenidos digitales.

El artículo 2º de la ley 527 de 1999, también conocida como ley de comercio electrónico, en su literal b) definió el comercio electrónico en los siguientes términos:

“b) Comercio electrónico. *Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar.* Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera; [...]”.

los perjuicios que le hayan causado su incumplimiento.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 enero 1967, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, tomo CXIX, núms. 2285 y 2286, págs. 10-11.

¹³ Esto, en virtud del principio de consensualidad que, en los actos y declaraciones de voluntad (C. C., art. 1502) no sujetos a una formalidad específica presupone el carácter vinculante de la expresión de la voluntad libre de vicios, el cual se encuentra explícitamente previsto en el ámbito mercantil en el art. 824 del C. de Co. A partir de la ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico, como se verá, no solo se ratifica la viabilidad de la expresión de la voluntad por medios electrónicos, sino que respecto de los actos sujetos a alguna solemnidad o medio específico de prueba, la formalidad escrita o la exigencia de firma o de su fijación o constancia en documentos originales, se puede satisfacer a través del uso de equivalentes funcionales.

Por su parte, la ley 1480 de 2011 también conocida como estatuto del consumidor, en su artículo 49 define el comercio electrónico para los efectos de este estatuto como “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios”.

De la misma manera como las operaciones concertadas presencialmente pueden ser objeto de pago por una vía electrónica, también resulta claro a la luz de estas disposiciones que una operación catalogada como de comercio electrónico, bien sea por la naturaleza de las prestaciones o la voluntad de las partes, cabe hipotéticamente que en muchos casos sea objeto de pago a través de medios no electrónicos, como el desembolso de dinero en efectivo, la entrega física de un bien o el desarrollo de manera personal y tangible de un determinado servicio, como se muestra en el esquema siguiente:

Figura 3. Pagos físicos y pagos electrónicos



No obstante lo anterior, el que se haya acudido a medios electrónicos para su perfeccionamiento incide o puede incidir de diversas maneras en su pago con independencia de la modalidad del mismo. Debe destacarse al respecto que existen muchos vasos comunicantes entre el mundo físico y el virtual y, así mismo, que difícilmente en la actualidad las prestaciones que a primera vista ubicamos en el mundo real, pueden escapar a tener puntos de contacto con el ámbito electrónico.

La ley de comercio electrónico que reconoce pleno valor vinculante a la contratación¹⁴ y expresión de la voluntad negocial¹⁵ a través de mensajes de datos, se ocupa de fijar, en primer término, algunas reglas supletivas en relación con la atribución de dichos mensajes de datos.

De acuerdo con el artículo 16 de la citada ley se asume que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando este ha sido enviado bien sea por *el propio iniciador* o por *alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje*, pero así mismo, atribuye tal mensaje de datos al iniciador en el evento de que provenga de *un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente*. De manera concordante, el artículo 17 consagra una presunción legal conforme a la cual se presume que el mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando quiera que se *haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de este o cuando el mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio*".

Así que, los artículos transcritos, con mucha visión no solo han previsto esquemas de delegación, sino que han admitido mecanismos de automatización para la expresión de la voluntad y ejecución de las prestaciones, como la posibilidad de acudir a sistemas programados, con lo que se ha abierto la compuerta a una nueva categoría de negocios jurídicos denominados usualmente como contratos inteligentes (*smart contracts*)¹⁶, los que

¹⁴ Art. 14. "*Formación y validez de los contratos*. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos".

¹⁵ Art. 15. "*Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes*. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos".

¹⁶ "*Smart contracts are self-executing electronic instructions drafted in computer code*. SAMUEL BOURQUE & SARA FUNG LING TSUI, *A Lawyer's Introduction to Smart Contracts* (2014)> "*This allows a computer to 'read' the contract and, in many cases, effectuate the instruction-hence the 'smartness' of the contract.*<Id>*The term was first developed by Nick Szabo in the mid-1990s*. DON TAPSCOTT & ALEX TAPSCOTT, *Blockchain Revolution: How the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world* 17-20 (2016) *Variations of smart contracts, such as transaction processing*

se soportan o materializan en el despliegue de un programa informático o en su interrelación con varios programas informáticos que pueden soportar, por ejemplo, la entrega de bienes o el desarrollo de actividades tanto físicas como virtuales, tales como la apertura o el cierre del suministro de un determinado bien o servicio. Así las cosas, tanto la celebración como la ejecución o el pago de las prestaciones contractuales pueden corresponder a procesos plena o altamente automatizados en los que las tradicionales cláusulas contractuales son sustituidas o desplazadas, al menos en parte por el código informático o el algoritmo, todo lo cual cobra especial relevancia en la actualidad, cuando se habla del tránsito a la cuarta revolución industrial¹⁷ y en este marco, de la proyección en

systems that compute daily payments and receipts for financial institutions, have existed for decades. ALLAN I. MENDELOWITZ & WILLI BRAMMERTZ, Smart Contracts Were Around Long Before Cryptocurrency, AM. BANKER (Nov. 17, 2016). The concept has taken on new relevancy and possibilities, however, with the advent of Bitcoin and its underlying technology called blockchain. 1. DON TAPSCOTT & ALEX TAPSCOTT, at 102, Blockchain technology provides the security and accuracy needed for a platform to be able to more fully utilize smart contracts. <Inst. Of Int'l Fin., Getting Smart: Contracts on the Blockchain (2016)>” REGGIE O’SHEILDS, Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain, 21 N.C. Banking Inst. 177, 2017, p. 179.

¹⁷ “La 4RI se caracteriza por una fusión de tecnologías que está borrando las líneas entre las esferas física, digital y biológica, con una velocidad exponencial, alcance e impacto sin precedentes para casi todas las industrias en todos los países. La amplitud y profundidad de estos cambios anuncian la transformación de sistemas completos en producción, en gestión, en gobierno y en la vida cotidiana (Schwab, 2016). // La transformación digital es una característica de la 4RI, ya que es un proceso de explotación de tecnologías digitales que tiene la capacidad de crear nuevas formas de hacer las cosas en todos los sectores económicos, generando nuevos modelos de desarrollo, procesos y la creación de productos y servicios, que a su vez producen valor, principalmente a través de la digitalización que representa la conversión de datos y procesos análogos hacia formatos que pueden ser entendidos y manipulados por máquinas (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, 2019. La transformación digital y la digitalización son transversales a todos los sectores económicos, lo que ha permitido que surjan nuevos conceptos como el de economía digital e industria 4.0”. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes. Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial. Doc. 3975 de 2019. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/715/articles-107147_recurso_1.pdf. Klaus Schwab, The Fourth Industrial Revolution. Crown Business. Nueva York. 2016. OECD, Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, disponible en: <file:///Users/mec/Downloads/OECD-LEGAL-0449-en.pdf>.

aumento de tecnologías y aplicaciones como el internet de las cosas o la inteligencia artificial.

En realidad, la automatización de operaciones a las que se le puede asignar un valor económico y jurídico, mediante la configuración de un artefacto o dispositivo, no es una idea enteramente nueva. A este respecto se atribuye a HERÓN de Alejandría el invento en el siglo I de nuestra era de una especie de máquina destinada a los templos egipcios, en la que al depositar una moneda de cinco dracmas aquella dispensaba una botella de agua bendita¹⁸. Ahora bien, un elemento definitorio de la economía digital lo constituye una relación diferente con la tecnología, en la que los avances ya no se asumen como un instrumento más en alguna medida neutro a disposición del usuario o cliente destinados simplemente a facilitar o adelantar una determinada tarea de manera mayormente ágil, eficiente o precisa, concepción que, por ejemplo, en el caso de los bancos, años atrás, se traducían en el montaje de departamentos para el manejo de la tecnología como un componente más de la organización y para el desarrollo de mejoras o nuevos productos vistos apenas como émulos o como alternativas a los tradicionales. En la medida en que la tecnología posee ya un carácter omnipresente y envolvente, no se trata ya más de un conjunto de herramientas con una función apenas instrumental, sino en el medio mismo en el que nos desenvolvemos cotidianamente. Es así como la intuición de que la máquina que nos permite transformar el mundo en cierto grado nos transforma a nosotros mismos, se ha tornado cada vez más evidente con la irrupción de las nuevas tecnologías.

Debido a lo anterior parecería innecesario, por evidente, advertir que cada vez resultará más infrecuente encontrarnos con un negocio jurídico que en cualquiera de sus fases o hitos no mantenga una conexión con el ámbito electrónico. A este mismo respecto, la pandemia del Covid 19 que ha acelerado la tendencia a la contratación por medios electrónicos confirma el signo de los tiempos. La seguridad jurídica y el formalismo que muchas veces acompaña a los actos de alguna relevancia patrimonial, por mucho tiempo estuvo atada a instrumentos tangibles de fijación de la voluntad y de prueba, como el papel, las firmas ológrafas, las huellas entintadas, los sellos, vinculados a su vez a esquemas de fe pública y custodia de documentos impregnados de una fuerte dosis de materialidad. Aunque

¹⁸ K. SEGRAVE, *Vending Machines: An American Social History*, McFarland and Company, 1944, pág. 3. Citado por ALEXANDER SAVELYEV (2017) *Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law*, *Information & Communications Technology Law*, 26:2, 116-134.

la historia es mucho más extensa, la ley de comercio electrónico constituye un hito que ha allanado el camino, sobre la base de los equivalentes funcionales¹⁹, para el tránsito de un mundo jurídico y económico muy enraizado en el ladrillo y en el papel hacia otro mundo en clave digital. Se reconoce así la equivalencia entre la exigencia de un documento escrito y el configurado a través de un mensaje de datos²⁰, entre la firma ológrafa y la digital²¹, entre un documento original y la acreditación de tal requisito en el ámbito electrónico²², entre la integridad del documento papel y la satisfacción de tal atributo en el caso de documentos electrónicos²³, así como la correlativa equivalencia de la admisibilidad, eficacia probatoria y custodia debida, entre los medios de prueba tangibles y los digitales²⁴. Además, dicho estatuto se ocupa de manera supletiva de otros aspectos importantes tales como la fijación espacio temporal de la relación y de sus términos²⁵. Todo lo anterior, con independencia de que las prestaciones tengan una connotación física o no, tienen o pueden tener una repercusión importante respecto del pago, aún cuando el mismo como tal no se verifique de manera electrónica.

¹⁹ “Del texto de la Ley y para los efectos de este fallo, resulta pertinente destacar cuatro temas: mensajes electrónicos de datos y comercio electrónico; las firmas digitales; las entidades de certificación, y la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Dado su carácter eminentemente técnico, con apartes de la exposición de motivos, se ilustra cada uno de estos temas: [...] El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los «equivalentes funcionales» que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. // Se adoptó el criterio flexible de «equivalente funcional», que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. // En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”. Corte Constitucional, sent. C-662 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁰ Arts. 6º y 27.

²¹ Arts. 7º y 28.

²² Art. 8º.

²³ Art. 9º.

²⁴ Arts. 10-13.

²⁵ Arts. 19 a 25.

De esta manera, el pago en general, previsto en el Código Civil y en el Código de Comercio, al menos en lo que atañe a las relaciones de consumo, puede ser objeto del alcance de medidas especiales derivadas del uso de las nuevas tecnologías que se aplican a la relación obligacional con indiferencia de que la materialización del pago ocurra o no de forma electrónica, lo cual resulta enteramente lógico y razonable, pues situados en el universo de los bienes tangibles, es muy distinta la situación de quien los adquiere en un establecimiento físico en el que interactúa con la mercancía y con el vendedor, al negocio que se concierta a través de un medio virtual. Entonces, la celebración y perfeccionamiento del negocio jurídico por medios electrónicos además de conllevar las incidencias en materia validez o de prueba, entre otras —de las que se ocupa especialmente la ley de comercio electrónico—, determina también, como se puede corroborar, el segmento de su cumplimiento o ejecución.

Es así como el estatuto del consumidor impone a los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, cargas y obligaciones adicionales a las que soportarían normalmente quienes lo realizan de manera física o presencial, que atienden a las características del consumo, comercialización e interacción a distancia, las cuales se desdoblan en obligaciones especiales de información, publicidad, estipulación, diligencia en el cumplimiento, prueba, manejo, custodia y seguridad de la información, atención de peticiones, quejas y reclamos, entre otras materias²⁶.

Adicionalmente dicha regulación no es indiferente a los retos en materia de capacidad obligacional derivados del acceso universal a la red y, en consonancia con ello, exige obtener y conservar la constancia de la autorización de los padres en relación con los bienes adquiridos por menores de edad²⁷.

En cuanto a las plataformas o portales de contacto, pese a no asumir una posición propia en las transacciones, dicha ley los hace responsables de recolectar la información que permita la determinación y ubicación de los oferentes inscritos en tales canales²⁸.

Por otra parte, los pagos de las ventas a distancia se encuentran sujetos a reversión por parte del consumidor real o por la víctima de una suplantación, según el caso, cuando sean el producto de un fraude, o correspondan

²⁶ Ley 1480 de 2011, art. 50.

²⁷ *Ibidem*, art. 52.

²⁸ *Ibidem*, art. 53.

a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso²⁹.

En consonancia con lo dicho sobre las interacciones entre las dimensiones física y electrónica, es útil notar que el uso de un dispositivo electrónico para el pago de una mercancía, no la torna por sí misma en una operación de comercio electrónico para los efectos de la disposición citada, pues se precisa que la operación se concrete a distancia³⁰.

3. PAGO ELECTRÓNICO DE OBLIGACIONES DINERARIAS

Clarificada la amplitud del pago electrónico, se pasa a abordar apenas una de sus modalidades, la de pago electrónico de las obligaciones de naturaleza dineraria.

A) Aspectos generales

El invento del dinero atribuido según HERÓDOTO a los lidios, permitió como lo señala PAULO en el *Digesto*³¹, superar las ineficiencias de una economía basada en el trueque. Así, en la Antigüedad, como se puede corroborar, la invención y el uso de la moneda, conllevaron entonces cambios muy profundos que trascendieron nítidamente a la esfera económica³². Una historia parecida puede narrarse respecto del surgimiento de los títulos valores en la Edad Media que también constituyeron un hito muy importante en la configuración de los actuales sistemas de pago:

“En 1328, el Papa Juan XXII envió 60.000 florines en monedas de Roma a Lombardía. A pesar de disponer de una escolta de 150 hombres, la expedición cayó en una emboscada y la mitad del tesoro fue robado. Muchos años después, entre 1567 y 1632, Madrid remitió con éxito 500 millones de florines a los Países Bajos. Es decir, una cantidad muy superior, mediante pagos recurrentes y a mayor distancia, todo ello incurriendo en menores costes y corriendo menos riesgos ¿Cómo fue

²⁹ *Ibidem*, art. 51.

³⁰ Decr. 1074 de 2015, art. 2.2.2.51.1.: “[...] La reversión de los pagos de que trata el presente capítulo no procede cuando hayan sido realizados por medio de canales presenciales”.

³¹ *Digesto*, tomo I, Libro XVIII, Título 1, numeral 1.

³² WILLIAM N. GOETZMANN, *Money Changes Everything. How Finance Made Civilization Possible*, New Jersey, Princeton University Press, 2017.

posible aquella evolución? Fundamentalmente, gracias a que un instrumento de pago ya existente en la Baja Edad Media, la letra de cambio se integró en un conjunto más amplio de instituciones y relaciones entre agentes económicos. En otras palabras, porque se desarrolló un sistema de pago, entendido como el conjunto de infraestructuras financieras, legales e institucionales que hacen posible las transacciones monetarias entre los diferentes agentes económicos. La universalización de dicho sistema se demostró fundamental para movilizar globalmente los recursos financieros y sufragar la revolución comercial de la Baja Edad Media y del Renacimiento”³³.

De manera similar, desde hace ya varios años, cuando apenas comenzaba a hablarse de las monedas digitales, y no habían hecho su aparición las denominadas criptomonedas³⁴ como el Bitcoin, y el principal impacto de las nuevas tecnologías en el campo financiero se circunscribía en gran medida a la circulación electrónica de valor, ya se había puesto de relieve que la evolución y progresiva profundización de los mecanismos y medios electrónicos de pago amenazaba con acelerar el declive de la moneda tradicional y sus sucedáneos en papel, hacia un nuevo tipo de economía denotada por entonces con la expresión, “*cashless society*”³⁵. Tal afirmación tenía como trasfondo el carácter performativo que las prácticas económicas pueden tener sobre la sociedad y el mundo de la vida:

³³ ÁLEX RUIZ y CARLOS MARTÍNEZ SARNAGO, *Sistemas de pago: presente y futuro*, Dossier, Departamentos de Economía Internacional y Mercados Financieros, Área de Estudios y Análisis Económico, “la Caixa”, marzo de 2004.

³⁴ De acuerdo con GOFORTH, criptomoneda es un término que se refiere a todas los activos digitales que operan como una moneda, esto es, como un medio de cambio, depósito de valor y una unidad de cuenta; están protegidos mediante el uso de criptografía y son aptos para transacciones persona a persona, sin la necesidad de depender para su circulación de un tercero intermediario, incluida cualquier autoridad gubernamental. CAROL GOFORTH, “The Lawyer’s Cryptionary: A Resource for Talking to Clients about Crypto-transactions”, *Campbell Law Review* 41, no. 1 (Winter 2019): 47, págs. 52-53.

³⁵ GIANNANTONIO ETTORE (1997). *Transferencias electrónicas de fondos y autonomía privada*. Vol. 3. Informática y Derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997. En este sentido, este autor, al abordar las transferencias de fondos en los Estados Unidos, con base en lo observado a la sazón por diversos estudiosos, precisó: “la introducción de las TEF determinará el abandono de la circulación monetaria por una circulación exclusivamente electrónica. A este tipo de economía se ha aplicado la expresión ‘Cashless society’, una sociedad en la cual los operadores económicos cumplirán su labor sin recurrir al dinero efectivo, utilizando solamente los nuevos medios de transferencia electrónica”.

“El antropólogo cultural JACK WEATHERFORD, distingue tres grandes fases en la evolución del dinero tal como lo conocemos en Occidente. La primera corresponde a la invención de la moneda en Lidia que marcó el final de los grandes imperios tributarios de la historia y el surgimiento de las civilizaciones clásicas del Mediterráneo. La segunda corresponde a la invención de la banca y el papel moneda en los albores del Renacimiento que marcó el final del feudalismo y la instauración del capitalismo. La tercera fase, apenas comienza, con la creciente presencia del dinero electrónico que rompe el sentido nacional de la moneda y el predominio de la banca central en la producción y control del dinero. De acuerdo con una ley propia de la historia del dinero, este último cambio ha de producir una civilización distinta”³⁶.

B) *Delimitación de la materia*

Las dificultades mencionadas en relación con el trueque que determinaron la invención de la moneda pueden entenderse en gran medida superadas en la sociedad de la información, en la que es posible el montaje de esquemas más o menos eficientes de intercambio de valor a través de trueque³⁷. Este estudio se circunscribe a los pagos de naturaleza pecuniaria que impliquen la transferencia de valor representado en dinero.

Dentro del anterior universo, se acotará la materia a los sistemas de pago operados en el sector financiero, por lo que además de excluirse transferencias de valor distintas al dinero, se dejan de lado otros sistemas habilitados por el ordenamiento para la transferencia de recursos monetarios, como es el caso, por ejemplo, de los operadores de servicios postales de pago³⁸, con una larga tradición en la materia³⁹.

³⁶ MANUEL E. CIFUENTES MUÑOZ, “Una mirada introductoria al mundo de la Banca Electrónica”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 24, Bogotá, Universidad de los Andes, abril de 2000. Cfr. JACK MCIVER WEATHERFORD, *The History of Money. From Sandstone to Cyberspace*. Three Rivers Press, Random House, New York, 1997.

³⁷ DANIEL RICE, “Barter’s Back! Internet Barter: The Recent Resurgence of an Ancient Practice” (2003). AMCIS 2003 Proceedings. 7. <http://aisel.aisnet.org/amcis2003/7>. Mario Bravetti, Adalberto Casalbón; Manuel Núñez, Ismael Rodríguez. From Theoretical e-barter Models to an Implementation Based on Web Services. *Electronic Notes in Theoretical Computer Science* 159 (2006) 241-264.

³⁸ Actualmente regulados por la ley 1369 de 2009 y sus desarrollos reglamentarios.

³⁹ Corte Constitucional, sent. C-823 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa. Cfr. nums. 4.2-4.4.

La Corte Constitucional hasta la fecha no se ha mostrado sensible frente a la problemática de los arbitrajes regulatorios, pese a que no se ha puesto en cuestión la facultad del legislador de autorizar bajo ciertos criterios la prestación de servicios de una connotación financiera a entidades de otros sectores de la economía. Dicha corporación ha preferido, hasta la fecha, desconocer el cariz financiero que desde una perspectiva conceptual puede hallarse en el trasfondo de tales actividades.

Al margen de lo anterior, puede distinguirse, como se acaba de sugerir, entre esquemas y sistemas de pago operados por entidades dentro del sector financiero y esquemas y sistemas de pago operados por entidades ajenas al sector financiero y por fuera de aquel.

Los pagos electrónicos de carácter dinerario pueden realizarse entre dos personas A y B, de manera más o menos descentralizada, esto es, principalmente, por fuera del ámbito de un sistema de pagos propiamente dicho.

Así, por ejemplo, una entidad financiera C que mantenga como clientes a los dos extremos de una relación A y B, puede diseñar y ofrecer a aquellos, un esquema o solución de pago cerrado que esquive la necesidad de usar la plataforma de un sistema de pagos D.

Con el naciente auge del Blockchain y de las criptomonedas, hay quienes presagian un futuro sombrío para la banca y demás intermediarios, lo que se podría ilustrar a partir del ejemplo dado, en el cual, el intercambio de valor entre A y B ahora puede realizarse de manera directa y sin intermediación alguna, resultando superfluo en dicho caso la intervención de los agentes C y D.

DON y ALEX TAPSCOTT enuncian ocho pilares que soportan el carácter disruptivo que poseen las cadenas de bloques sobre los servicios de la banca y otros actores, los que, así como pueden ser en parte domesticados, usufructuados o asumidos con una visión transformativa por la banca, implican riesgos para su quehacer y pueden traducirse en mecanismos de desintermediación. De acuerdo con estos autores, dicha tecnología puede satisfacer las siguientes funciones: (i) autenticar la cantidad y el valor; (ii) movilizar valor (pagar, transferir dinero y comprar bienes y servicios); (iii) almacenar valor; (iv) prestar valor; (v) intercambiar valor; (vi) movilizar inversiones; (vii) asegurar valor y proteger el riesgo, y (viii) posibilitar una mayor auditabilidad, transparencia e inmediatez de la contabilidad⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. DON TAPSCOTT y ALEX TAPSCOTT, *La revolución Blockchain*, Barcelona, Deusto, 2017, págs. 101-105.

El Banco de la República, alineado con otros organismos internacionales, prefiere designar, fundado sobre bases técnicas, a las llamadas criptomonedas como criptoactivos (CA). Al respecto, en el estudio con ese nombre destaca las diferencias entre este tipo de instrumentos y la moneda propiamente dicha en los siguientes términos que resulta pertinente por su claridad y sentido pedagógico, transcribir *in extenso*:

“La economía global se está adaptando a nuevos desarrollos e innovaciones computacionales que cuentan con el potencial de transformar la manera en que se intercambian bienes, servicios y activos en la economía. Una de estas innovaciones son los esquemas de las denominadas criptomonedas, como el Bitcoin, el ether y otras, operados por agentes privados, los cuales permiten la transferencia de activos digitales e información mediante un registro público de las operaciones sincronizado y compartido entre todos los participantes del esquema sin la necesidad de sistemas centralizados de emisión, registro, compensación y liquidación (Tecnología de Registros Distribuidos o DLT, por su sigla en inglés).

”Estos activos pueden ser almacenados en cualquier dispositivo computacional y transferidos por internet con un alcance global en períodos muy cortos de tiempo, *bien sea de manera completamente descentralizada (persona a persona)* o con el apoyo de intermediarios especializados que ofrecen una amplia gama de servicios tales como casa de cambio, custodia y negociación para sus clientes, así como la emisión y negociación de derivados financieros sobre ellos, entre otros.

”Aunque estos activos se presenten con capacidad de satisfacer funciones de medio de pago, depósito de valor y unidad de cuenta, en la práctica, como lo manifiestan varias publicaciones del Banco de Pagos Internacionales (BIS por su sigla en inglés) (2)⁴¹, carecen de los atributos de la moneda de curso legal y no son susceptibles de ser considerados como dinero.

”El dinero o la moneda de un país es, en última instancia, un acuerdo o convención social sobre un activo representativo de una obligación del emisor, usualmente el banco central, y que goza de aceptación general para hacer pagos, ser depósito de valor, fungir como unidad de cuenta y tener poder liberatorio ilimitado para liquidar las obligaciones entre los

⁴¹ (2) Carstens (2018); BIS (2018); Shin (2018). A. CARSTENS, “Money in the digital age: what role for central banks?”<https://www.bis.org/speeches/sp180206.pdf>; Shin. “Cryptocurrencies and the economics of money”. <https://www.bis.org/speeches/sp180624b.htm>>

agentes de la economía. La base de esta convención es la confianza. Y ella le está dada por el respaldo de una institución estatal de elevada reputación (el banco central), un marco legal y regulatorio y unas políticas públicas consistentes. Esto es lo que garantiza sus altos estándares de seguridad, aceptabilidad y estabilidad en su poder adquisitivo.

”En contraste con lo anterior, la mayoría de las denominadas criptomonedas no son obligaciones reconocidas legalmente por una persona jurídica o institución que las respalde y que responda por cualquier fraude o falla en sus esquemas, sus protocolos de emisión y seguridad son bastante opacos, sus precios son altamente volátiles, la protección al consumidor y al inversionista en estos esquemas es cuestionable y tienen limitada aceptación. Estos activos carecen, entonces, de los atributos esenciales del dinero y no son, por lo tanto, susceptibles de ser considerados como tal. En consecuencia, en adelante en este documento se hará referencia a ellas como criptoactivos (CA)⁴², ⁴³ como lo vienen haciendo, por ejemplo, entidades tales como el BIS⁴⁴, el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB por sus siglas en inglés)⁴⁵, el grupo de los 20 (G20)⁴⁶, el Banco

⁴² (Como lo define la OECD, un activo “es una entidad que funciona como depósito de valor y sobre la cual los derechos de propiedad son protegidos [...] de manera individual o colectiva, y se espera un beneficio económico por sus tenedores de poseerlas o usarlas por un período de tiempo [...]”. En este documento se adopta la palabra “criptoactivo” para denominar aquellos activos que son custodiados y transferidos en sistemas digitales, los cuales utilizan tecnología criptográfica avanzada para garantizar la integridad del sistema. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=2974> (17/02/2018).

⁴³ La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en Oficios 20436 de 2 de agosto de 2017 y 000314 de marzo 7 de 2018, en respuesta a consultas sobre minería de criptomonedas, señala que ellas “implican un nuevo concepto al reconocer valor a los datos digitales, esto implica [*sic*], para efectos tributarios determinar en primer lugar la naturaleza jurídica de los bienes producto del minado”.

En su análisis, clasifica a las “monedas virtuales” como “un bien de carácter incorporal o inmaterial susceptible de ser valorado”, definiendo “bien incorporal” con base en los arts. 653, 664 y 665 del C. C.

⁴⁴ *Carstens (2018)*, *BIS (2018)*; *Shin (2018)*. <BIS (2018). “Cryptocurrencies: looking beyond the hype”, en BIS annual economic report. <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2018e5.htm>>

⁴⁵ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-02/boe-s-carney-calls-for-regulation-to-end-cryptocurrency-anarchy>.

⁴⁶ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-18/growth-of-crypto-assets-may-threaten-financial-system-fsb-says>.

de Canadá⁴⁷, el Banco Central de Inglaterra⁴⁸ y la Autoridad Monetaria de Singapur^{49, 50}.

El estudio citado no soslaya el hecho de que los esquemas de criptoactivos se vienen presentando como plataformas de pagos alternativas frente a las monedas nacionales de curso legal y frente a los sistemas de pago basados en cuentas de depósito con intermediarios financieros ponderando sus ventajas, desventajas y riesgos, luego de lo cual plantea seis desafíos, en realidad siete, de política pública, a saber:

a) *Integridad financiera*. De acuerdo con el estudio, “Por su naturaleza pseudo-anónima, los esquemas de CA pueden facilitar el movimiento de recursos asociados con el LA/FT, la evasión de impuestos y operaciones ilegales y, por ende, las autoridades deben cuidar que estos esquemas no comprometan la integridad del sistema financiero y no se aprovechen de la confianza en la institucionalidad prevalente sin los debidos controles y rendición de cuentas para operar”⁵¹.

b) *Protección al consumidor*. En este punto se llama la atención sobre la necesidad de articular algún tipo de protección “con respecto a negocios fraudulentos que pueden presentarse al utilizar este nuevo activo, y también frente a los riesgos operacionales y aquellos asociados

⁴⁷ <http://www.canadianunderwriter.ca/insurance/bank-canada-calls-global-alignment-cryptocurrency-policy-1004129300>.

⁴⁸ (*The Future of Money*. Speech given by: Mark Carney, Governor of the Bank of England (02/03/2018). <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/speech/2018/the-future-of-money-speech-by-markcarney.pdf?la=en&hash=A51E1C8E90BDD-3D071A8D6B4F8C1566E7AC91418>.

⁴⁹ El señor Ravi Menon, Director del MAS, en su discurso, asocia las criptomonedas con criptoactivos pero prefiere el término “Crypto Tokens”, aduciendo que este es un término más genérico. En este documento se prefiere criptoactivos ya que no hay una traducción al español de “Token” que tenga las connotaciones de los activos a los que se refiere este documento (<http://www.mas.gov.sg/News-andPublications/Speeches-and-Monetary-Policy-Statements/Speeches/2018/Crypto-Tokens-The-Good-The-Bad-and-The-Ugly.aspx>

⁵⁰ CARLOS A. ARANGO-ARANGO; MARÍA M. BARRERA-REGO; JOAQUÍN F. BERNAL-RAMÍREZ Y ALBERTO BOADA-ORTIZ, *Criptoactivos*, Banco de la República. Documento recuperado en: <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-criptomonedas.pdf>

⁵¹ *Ibidem*, pág. 13.

al crimen cibernético al interactuar con los intermediarios o proveedores de servicios en CA”⁵².

c) *Volatilidad y otros riesgos*. Se alude a la alta volatilidad de dichos activos y a otros riesgos de carácter crediticio y operativo, destacándose frente a la matriz de riesgo, de una parte, las deficiencias en los niveles de información de los inversionistas y, de otra parte, en función de su paralelo con los sistemas de pagos, las inquietudes existentes respecto de aspectos tales como la custodia, compensación, liquidación y finalidad de las operaciones. En este sentido, se destaca, por ejemplo, que el proceso de validación y liquidación de una operación puede tardar horas “con lo cual se presenta incertidumbre sobre el estatus jurídico de aquellas obligaciones pendientes en casos como fallas operativas entre otros”⁵³.

d) *Derecho de la competencia*. El estudio se refiere a la necesidad de evaluar la existencia de arbitrajes regulatorios a su favor o en su contra respecto a los sistemas de pago propiamente dichos. En este contexto se anota: “se hará necesario estudiar hasta qué punto estos esquemas podrán interoperar con los intermediarios e infraestructuras del sistema financiero. Lo anterior pone de presente que, a pesar de su pretendido desarrollo como ‘ecosistemas’ transaccionales, los esquemas de CA siguen dependiendo críticamente de los servicios de pago del sistema financiero tradicional”⁵⁴.

e) *Carácter transnacional*. Por medio de estos participan agentes especializados y no especializados de una forma global, no atada a una jurisdicción en particular, lo que puede modificar de manera relevante los términos del comercio internacional y de los flujos de capital⁵⁵.

f) *Fiscalidad y tributación*. Se trata de la movilización de activos y riqueza susceptible de ser objeto de la regulación impositiva⁵⁶.

g) *Soberanía monetaria*. Se ponen de presente las implicaciones sobre la soberanía monetaria, la política monetaria y la estabilidad financiera, que podrían presentarse en el caso, aun improbable, de una profundización relevante y significativa en su uso y aceptación, la que se equipara, en términos muy generales, a “los mismos retos y preguntas de permitir

⁵² *Ibidem*, págs. 13-14.

⁵³ *Ibidem*, pág. 14.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 14.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 14.

⁵⁶ *Ibidem*, págs. 14-15.

que los pagos, contratos, fijación de precios y ciertos aspectos de la intermediación financiera se hagan en una moneda extranjera, como en el caso de los procesos de dolarización en países emergentes⁵⁷. De manera colateral a la reducción del señoreaje y en alguna medida relacionado con el desafío que se ha denotado en el punto c, también se pone de presente el riesgo hipotético de que estos esquemas puedan “llegar a representar riesgos sistémicos si algunos de sus participantes alcanzan la categoría de *too-big-to-fail* o *too-connected-to-fail*”⁵⁸.

Frente a la pretensión extrema de un esquema enteramente descentralizado (persona a persona al margen del apoyo, soporte o intervención de terceros de confianza que agreguen valor a las interacciones), algunos agentes como es el caso de la banca, han venido incorporando en su operación la tecnología del *blockchain* y, así mismo han caminado en la dirección de incluir a los criptoactivos dentro de sus portafolios de servicio, eliminando en estos nichos de operación e intermediación controlada, al menos buena parte de los inconvenientes advertidos.

En consonancia con lo anterior y atendida la trascendencia de los sistemas de pago dentro del sector financiero, se procederá a profundizar en los mismos, sin desconocer como se ha puesto en evidencia que los pagos electrónicos de contenido dinerario no se circunscriben ni se agotan a su realización dentro de los sistemas de pago de dicho sector.

4. REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PAGO

La labor fundamental de la banca contemporánea en relación con el denominado comercio electrónico y en general con su clientela en un mundo informatizado, consiste en su función de estructurar, facilitar y operar sistemas de pagos que permitan la disposición o transferencia ágil y segura de los recursos dinerarios. No resulta extraño, entonces, que exista una correlación directa entre el desarrollo de una economía y el estado de madurez de sus sistemas de pagos⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 15.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 15.

⁵⁹ Desde hace más de un siglo se formuló teóricamente la relación estrecha entre el desarrollo de la actividad financiera a la base de los sistemas de pago y el crecimiento económico, en razón de sus distintas funciones, como, por ejemplo, su papel en la gestión del riesgo o su contribución a la reducción de los costes de transacción. Cfr. J. SCHUMPTER, *The Theory of Economic Development*, Harvard University Press. A inicios del milenio, un estudio contrastaba el grado de penetración de la banca en países con

Para muchos efectos, especialmente ligados a políticas públicas, se estima deseable que apenas una porción menor de las transacciones se efectúe directamente entre los agentes económicos mediante dinero en efectivo y por canales no formales, en el entendido de que una mayor profundización de los servicios financieros imprime mayores notas de eficiencia, transparencia e integridad al tráfico económico, entre otros muchos beneficios⁶⁰.

A este respecto, en el caso colombiano, un informe de Fedesarrollo del 2016 señalaba:

“Algunos estudios (ROGOFF, 2002)⁶¹ sugieren que una de las principales razones para el uso generalizado del efectivo es la existencia de la economía sumergida, en la medida que las transacciones en efectivo, al ser anónimas, sirven como vehículo para facilitar la evasión de impuestos y las actividades ilegales. Además, por la ausencia de trazabilidad, las transacciones en efectivo les permiten a los individuos evitar el cumplimiento de leyes, regulaciones y pago de impuestos, contrario a lo que sucede con las transacciones electrónicas, las cuales pueden ser en principio rastreadas por las autoridades. ROGOFF (2014)⁶² afirma que en muchos países un gran porcentaje del efectivo se usa con el fin de esconder transacciones. [...] en la actualidad, la mayoría de los pagos en Colombia, aproximadamente 90% del número total de transacciones

diversos niveles de desarrollo. Al respecto se señalaba que el porcentaje de la población que mantenía cuentas bancarias en los países menos desarrollados apenas alcanzaba entre un 15 a un 25 por ciento de la población. Visa International. Global Insight, *El círculo virtuoso: los pagos electrónicos y el crecimiento económico*, junio de 2003, pág. 13. De acuerdo con un estudio de McKinsey, los costos en países con alta preferencia de efectivo podrían superar el 1 por ciento del PIB y hasta un 2 por ciento del ingreso anual de las familias. OLIVIER DENECKER, FLORENT ISTACE, MARC NIEDERKORN, *Forging a path to payments digitization McKinsey on Payments*. Number 16. March 2013. Documento accesible en, <https://www.mckinsey.com>

⁶⁰ Cfr. El reporte preparado para el G20: World Bank Group, Better than Cash Alliance, Bill and Mellinda Gates Foundation. The Opportunities of Digitizing Payments. How digitization of payments, transfers, and remittances contributes to the G20 goals of broad-based economic growth, financial inclusion, and women's economic empowerment. August 28, 2014. Documento accesible en, <https://www.gpfi.org>

⁶¹ KENNETH S. ROGOFF, 2002. “The Surprising Popularity of Paper Currency”. *Finance and Development* 39, N.1.

⁶² KENNETH S. ROGOFF, 2014. “Costs and benefits to phasing out paper currency”. Presentado en la NBER Macroeconomics Annual Conference.

todavía se realiza en efectivo (BTCA, 2015)⁶³. Las personas naturales son quienes más utilizan este medio de pago. [...] a pesar de que algunas iniciativas públicas y privadas han permitido aumentar la profundización financiera en el país, el acceso a servicios financieros en algunos segmentos de la población todavía es bajo. Lo anterior, sumado a factores como la informalidad y el gravamen a los movimientos financieros (GMF) constituyen barreras para disminuir el uso de efectivo en la economía. Consciente de esta situación, el gobierno estableció en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2015-2018, que el incremento del uso de Medios de Pago Electrónicos (MPE) será una prioridad y fijó una meta puntual de reducción de la razón Efectivo/M2 hasta 8,5% para 2018 (frente a 11,9% en mayo 2017)⁶⁴.

A) *Noción de sistema de pagos*

LISTFIELD y MONTES-NEGRET definen un sistema de pagos como “los procedimientos, las reglas, los estándares e instrumentos usados para intercambiar valor financiero entre dos partes en la solución de una obligación”⁶⁵.

JOSÉ DARÍO URIBE, exgerente general del Banco de la República, define los sistemas de pago como “el conjunto de instrumentos, acuerdos y mecanismos para transferir el dinero en la economía. Los instrumentos de pago incluyen los billetes y las monedas, los cheques, las tarjetas de crédito y débito, y una gran variedad de canales electrónicos de pagos”⁶⁶.

⁶³ Better than Cash Alliance. 2015. “*Country Diagnostic: Colombia*”. Development Results Focused Research Program.

⁶⁴ CAMILA PÉREZ (Directora), BEATRIZ HELENA PACHECO (Investigadora), NATALIA SALAZAR (Asesora), *Beneficios potenciales de un incremento en el uso de los medios de pago electrónicos en Colombia*. Informe final. Fedesarrollo. Abril de 2016, págs. 29-31. Publicado en Asociación Bancaria de Colombia. Proyecto F. Diagnóstico del uso de efectivo en Colombia. (Ed. Santiago Castro Gómez), Bogotá, Comunicación Gráfica Legis S. A., 2017, accesible en, <https://www.asobancaria.com>.

⁶⁵ ROBERT LISFIELD; FERNANDO MONTES-NEGRET, *Modernizing Payment Systems in Emerging Economies*. Policy Research Working Paper 1336. The World Bank, Washington, 1994. p. 1: “*It defines the procedures, rules, standards and instruments used to exchange financial value between two parties discharging an obligation*”.

⁶⁶ JOSÉ DARÍO URIBE ESCOBAR, “Los sistemas de pagos”, Nota Editorial de la Revista del Banco de la República, vol. LXXVIII, núm.. 930, abril de 2005, pág. 6.

El decreto 1400 de 2005⁶⁷ posteriormente refundido en el decreto 2555 de 2010, que constituyó el primer marco regulatorio de los sistemas de pago de bajo valor en el país, definió a los sistemas de pagos en general, como un “conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pagos, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo”⁶⁸. El nuevo marco regulatorio contenido en el decreto 1692 de 2020, modificadorio del decreto 2555 de 2010, reeditó esta misma definición, salvo que en lugar de hacer mención a las “órdenes de transferencia y recaudo”, utiliza la expresión “órdenes de pago o transferencias de fondos”⁶⁹. Uno y otro decreto establecieron adicionalmente la condición de un número de tres o más participantes vigilados⁷⁰.

B) Distinción entre sistemas de pagos de bajo y alto valor

Bajo la premisa de que los sistemas de pago de alto valor usualmente regentados por la banca central, tal y como lo sugiere su nombre, se concentran en las transferencias, compensación y liquidación de los gran-

⁶⁷ Decr. 1400 de 2005, *Diario Oficial* 45.900.

⁶⁸ Decr. 1400 de 2005, art. 1º, lit. n).

⁶⁹ Decr. 2555 de 2010, art. 2.17.1.1.1., num. 21, conforme a la sustitución prevista del marco regulatorio por el art. 1º del decr. 1692 de 2020.

⁷⁰ El art. 2.17.1.1.1., num. 21 dispone: “En todo caso, un sistema de pago solo será considerado como tal cuando actúen, en calidad de participantes, tres (3) o más instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito o cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, inscritas en el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop”. El decr. 1400 de 2005 traía una previsión similar, pero exigía que se tratara de participantes vigilados por las entonces Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores que como se sabe fueron unificadas en la Superintendencia Financiera. Posterior a esta disposición, el decr. 34 de 2006 adoptó la regla que el nuevo régimen reitera, al señalarse en el art. 1º de dicho decreto que, “un sistema de pago solo será considerado como tal cuando actúen, en calidad de participantes, tres (3) o más instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito o cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, inscritas en el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop”.

des agregados de la economía, el decreto 1400 de 2005 incorporó una fórmula de comparación, en la que los sistemas de pagos de bajo valor corresponderían a aquellos cuyo promedio diario del valor acumulado de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas en treinta días con mayores valores de un semestre analizado, fueran iguales o inferiores a un monto definido como K, objeto de reajuste periódico⁷¹:

$$\frac{\sum_{i=1}^{30} (VA(n)_i)}{30} \lesseqgtr K$$

Donde:

n: varía entre uno y el número de días hábiles registrados en los últimos seis meses.

VA(n) = valor acumulado diario, en pesos colombianos, de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas en un sistema en determinado día hábil en los últimos seis meses.

K = \$ 2.500.000.000.000 (dos billones quinientos mil millones de pesos).

i = número de orden de cada VA(n), después de que todos los VA(n) considerados son ordenados por orden descendente de valor (se toman los treinta mayores).

El nuevo marco normativo ha prescindido de la anterior aproximación cuantitativa y ha optado, aparentemente, por un criterio de índole orgánico

⁷¹ Aclaraba la disposición contenida en el lit. o) del art. 1º: “De acuerdo con esta fórmula, se deben calcular los valores acumulados diarios de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas por el Sistema de Pagos de Bajo Valor en el semestre calendario analizado, ordenarlas en orden descendente, calcular la sumatoria de los 30 días con mayores valores observados y dividir dicha sumatoria por 30 para calcular el valor promedio diario. El valor resultante se deberá comparar con el valor definido para K de \$ 2.500.000.000.000 (dos billones quinientos mil millones de pesos), de tal forma que se considerarán Sistemas de Pago de Bajo Valor aquellos cuyo promedio diario del valor acumulado de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas en los 30 días con mayores valores del semestre analizado, resulte igual o inferior a K. // El monto anotado anteriormente se ajustará anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. El valor resultante se aproximará al múltiplo en miles de millones de pesos inmediatamente superior. El primer reajuste se realizará el mes de enero de 2006, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor durante el año 2005”.

al definir a los sistemas de pago de bajo valor como “aquellos sistemas de pago que procesan órdenes de pago o transferencia de fondos distintas a las procesadas en el sistema de pago de alto valor, de conformidad con lo que defina el Banco de la República”⁷².

A primera vista parece que se asume, tal y como ocurre en la práctica, que los sistemas de pago de alto valor corresponden a los actualmente existentes administrados por el Banco de la República⁷³. No obstante, subsiste la posibilidad teórica que hace parte de la regulación del Banco de la República, de sistemas de pagos de alto valor administrados por particulares como de hecho lo prevé la misma resolución externa 5 de 2009 del banco acabada de citar⁷⁴.

En el anterior contexto, cabe mantener que se ha acudido a un criterio orgánico, pero en el sentido de arbitrar o reconocer la competencia para dilucidar la materia de esta diferenciación al Banco de la República. Esta particular deferencia puede encontrar un sustento normativo en la atribución propia del banco central⁷⁵, paralela a la del gobierno respecto de los *sistemas de pago de bajo valor*, para la regulación de los *sistemas de pago de alto valor*.

⁷² Art. 2.17.1.1.1., num. 22.

⁷³ Resolución externa 5, art. 30. “*El Banco de la República como administrador de Sistemas de Pago de Alto Valor*. El Banco de la República continuará administrando el Sistema de Pagos de Alto Valor para lo cual no requerirá del certificado de operación de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las modificaciones que fuera necesario introducir a su reglamento de funcionamiento para dar cumplimiento a lo previsto en la presente resolución se deberán surtir dentro del mes siguiente a su vigencia”.

⁷⁴ Resolución externa 5, art. 40. *Entidades administradoras de sistemas de pago de alto valor*. Podrán administrar sistemas de pago de alto valor las sociedades anónimas que se constituyan a partir de la vigencia de esta resolución, con el objeto exclusivo de administrar sistemas de pago de alto valor, sobre la base del valor acumulado diario de las órdenes de transferencia esperadas por dicho sistema para el primer semestre de funcionamiento. // Las entidades que se constituyan para administrar sistemas de pago de alto valor deberán cumplir con los mismos requisitos y condiciones establecidos en el artículo 3° del decreto 1400 de 2005 para las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor, y obtener el respectivo certificado de autorización por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo con lo previsto en el artículo 6° de esta resolución”.

⁷⁵ No sobra recordar que el Banco de la República es una entidad constitucionalmente autónoma e independiente que no es y se diferencia del gobierno. Arts. 371-373 en concordancia con los arts. 113 y 115 de la Constitución.

En efecto, la ley 795 de 1993 adicionó el literal j) al artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sobre instrumentos y facultades de intervención del gobierno nacional, extendiéndole la facultad de regular los sistemas de pago en los siguientes términos:

“j) *Regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República.* Esta facultad se ejercerá previo concepto de la Junta Directiva del Banco de la República, a fin de que este organismo pueda pronunciarse sobre la incidencia de la regulación en las políticas a su cargo. De igual forma, corresponde al gobierno nacional establecer las condiciones para que las entidades objeto de intervención desarrollen actividades de comercio electrónico y utilicen los mensajes de datos de que trata la ley 527 de 1999”.

Por su parte, la ley 964 de 2005 reiteró las facultades del Banco de la República para seguir regulando los sistemas de negociación y registro de divisas o de sus derivados y sus operadores, los sistemas de compensación y liquidación de divisas o de sus derivados y a sus operadores, así como los *sistemas de pago de alto valor*, esto último, en concordancia con lo dispuesto en el EOSF⁷⁶.

No sobra agregar que de acuerdo con el artículo 16 de la ley 31 de 1992, corresponde de modo general a la Junta Directiva del Banco Central estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y, en general, la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda.

La resolución externa ya citada del Banco de la República, próxima en el tiempo al decreto 1400 de 2005, adoptó la misma fórmula ya expuesta contenida en dicho decreto para definir los *sistemas de pago de alto valor*:

“q) *Sistema de Pagos de Alto Valor o Sistema.* Sistema de pagos que, además de cumplir con las características y requisitos señalados en el literal anterior, procese órdenes de Transferencia por un valor promedio diario superior al indicado en el artículo 10, literal o) del decreto 1400 de 2005, o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Ahora bien, los términos en los que se realiza la incorporación o el reenvío normativo plantean un interesante problema hermenéutico acerca de la pervivencia del criterio cuantitativo y la fórmula que lo expresa,

⁷⁶ Art. 66, parg. 2º y 3º.

ahora como parte de la regulación propia del Banco de la República referida a los sistemas de pago de alto valor⁷⁷.

El Banco de la República opera varios sistemas tales como el Sistema de Compensación Electrónica de Cheques y otros Instrumentos de Pago -CEDEC⁷⁸; el sistema de transferencias electrónicas de fondos CENIT (Compensación Electrónica Nacional Interbancaria)⁷⁹; el DCV o Depósito

⁷⁷ La mención de la resolución del Banco a la disposición del decreto extendida además a “las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”, en una lectura que puede traducirse en entender suprimida la fórmula en la medida en que la nueva regulación prescindió *prima facie* de dicho criterio, al no reproducirlo. Una segunda lectura posible, podría hacer énfasis en que el decreto 1400 que regulaba los *sistemas de pago de bajo valor* adoptó tal criterio únicamente desde dicha perspectiva (*sistemas de pago de bajo valor*), definiendo como sistemas de pago de bajo valor los que se ubicaran en el tope o por debajo del resultado de la fórmula propuesta y lo que, a su turno, en desarrollo del principio de coordinación hizo el Banco fue armonizar su regulación con la del gobierno, asumiendo como criterio propio para definir los *sistemas de pago de alto valor*, esto es, desde una perspectiva diferente (*sistemas de pago de alto valor*), aquellos con una transaccionalidad por un “un valor promedio diario superior al indicado en el artículo...”. En estas condiciones se podría defender su vigencia en razón a que: (i) se trata de disposiciones que aunque parecidas, poseen un objeto material distinto, pues una cosa es un sistema de pagos de alto valor y otra distinta uno de bajo valor; (ii) en este contexto, el reenvío se limitó e hizo referencia expresa al valor resultante de aplicar la fórmula en su configuración vigente; (iii) no siendo el criterio sino la configuración lo que se sujetó a la dinámica normativa, la supresión del criterio para la definición de los sistemas de pago de bajo valor no implica automáticamente su supresión para la definición de los sistemas de pago de alto valor lo que pertenece a la órbita de autonomía del Banco de la República; (iv) el decreto 1692 de 2020 no modificó, adicionó o sustituyó la configuración de la fórmula, sino que la suprimió, y (v) el valor que debe fijarse conforme a la configuración vigente de la fórmula, para efectos de la Resolución, en razón de la sustracción de materia en la regulación de los sistemas de pago de bajo valor, correspondería a la última que regía para aquellos, al momento de la expedición del decreto 1692 de 2020.

⁷⁸ “Es el sistema administrado por el Banco de la República para procesar la información electrónica recibida de cada una de las entidades autorizadas para presentar al cobro a los demás participantes las sumas de dinero asociadas al cobro de los cheques recibidos en consignación, para compensar los respectivos cobros, para liquidar los valores netos contra las cuentas de depósito en el Banco de la República y para generar para cada entidad autorizada la información electrónica correspondiente a los cobros recibidos de las demás entidades”. Banco de la República, circular externa y operativa de servicios DSP-153.

⁷⁹ “El Sistema de Compensación Electrónica Nacional Interbancaria - CENIT es una cámara de compensación automatizada (ACH), en la cual las entidades autorizadas

Central de Valores del Banco de la República⁸⁰ y su sistema electrónico de negociación de valores SEN. No obstante, dicha entidad asume al Sistema de Cuentas de Depósito CUD que posee un carácter transversal, como el Sistema de Pagos de Alto Valor del Banco de la República, el cual, según lo explica dicha entidad, “provee a las entidades participantes autorizadas el servicio de transferencias y registro de operaciones de fondos entre Cuentas de Depósito a nombre propio o a nombre de sus clientes, con el fin de liquidar obligaciones derivadas de transacciones tales como la compra venta de títulos valores, y de divisas, los préstamos interbancarios, el traslado de impuestos y compensación de cheques, entre otros”⁸¹.

C) Intereses regulatorios vinculados a la regulación de los sistemas de pago de bajo valor

Se tiende a pensar que el eje de los sistemas de pagos se finca en su componente netamente financiero. Un sistema de pagos electrónico supone flujos de información y de recursos, esto es, el procesamiento de información vinculada a una transacción financiera y la movilización efectiva de dinero o de recursos, lo que también se hace en gran parte a través de la información.

originadoras ordenan transferencias electrónicas de fondos, atendiendo las instrucciones expedidas por uno o varios originadores, con destino final a la cuenta de uno o varios receptores en entidades autorizadas receptoras. Tanto el originador como el receptor pueden ser personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. // El Banco de la República como Operador del CENIT compensará y liquidará el efecto monetario de las instrucciones de pago en las cuentas de depósito de las entidades autorizadas participantes en la operación del CENIT, siempre y cuando la entidad autorizada que transfiere los recursos tenga la disponibilidad de los mismos en su cuenta de depósito. Luego de lo anterior, el CENIT distribuye a las respectivas entidades autorizadas receptoras las instrucciones respectivas. // A su vez, las entidades autorizadas que intervienen en la operación correspondiente acreditan o debitan la cuenta del originador o receptor de la operación, de acuerdo con las características de las entradas cursadas o recibidas y de las instrucciones respectivas”. Banco de la República, circular externa operativa y de servicios- DSP 152.

⁸⁰ El DCV corresponde a un “[...] sistema diseñado para el depósito, custodia y administración de valores mediante anotaciones en cuenta efectuadas como registros electrónicos, así como para la compensación y liquidación de operaciones sobre valores, de acuerdo con lo previsto en las normas legales y reglamentarias vigentes”. Circular externa operativa y de servicios DfV-56.

⁸¹ <https://www.banrep.gov.co/es/cud>

Un sistema de pagos ideal se debe caracterizar por un alto grado de certeza o confidencialidad⁸²; de eficiencia o agilidad, y de justicia o equidad. Se espera de él que permita la circulación de grandes cantidades de dinero, a un costo bajo o razonable, en altas condiciones de seguridad, con el respeto de los derechos de las partes concernidas en una operación⁸³.

El primer marco regulatorio de los sistemas de pago de bajo valor (decr. 1400 de 2005), expresó como motivaciones para el efecto garantizar que sus operaciones, “se efectúen en condiciones adecuadas de *seguridad y transparencia*, que se prevengan los riesgos que puedan afectar la estabilidad del sistema financiero, es necesaria la organización y el funcionamiento de los sistemas de pago de bajo valor, sujeto a principios y reglas que garanticen su *eficiencia, seguridad, integridad, confiabilidad, desarrollo tecnológico, interconexión, transparencia, libre competencia y respeto y equidad con los consumidores*” (se destaca).

Ahora bien, el núcleo de esta primera regulación fue el funcionamiento ordenado y eficiente de tales sistemas y en el control de los riesgos relevantes de su actividad, tales como el riesgo crediticio, de liquidez, sistémico, operativo y de control al lavado de activos y financiación del terrorismo.

A estos intereses inherentes, se han ido agregando otros objetivos no menos importantes, y tomando mayor protagonismo objetivos que fueron planteados, pero que no tuvieron un desarrollo concreto o tangible en el mencionado decreto. En este sentido, se destacan los derivados de políticas públicas que buscan insertar al país en la sociedad de la información, fomentar la innovación tecnológica o acelerar la transformación digital; o que propenden la profundización, inclusión o democratización de los servicios financieros; o llaman la atención sobre la necesidad de un manejo adecuado de la actividad y de la información en función de los derechos de sus titulares e igualmente desde la perspectiva del derecho a la libre y leal competencia en el mercado, entre otros.

Si bien, se itera, en alguna medida parte de dichos intereses normativos ya se encontraban plasmados explícita o implícitamente en el decreto 1400 de 2005 y en la regulación posterior, es justo reconocer que han cobrado mayor visibilidad y protagonismo a partir de los estudios internos de la

⁸² Esto se predica de aspectos muy distintos como el manejo de la información confidencial, la prevención del fraude, la claridad y estabilidad del sistema regulatorio, etc.

⁸³ *Id.* RAJ BHALA, Towards a Payment System Law for Developing and Transition Economies. World Bank Discussion Papers 299. Washington, 1995.

URF⁸⁴ que antecedieron el decreto 1692 de 2020, los considerandos y el propio texto modificatorio de su régimen.

La amplitud y los tópicos aludidos en los considerandos son un buen indicio del nuevo planteamiento de los sistemas de pago desde una más rica y tupida red de intereses regulatorios y de intervención:

“Que el sistema de pago de bajo valor, el cual reúne las transacciones y pagos entre personas naturales o jurídicas, comercios, entidades estatales, patrimonios autónomos y otros agentes de la economía, es esencial para el *adecuado funcionamiento del sector financiero* y para *aumentar la eficiencia y formalidad de la economía*, contribuye además a la *transformación digital del Estado y de la sociedad*. // Que contar con un sistema de pagos moderno, facilita la *inclusión financiera* de la población al crear un ecosistema digital que conlleve a la *reducción del efectivo*, al tiempo que promueva el uso de los productos financieros y la *generación de información transaccional* que luego puede servir como *historial crediticio para ampliar el acceso* de la población a otros servicios financieros más sofisticados. // Que la actualización del sistema de pago de bajo valor requiere *ajustar su estructura a las nuevas realidades del mercado*, actualizar los *estándares de operación*, facilitar el *acceso de nuevos actores* en la cadena de pagos y fortalecer el *adecuado suministro de información* a los usuarios y participantes del sistema. // Que en los últimos años varios países han implementado iniciativas regulatorias que apuntan al desarrollo de la industria de pagos electrónicos, mediante el *reconocimiento de nuevos jugadores especializados* en las diferentes actividades de la cadena de pagos y la adopción de *principios normativos para que las nuevas tecnologías e innovaciones sean interoperables*. // Que con los anteriores objetivos, se propone adelantar la *separación y definición de las distintas actividades que se realizan al interior de los sistemas de pago de bajo valor* y los deberes de los actores del sistema sujetos a esta reglamentación, incluyendo un *fortalecimiento a los estándares de gobierno corporativo* así como un *mayor nivel de transparencia* en los *requisitos de acceso* al sistema y las *comisiones y tarifas* cobradas a los usuarios y participantes” (se destaca).

Otros de los considerandos en los que se recogen las observaciones y respuestas a la revisión del proyecto de decreto por parte de la Super-

⁸⁴ Vid. ESTELA MARTÍNEZ, DIANA MESA, JOSÉ DAVID TORRES, ANA MARÍA PRIETO, *Canales y productos financieros digitales e inclusivos*. Documento Técnico. Subdirección de Desarrollo de Mercados. Unidad de Regulación Financiera, URF, Bogotá D. C., Colombia, mayo de 2019.

intendencia de Industria y Comercio, reflejan la importancia que tiene el derecho de la competencia en su configuración.

El actual artículo 2.17.1.1.2. del decreto 2555 de 2010 (modificado por el decr. 1692 de 2020) sobre los principios de los sistemas de pago de bajo valor, por su parte, compendia algunos de estos objetivos planteados, al ordenar que en el funcionamiento, regulación y supervisión de los sistemas de pago de bajo valor se debe: (i) “Promover el acceso, la transparencia y la eficiencia en la prestación de servicios de pagos”; (ii) “Promover la innovación en la prestación de servicios de pagos”; (iii) “Velar por la protección y los intereses de los usuarios”; (iv) “Preservar la integridad y la estabilidad de los sistemas de pago de bajo valor”, y (vi) “Promover la adopción de estándares globales que permitan la interoperabilidad dentro de los sistemas de pago”.

Otros apartes del decreto, a los que se aludirá más adelante, también se ocupan tanto de reiterar como de desarrollar los intereses regulatorios plasmados en los considerandos.

D) *Actores de los sistemas de pago*

Como ya se había adelantado de alguna forma, alrededor de los sistemas de pagos confluye gran diversidad de actores que desempeñan diversas funciones, por lo que para su cabal comprensión conviene caracterizar a sus principales integrantes:

a) *Entidades administradoras de sistemas de pagos de bajo valor.* Son definidas de manera incompleta por el decreto como aquellas que desarrollan “la actividad de compensación y liquidación en uno o más sistemas de pago” y que “son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”⁸⁵.

En efecto, si bien la actividad de compensación y liquidación a la que alude el decreto gubernamental recoge en buena parte su esencia y definición del legislador financiero, se soslaya un segundo componente esencial de su actividad previsto por aquel, como lo es el de “administrar” los sistemas de pago, en los que se desarrolla la actividad de compensación y liquidación. Estas, como su nombre lo indica, son *entidades administradoras* de tales sistemas, esto es, parte de su labor consiste en configurar el sistema de pago, gestionarlo y velar porque se adecue a las exigencias del legislador.

⁸⁵ Art. 2.17.1.1.1, num. 7.

Confirma lo anterior la función que les confiere el mismo decreto de adoptar el reglamento de funcionamiento del sistema que no se contrae al proceso específico y a las fases de compensación y liquidación a su cargo, sino que comprende el funcionamiento del sistema en su integridad. Es a la entidad administradora a la que se le delega, por ejemplo: (i) la función de fijar las características del sistema de pago de bajo valor; (ii) determinar los instrumentos que se canalizarán en el mismo; (iii) fijar las responsabilidades y obligaciones propias y de los participantes; (iv) adoptar las reglas para el manejo de los riesgos inherentes a la actividad del sistema de pagos como tal; (v) contar con criterios y procedimientos transparentes, garantistas y objetivos para la admisión y expulsión de participantes, entre otras atribuciones⁸⁶.

De igual forma, los objetivos de la vigilancia a cargo de la Superintendencia Financiera respecto de las entidades administradoras de bajo valor⁸⁷ y muchos de los deberes consagrados a cargo de estas entidades⁸⁸ no se podrían comprender al margen de la centralidad de su papel como administradoras propiamente dichas del sistema. La definición misma de los sistemas de pago como “*un conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes del sistema, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y la liquidación de órdenes de pago o transferencias de fondos*”, lo que no es resultado ni puede ser resultado del azar, pone de presente la importancia de esta función organizadora.

El propio legislador financiero, como ya se sugirió, al momento de anticipar su control, inspección y vigilancia, no se limitó a aludir a su papel como cámaras de compensación, sino que aludió a su función de gestión del sistema:

“Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el gobierno nacional mediante normas de carácter general, las entidades que *administren* los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que *administren sistemas de pagos y compensación*, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente”⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. art. 2.17.2.1.12.

⁸⁷ Cfr. art. 2.17.1.1.3.

⁸⁸ Cfr. art. 2.17.2.1.5.

⁸⁹ Art. 325, num. 2, parag. 1 del EOS, adicionado por el art. 72 de la ley 795 de 2003.

Estas funciones de administración si bien abarcan la gestión privada de intereses propios, la trasciende no solo por referirse al sistema, sus participantes, actores y demás componentes que constituyen una realidad distinta a la persona jurídica, sino por comportar una especial modalidad de autorregulación, objeto de orientación y control del Estado que, en lugar de extender un ámbito amplio de libertad configurativa, le impone deberes y directrices a la entidad administradora que inciden en dicho cometido⁹⁰. Estos mandatos orientativos de la autorregulación, que también hacen parte

⁹⁰ Art. 2.17.2.1.5. *Deberes de las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor*. Las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor tendrán los siguientes deberes: // 1. Determinar criterios y tarifas objetivas para el acceso a potenciales participantes que aseguren el cumplimiento de los siguientes principios: // 1.1 Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual. // 1.2 Transparencia. // 1.3 Promoción de la libre y leal competencia. // 1.4 Evitar el abuso de la posición dominante. // 1.5 Garantizar que no se aplicarán prácticas que generen impactos negativos al acceso a los sistemas de pago por parte de algún o algunos de los participantes. // 2. Informar a los participantes y al público en general las características y tarifas del sistema en los términos del artículo 2.17.2.1.13. del presente decreto. // 3. Establecer las políticas y procedimientos administrativos y de organización para la prevención, administración y revelación de conflictos de interés. // 4. No restringir a sus participantes su vinculación como participantes en otras entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor. // 5. Contar con sistemas adecuados de administración de los riesgos inherentes a su actividad, incluidos planes de contingencia y de seguridad informática para garantizar la continuidad de su operación y la administración y mitigación de los riesgos de crédito, legal, de liquidez, operativo y sistémico. // 6. Contar con reglas y elevados estándares operativos, técnicos y de seguridad que permitan el desarrollo de sus operaciones, y las de sus participantes, en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia. // 7. Exigir a sus participantes contar con reglas y elevados estándares operativos, técnicos y de seguridad que permitan el desarrollo de sus operaciones y su participación dentro del sistema de pago de bajo valor en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia, y el mantenimiento de sistemas adecuados de administración de los riesgos inherentes a su actividad y aquellos asociados con su participación dentro del sistema de pago de bajo valor, entre otros, el riesgo de contraparte, operativo, de crédito y liquidez. // 8. Exigir a sus participantes contar con una política de tratamiento y protección de datos personales, políticas y procedimientos relacionados con la prevención y el control del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo y deberes de información a los beneficiarios respecto a sus tarifas, comisiones y procedimientos de pago. // 9. Poner a disposición de las autoridades competentes la información que conozca, relacionada con posibles actuaciones o situaciones que puedan llegar a configurar conductas fraudulentas, ilegales o anticompetitivas. // 10. Suministrar la información requerida por las autoridades competentes en relación con su actividad. // 11. Expedir su propio reglamento. 12. Los demás que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia”.

de la disposición que regula el reglamento de funcionamiento, son objeto de precisiones, instrucciones y orientaciones mediante la microrregulación o regulación prudencial del supervisor contenida actualmente en la circular básica jurídica⁹¹ y en la circular básica contable y financiera de la Superintendencia Financiera⁹². Se puede colegir como las fronteras entre la regulación estatal y la autorregulación han venido relativizándose en el derecho contemporáneo. La dinámica de la actividad económica que, rebasa la capacidad de reacción del regulador, ha llevado modernamente a que se incorpore como parte de las herramientas de intervención las posibilidades de alinear la función autorregulatoria con los objetivos de la intervención, lo que se denota por algunos como la estrategia o técnica de la autorregulación regulada o regulación de la autorregulación (“*Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept*”)⁹³.

Por otra parte, estas entidades vigiladas dejaron de ser catalogadas como una modalidad de sociedades de servicios técnicos y administrativos. Su régimen legal propio, basado parcialmente en el de las compañías de financiamiento en lo que atañe a las normas del EOSF aplicables a dichas entidades, guarda semejanza en el marco general con el que había sido previsto en el decreto 1400 de 2005⁹⁴. Sin embargo, en lo que respecta al modelo de operación y actividades autorizadas se han introducido cambios muy importantes.

Previamente a la nueva regulación y desde sus propios orígenes, muy anteriores a la regulación estatal, las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor además de estructurar y administrar tales sistemas y de obrar como cámaras de compensación en los mismos, reclutaban y mantenían una relación directa con los comercios y, así mismo, asumían como parte integrante de su actividad el procesamiento de las operaciones que cursaran por el respectivo sistema de pagos a la par de la dinámica tecnológica y del mercado, a lo que se sumaban segmentos de los procesos a cargo de las entidades financieras que aquellas encomendaban a los sistemas.

⁹¹ Superintendencia Financiera de Colombia, circular externa 29 de 2014.

⁹² Superintendencia Financiera de Colombia, circular externa 100 de 1995.

⁹³ M^a MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada* [*Self-Regulation and Public Law: The Regulation of Self-Regulation*], Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 83.

⁹⁴ El art. 2.17.2.1.1. del decr. 2555 de 2010 que regula actualmente en su inc. 1º el punto es virtualmente idéntico salvo un detalle de nomenclatura al art. 3º del decr. 1400 de 2005.

Estas actividades de procesamiento e innovación se extendían naturalmente a los servicios y productos tecnológicos que se ofrecían dentro del sistema. Dichas actividades nunca se adelantaron al margen de proveedores de servicios tecnológicos y aliados de servicio, a los que se les abrieron espacios cada vez más amplios con el tiempo. No obstante, la irrupción creciente de nuevos actores, productos y soluciones tecnológicas, a la base de fenómenos como el auge de las *Fintech* denotadas por el regulador como sociedades de innovación y tecnología financiera⁹⁵, así como del interés manifiesto en acelerar la transformación digital e incentivar el uso de nuevas tecnologías aplicadas a la actividad financiera⁹⁶, junto con la consideración de promover la libre competencia en el mercado, llevaron al regulador a escindir las actividades de procesamiento del objeto primario de las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor.

A partir de la redefinición del ámbito de la adquirencia⁹⁷, algunas de las actividades que realizaban las entidades administradoras con los comercios y el denominado procesamiento adquirente se han radicado en cabeza de las entidades vigiladas y no vigiladas participantes del sistema de pagos⁹⁸, las que a su vez pueden delegar o soportarse parcialmente en proveedores de servicio de pago⁹⁹. Algo similar ocurrió con el otro componente del negocio constituido por la función activa de emisión u originación de órdenes de transferencia o pago, en la que los participantes pueden delegar o soportar parcialmente su actividad en proveedores de servicios de pago.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación autoriza a las entidades administradoras a brindar estos mismos servicios¹⁰⁰ y otros complementarios¹⁰¹, pero sujetándolos a un régimen estricto en términos del derecho

⁹⁵ Decr. 2443 de 2018 refundido en el decr. 2555 de 2010 a partir del art. 2.26.1.4.1.

⁹⁶ La innovación financiera ha sido definida como un instrumento de política pública. Por medio del decr. 1234 de 2020, refundido en el decr. 2555 de 2010 a partir del art. 2.35.7.11., el gobierno reguló los espacios de la innovación financiera también conocidos como Sandbox regulatorios.

⁹⁷ Decr. 2555 de 2010, art. 2.17.1.1., num. 1.

⁹⁸ Decr. 2555 de 2010, art. 2.17.1.1., num. 2. y art. 2.17.3.1.1.

⁹⁹ Decr. 2555 de 2010, art. 2.17.1.1.1., num. 1.

¹⁰⁰ Decr. 2555 de 2010, art. 2.17.2.1.14.

¹⁰¹ Decr. 2555 de 2010, art. 2.17.2.1.1., par. 1.

a la competencia en relación con su forma de gestión, manejo de la información y control a los conflictos de intereses¹⁰².

b) *Las franquicias*. El nuevo marco legal denota como franquiciador al titular de “una marca susceptible de utilizarse en un instrumento de pago, que otorga contratos de licencias de uso de dicha marca a participantes del sistema de pago”. No todo sistema de pago actúa como franquiciador, ni admite o maneja instrumentos asociados a marcas de franquiciadores, ni funciona bajo esquemas de licencia de marca, por lo que esta categoría de actor se limita a aquellos sistemas que operen bajo el modelo de franquicia o admitan instrumentos franquiciados. Esta particularidad resulta común en aquellos sistemas que operan tarjetas de pago, especialmente de aquellas referidas en el estatuto cambiario como “sistemas de tarjetas de crédito y de débito internacionales”¹⁰³, con lo que se alude a sistemas de marca tales como Visa, MasterCard, Diners, o Amex, entre otros, que en gran medida sirvieron de arquetipo para la configuración actual de los sistemas electrónicos de pago.

Aunque dentro de las derogatorias del decreto 1692 de 2020 se incluyó el aparte del decreto 2555 de 2010 que se ocupaba de la publicación de información relacionada con sistemas abiertos de tarjeta de crédito¹⁰⁴, el capítulo regulaba una obligación legal de publicidad y, por tanto, al margen de la eliminación integral del capítulo incluyendo las definiciones técnicas que servían de soporte al decreto, no se puede entender comprometida, pese a la derogación, la distinción conceptual entre sistemas abiertos de tarjetas y sistemas cerrados de tarjeta que corresponde a la realidad del negocio y sigue siendo pertinente. Con este sentido, por su validez conceptual y sin pretender sostener la vigencia de la norma, se rescata la definición que traía el capítulo citado de sistemas abiertos de tarjeta como “el sistema de pagos de bajo valor en el cual actúan como participantes, tanto establecimientos de crédito emisores como establecimientos de crédito adquirentes, así como entidades administradoras de tales sistemas”, con la acotación que la noción debe entenderse primariamente referida al modelo de negocio de los sistema de marca que no necesariamente operan en el país como sistemas de pagos de bajo valor.

¹⁰² Decr. 2555 de 2010, arts. 2.17.2.1.14.; 2.17.2.1.15, y 2.17.2.1.15, entre otros.

¹⁰³ Banco de la República, resolución externa 8 de 2000, art. 59, num. 1, lit. i.

¹⁰⁴ Título 4 del Libro 1 de la Parte 2 del decr. 2555 de 2010, derogado por el art. 4º del decr. 1692 de 2020.

A los sistemas abiertos de tarjeta, modelo con el que operan por ejemplo Visa o MasterCard, se oponen los sistemas cerrados de tarjeta caracterizados por tener un solo emisor y adquirente local, modelo que por ejemplo han usado Amex o Diners que no se opone a que el adquirente en un país para extender su red de comercios asociados se apoye en terceros usualmente conocidos como bancos pagadores. La adquirencia supone la asunción de una posición propia por parte del banco, en la medida en que el mismo asume frente al comercio el riesgo crediticio derivado de la operación, debiendo realizar el abono en cuenta en favor del comercio con independencia del hipotético impago de la compensación del sistema por parte del emisor. Lo anterior se fundamenta en la obligación del licenciatario frente a la franquicia de honrar la marca. En los sistemas cerrados, el banco pagador del comercio a diferencia del banco adquirente se limita a actuar como procurador para el cobro, de manera semejante a la situación de los bancos frente a los cheques que el cliente consigne en su cuenta¹⁰⁵.

La lógica del decreto y el objeto de su regulación se refiere a los sistemas abiertos de tarjetas, pero es crucial retener que no todo sistema de marca se proyecta en el mercado como un sistema abierto de tarjeta. También resulta oportuno comentar que la influencia arquetípica de los sistemas abiertos de tarjeta y, parte de los retos que se querían abocar, han llevado al regulador a concentrar la regulación en una temática muy propia de los sistemas abiertos de tarjeta, y por esta vía a saturar el conjunto del decreto de una terminología a la que le ha faltado neutralidad. En parte, se ha perdido de foco que la regulación de los sistemas de pago de bajo valor rige y está llamada a proyectarse sobre todo el conjunto de los sistemas de pago de bajo valor, no exclusivamente los sistemas de tarjeta, como aquellos que operan como un ACH en los que la constante referencia a los extremos de las operaciones en términos de emisor o adquirente, no corresponde a la lógica de la operación ni a la jerga usada por dichas modalidades de sistemas, en los que se privilegian en su lugar expresiones distintas como la de originador o aceptante, no intercambiables ni asimilables directamente a las expresiones emisor o adquirente, en tanto en cada una de dichas condiciones un participante puede originar o aceptar operaciones crédito o débito. Estos otros sistemas, por lo demás, no emiten en sentido propio instrumentos de pago, ni concentran el grueso de su actividad en la relación entre comercios y consumidores, ni

¹⁰⁵ C. de Co., art. 1383.

estructuran sus operaciones sobre los mismos esquemas de distribución del riesgo o de la tarificación.

La mención y regulación del cometido de los sistemas de marca tienen como antecedente, según parece, la importancia que cobró en años recientes en el mundo y en el país la problemática alrededor de la denominada *tarifa de intercambio*¹⁰⁶, entre otros aspectos del negocio de tarjetas que involucró la intervención de las autoridades de la competencia y que llevó en distintas jurisdicciones a dichas autoridades o tales sistemas, según el caso, a adoptar diferentes soluciones, como es el caso, por ejemplo, de los cambios en los esquemas de reestructuración, propiedad, operación y gobierno que determinaron y acompañaron los IPO de Visa y MasterCard, respectivamente¹⁰⁷, en la primera década de este siglo o la adopción en Colombia por algún término de un mecanismo de formación de precios que fue bautizado como REMI¹⁰⁸.

Por otra parte, mientras en el pasado quienes ostentaban en el país la relación directa de licencia de marca con los sistemas de marca internacionales eran, con algunas excepciones, los sistemas de pago locales que bajo este esquema han actuado y siguen actuando en representación de sus entidades participantes. Tales sistemas de marca tomaron interés en mantener un relacionamiento directo con los participantes e igualmente, en entrar al mercado local mediante la constitución de sistemas de pago de bajo valor propios.

Los anteriores antecedentes explican las diferentes medidas de la norma en comento. Es así como el regulador ha dispuesto que: (i) “Los franquiciadores no podrán bloquear arbitrariamente la compensación y liquidación de órdenes de pago o transferencia de fondos en las entidades administradoras del sistema de pago de bajo valor que hayan sido autorizadas por el franquiciador para compensar y liquidar las órdenes de pago o transferencia de fondos iniciadas por instrumentos de pago que

¹⁰⁶ Definida por el decr. 1692 de 2020 como la “Comisión causada entre la entidad emisora y la entidad receptora o el adquirente por las órdenes de pago o transferencias de fondos liquidada en el sistema de pago de bajo valor”.

¹⁰⁷ J. ROCHET (2009), “Interchange fees in payment card systems: Price remedies in a two-sided market”, in B. Lyons (Ed.), *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*, pp. 179-191). V. FLEISCHER (2007), “The Mastercard Ipo: Protecting the Priceless Brand”, *Harvard Negotiation Law Review* 12(1), 137-156.

¹⁰⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 40478 de 2012.

usen su marca”¹⁰⁹. (ii) “Los franquiciadores tampoco podrán exigir a sus franquiciados la suscripción de cláusulas de exclusividad respecto a las actividades de emisión o adquirencia”¹¹⁰. (iii) En relación con la fijación de las tarifas de intercambio a su cargo, “no podrán fijar tarifas de intercambio distintas en función de la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor donde se procese la transacción”¹¹¹. (iv) En relación con estas mismas tarifas a cargo de los franquiciadores y los deberes de publicidad a cargo de los sistemas de pago en materia de tarifas, aquellos “deberán entregar a la entidad administradora de sistemas de pago esta información”.

c) *Los participantes*. El decreto 1400 de 2005 extendía la condición de participantes a las entidades habilitadas por el administrador del sistema de pagos para tramitar órdenes de transferencia o recaudo que pudieran intervenir “directamente en la compensación y liquidación de dichas órdenes”. Lo anterior, en atención a que los movimientos de las sumas a cargo resultantes de la compensación se hacen regularmente a través de cuentas de depósito en el Banco de la República, lo que implicaba, en la práctica, restringir la condición de participantes a entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera que contasen con la autorización del Banco de la República para tener una cuenta de depósito en esa entidad. El nuevo estatuto que, como ya se ha señalado, busca abrir los sistemas a nuevos actores e impulsar la competencia en este mercado, ha optado por eliminar dicha condición implícita y permitir de manera expresa la posibilidad de adquirir la calidad de participantes a entidades no vigiladas. Así, el nuevo marco regulatorio inicia por definir y aplicar la condición de participante a “[q]uién haya sido autorizado por la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor para tramitar órdenes de pago o transferencia de fondos en su sistema”, aclarando que “[l]os participantes podrán ser entidades vigiladas y no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”¹¹².

Se distingue así entre dos categorías de participantes, la de los participantes vigilados y la de participantes no vigilados. Igualmente, se atisba la necesidad de articular mecanismos para integrar el movimiento a favor y en contra de los participantes no vigilados respecto de los demás

¹⁰⁹ Art. 2.17.1.1.5.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Art. 2.17.2.1.9.

¹¹² Art. 2.17.1.1.1., num. 16.

participantes, dentro de los procesos de compensación¹¹³ y liquidación¹¹⁴ del sistema de pagos.

Por otra parte, en los sistemas de pagos en los que existe emisión de instrumentos de pago, por regla general, los participantes asumen de manera dinámica o alternativa según la dirección en que actúen en la respectiva operación, la condición de emisores o adquirentes, si bien, en función de su modelo de negocio tienden a privilegiar uno de los lados de negocio, así es posible identificar entidades con una base de tarjeta-habientes extensa y con pocos comercios enrolados y viceversa.

La entidad emisora es aquella “que ofrece medios de pago y emite instrumentos de pago a favor de los ordenantes”¹¹⁵. La entidad adquirente es la entidad que mantiene la relación con el comercio o entidad beneficiaria del pago y, como se ha dicho, bajo la acepción técnica de la adquirencia, no solo tramita el cobro para el correspondiente abono en cuenta, sino que asume para el comercio o su cliente el riesgo crediticio de la operación.

Referida la función emisora y adquirente a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, en la medida que se encuentran sujetas a los estatutos especiales, el propio ordenamiento determina con claridad su órbita de actuación.

En la medida en que el interés del gobierno se centró en desagregar funciones que venían desarrollando las entidades administradoras para facilitar así su desarrollo por otros agentes económicos en condiciones de mayor competencia, se endosaron a la titularidad del adquirente algunas de tales funciones redefiniéndolas como parte de la noción de adquiren-

¹¹³ “6. *Compensación*. Proceso que realiza la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor para determinar, al cierre de un periodo establecido, el saldo que corresponda a cada uno de sus participantes como resultado de las órdenes de pago o transferencia de fondos procesadas en el sistema de pago de bajo valor y extinguir entre ellos sus obligaciones, tal como lo establecen las normas vigentes.

”La compensación puede ser bilateral, es decir, entre dos personas que sean recíprocamente deudoras y acreedoras, o multilateral, esto es, entre más de dos personas que ostenten las calidades mencionadas” (art. 2.17.1.1.1., num. 6).

¹¹⁴ “12. *Liquidación*. Proceso que realiza la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor con el cual finaliza una operación o conjunto de operaciones, mediante cargos y abonos en cuentas de depósito en el Banco de la República, en cuentas corrientes o de ahorros en un establecimiento de crédito, de las cuales sean titulares los participantes en un sistema de pago (art. 2.17.1.1.1., num. 12).

¹¹⁵ Art. 2.17.1.1.1., num. 8.

cia, para, a renglón seguido, autorizarles su delegación a terceros¹¹⁶ e, incluso como se observa en este punto, se autorizó su desarrollo directo por algunos terceros ya no como proveedores de servicios de pago sino como participantes.

Ahora bien, aunque la norma abrió sin distinción alguna la posibilidad de que se autorice el ingreso a agentes económicos como participantes no vigilados, las disposiciones que dentro de la misma han dado cuerpo a dicha inclusión nada han dicho acerca de la participación de tales terceros en la función de emisor y, en su lugar se han consagrado diversas reglas para una categoría específica de participantes a los que se ha denotado como “adquirentes no vigilados”¹¹⁷, vinculando claramente su actividad

¹¹⁶ “Art. 2.17.1.1.1. “*Definiciones.* Para efectos del presente Libro se adoptan las siguientes definiciones: // 1. Adquirencia: actividad consistente en la ejecución y el cumplimiento de las responsabilidades que se listan a continuación: // 1.1. Vincular a los comercios al sistema de pago de bajo valor. // 1.2. Suministrar al comercio tecnologías de acceso que permitan el uso de instrumentos de pago. // 1.3. Procesar y tramitar órdenes de pago o transferencia de fondos iniciadas a través de las tecnologías de acceso. // 1.4. Abonar al comercio o al agregador, en los términos con ellos convenidos, los recursos de las ventas realizadas a través de las tecnologías de acceso a él suministradas, así como gestionar los ajustes a los que haya lugar derivados de un proceso de controversias, devoluciones, reclamaciones o contracargos y notificar al usuario la confirmación o rechazo de la orden de pago o transferencia. // Las actividades de los numerales 1.1, 1.2 y 1.3 podrán ser desarrolladas por terceros contratistas del adquirente denominados proveedores de servicios de pago. En todo caso, la relación contractual del comercio será directa y únicamente con el adquirente, quien será responsable ante el sistema de pago, los participantes y sus usuarios, por el cumplimiento de las funciones aquí listadas. // La actividad de adquirencia podrá ser desarrollada por los establecimientos de crédito, las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos - SEDPES y por sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”.

¹¹⁷ Estas sociedades se encuentran sujetas a las siguientes reglas de juego: (1) Deben cumplir con unas condiciones mínimas para obtener y mantener su inscripción en el Registro de Adquirentes no vigilados, a saber: (i) Ser una sociedad anónima; (ii) Disponer de un capital suscrito y pagado igual o superior a mil setecientos (1.700) salarios mínimos mensuales legales vigentes. (iii) Contar con un mecanismo para mantener los fondos recibidos de la liquidación de órdenes de pago o transferencias de fondos separados de los fondos de sus recursos propios o recursos de otras personas distintas a sus usuarios. Para el efecto podrán, entre otros, suscribir alianzas con establecimientos de crédito o constituir patrimonios autónomos. (iv) A partir del primer año de operación, y cada año siguiente, demostrar que cuenta con un capital suscrito y pagado de por lo menos el dos por ciento (2%) del valor de los fondos recibidos de la liquidación de órdenes de pago o transferencias de fondos de los últimos doce meses. (2) Este Regis-

dentro del sistema de pagos a la adquirencia: “*La actividad de adquirencia podrá ser desarrollada por los establecimientos de crédito, las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos - SEDPES y por sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia*”¹¹⁸.

En estas condiciones, la lectura más ortodoxa del decreto debe partir de que la autorización que otorgue el sistema de pago de bajo valor para tramitar órdenes de pago o transferencia de fondos en el sistema a entidades o agentes económicos no vigilados por la Superintendencia Financiera se contrae, en principio, a la función adquirente respecto de la cual el regulador ha habilitado expresamente bajo ciertas condiciones

tro de Adquirentes no vigilados es llevado por la Superintendencia Financiera y tiene como propósito permitir que se evalúe su solvencia por el Estado de forma previa a su aceptación como participante al primer sistema de pago de bajo valor donde pretenda desarrollar sus actividades. (3) La entidad administradora de sistemas de pago de bajo valor no podrá exigir a los adquirentes no vigilados el cumplimiento de requisitos de capital, solvencia o mecanismos de separación de fondos provenientes de órdenes de pago o transferencias de fondos, distintos a los previstos en el decreto. (4) No obstante, la entidad administradora de sistemas de pago puede establecer requisitos de acceso referidos a otras materias, debido a lo cual, la inscripción en el registro a cargo de la Superintendencia Financiera no garantiza que el aspirante a participante en un sistema de pagos sea admitido en el mismo, pues tal inscripción no suple el cumplimiento de los requisitos estipulados por las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor en su reglamento de funcionamiento para el acceso de los adquirentes como participantes de su sistema de pago. (5) La Superintendencia Financiera de Colombia posee la facultad de verificar, en cualquier momento, el cumplimiento por la sociedad adquirente no vigilada de las condiciones previstas para su inscripción en el Registro de Adquirentes no vigilados, sin que la teneduría de dicho registro, ni la evaluación inicial, periódica o eventual de las condiciones torne a estas sociedades en vigiladas. (6) La inscripción en el Registro de Adquirentes no Vigilados puede ser negada, suspendida o cancelada por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando el adquirente no cumpla o deje de satisfacer los requisitos establecidos. (7) En dicho caso, el adquirente deberá proceder inmediatamente a trasladar los fondos recibidos de la liquidación de órdenes de pago o transferencias de fondos a sus usuarios. (8) Durante su actuación como participantes, estas sociedades deberán depositar los fondos resultantes de las órdenes de pago o transferencia de fondos a favor de los comercios adquiridos, en establecimientos de crédito o sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos. En este caso, ni el establecimiento de crédito ni la sociedad especializada en depósitos y pagos electrónicos tendrá la calidad de adquirente ni asumirá sus obligaciones y responsabilidades. Cfr. Arts. 2.17.3.1.2. a 2.17.3.1.6.

¹¹⁸ Art. 2.17.1.1.1., texto que se reitera en el art. 2.17.2.1.1.

la actuación de “adquirentes no vigilados” y excluye la función emisora. Los adquirentes no vigilados, por el solo hecho de ostentar dicha condición, no se pueden estimar autorizados por el regulador para emprender negocios que trascienden la función adquirente, para situarse conceptual y materialmente en una órbita de actuación muy distinta como lo es la función emisora.

Cosa distinta es que, en algún caso, por la existencia de una norma especial que así lo determine o por las características en las que se plante el desarrollo del negocio de emisión por una entidad no vigilada, sea claro que la misma no esté incurriendo en un ejercicio no autorizado de la actividad financiera o en la captación masiva y habitual de recursos de captación.

d) *Entidad receptora*. De acuerdo con el decreto “es la entidad autorizada para ofrecer productos de depósito en los cuales el beneficiario recibe los fondos resultantes de liquidación de las órdenes de pago o transferencia de fondos, provenientes bien sea del adquirente o de la entidad emisora”¹¹⁹.

El papel de las entidades receptoras puede ser útil en primer lugar y, probablemente esta ha sido la hipótesis que tuvo en mente el regulador al consagrar este tipo de intermediario, en el caso de los adquirentes no financieros que por razón de no estar autorizados a ofrecer servicios de depósito y manejo de recursos de captación en forma directa, deben acudir a un intermediario autorizado para satisfacer este tramo del servicio:

Artículo 2.17.3.1.5. “*Depósito de fondos*. Las sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia que desarrollen las actividades de adquirencia deberán depositar los fondos resultantes de las órdenes de pago o transferencia de fondos a favor de los comercios adquiridos, en establecimientos de crédito o sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos. En este caso, ni el establecimiento de crédito ni la sociedad especializada en depósitos y pagos electrónicos tendrá la calidad de adquirente ni asumirá sus obligaciones y responsabilidades”.

En segundo lugar, la función prevista de entidad receptora resulta importante, en el caso de los sistemas de marca que funcionan como sistemas cerrados de tarjeta, en la que el adquirente único, esto es, el titular de la licencia adquirente de marca en el país, pese a que por regla general sea un establecimiento de crédito que puede habilitar una cuenta

¹¹⁹ Art. 2.17.1.1.1., num. 9.

al comercio en su propio establecimiento, con el objeto de ampliar los puntos de aceptación, superar la reticencia de los comercios a abrir cuentas con múltiples entidades financieras, reducir costos de transacción u otros motivos, suele apoyarse en las entidades financieras que mantienen una relación previa con el comercio, para que operen en el cometido usualmente referido de bancos pagadores que es coincidente con el de entidades receptoras, pues a la manera de un procurador para el cobro, se limitan a tramitar el cobro o recibir los depósitos, sin asumir una posición propia en la operación que los torne en adquirentes y que, por tanto, los lleven a asumir las obligaciones y responsabilidades propias de aquel.

Resulta connatural a todo sistema de pagos la ocurrencia de ciertas vicisitudes que a la postre se pueden traducir en que una operación plenamente perfeccionada conforme al principio de finalidad, aun después de su compensación, liquidación y abono en cuenta sea susceptible de reversión, como en el caso ya señalado y previsto en la ley, de las ventas a distancia en las que se haya suplantado al consumidor. Es así como los reglamentos de los sistemas de marca y los reglamentos de los sistemas de pago poseen un catálogo de situaciones en las que procede la práctica de los contracargos. Debido a ello se precisa que los reglamentos de los sistemas pago y la estructura contractual de los participantes que hagan uso de este tipo de figuras, contemplen los mecanismos para emprender los procesos relativos a las disputas sobre las transacciones entre emisores y adquirentes, cuando parte de la mecánica de la operación se soporte en este tipo de terceros a la operación como tal que no poseen la condición de adquirentes.

e) *Proveedores de servicios de pago.* Uno de los objetivos capitales del nuevo régimen de los sistemas de pago de bajo valor como se ha recalcado una y otra vez, fue el de promover la libre competencia en los sistemas de pago y eliminar los bloqueos de acceso a nuevos agentes económicos en los distintos segmentos de la cadena de valor del negocio. Por una parte, con este propósito, se determinó que el servicio más característico y propio de una entidad administradora de sistema de pagos era el de soportar los procesos de la compensación y liquidación y, en consecuencia, a partir de esa premisa, se desglosaron de su actividad habitual diferentes prestaciones que se entendieron unitariamente como provisión de servicios de pago. Por otra parte, se tomó nota de que en el mercado, de hecho, ya venían operando proveedores de este tipo de servicios bajo diversas figuras, por lo que era conveniente otorgarles el correspondiente reconocimiento normativo.

El decreto establece, en primer término, la categoría genérica de proveedor de servicios de pago, al que define como el “[a]gente del sistema de pago que por delegación del adquirente o la entidad emisora desarrolla una o varias de sus funciones”¹²⁰. En segundo término, entiende que el universo de los proveedores de servicios de pago en los sistemas de pago posee la siguiente configuración:

(i) “*Procesador emisor*. Proveedor de servicios de pago de la entidad emisora que transmite la autorización de una orden de pago o transferencia de fondos a la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor”¹²¹.

(ii) “*Procesador adquirente*. Proveedor de servicios de pagos del adquirente que enruta las órdenes de pago o transferencia de fondos a la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor”¹²².

(iii) “*Agregador*. Proveedor de servicios de pago del adquirente que vincula a los comercios al sistema de pago de bajo valor, le suministra tecnologías de acceso que permitan el uso de instrumentos de pago y recauda en su nombre los fondos resultantes de las órdenes de pago o transferencia de fondos a su favor”¹²³.

(iv) “*Proveedor de tecnologías de acceso*. Proveedor de servicios de pago del adquirente que suministra al comercio tecnologías de acceso que permitan el uso de instrumentos de pago en ambientes presente y no presente”¹²⁴.

(v) *Otros proveedores de servicios pago*. El regulador establece que el listado ofrecido de modalidades de proveedores de servicios de pago no es taxativo: “Se incluye dentro de esta definición, *entre otros*, al procesador emisor, al procesador adquirente, al agregador y al proveedor de tecnologías de acceso”¹²⁵.

El mismo decreto al prevenir a la entidad administradora de sistema de pagos de interferir en la libertad de sus participantes de contratar a proveedores de servicios de pago de su predilección, aduce a un “proveedor de servicios de pago [...] para el conocimiento e identificación de los comercios” que no necesariamente corresponde a un agregador¹²⁶.

¹²⁰ Art. 2.17.1.1.1., num. 20.

¹²¹ Art. 2.17.1.1.1., num. 19.

¹²² Art. 2.17.1.1.1., num. 18.

¹²³ Art. 2.17.1.1.1., num. 3.

¹²⁴ Art. 2.17.1.1.1., num. 17.

¹²⁵ Art. 2.17.1.1.1., num. 20.

¹²⁶ Art. 2.17.2.1.16. “*Contratación de proveedores de servicios de pago*. Las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor no podrán obligar a los parti-

El carácter abierto de la categoría proveedor de servicios de pago posee plena relevancia por varias razones. Primera: resulta coherente con la realidad de la operación en la que existen múltiples servicios tecnológicos y de procesamiento en la cadena de valor ligados a las operaciones que fluyen por el sistema como puede ser el caso de sistemas de control del fraude y que no se encuentran reflejados en los servicios enunciados que se centran en aspectos tales como la mensajería de la operación o el acceso al sistema por parte de los comercios. Y segunda: resulta coherente con el interés en la innovación, la transformación digital y la promoción de la competencia.

El decreto introduce como elemento de la definición de proveedor de servicios de pago que dicho proveedor obra por “delegación” de la entidad participante, lo cual supone que cuando ello ocurre, los servicios en cuestión deben ser susceptibles de delegación y, en algunos casos, estructurarse a partir de criterios definidos por la entidad vigilada, de tal manera que no se incurra en una indebida delegación de profesionalidad¹²⁷.

Por otra parte, si bien se ha incorporado el término delegación en la definición, se debería entender que la misma no tiene la función de restringir de manera tajante el ámbito de actuación de los proveedores de servicios de pagos dentro del sistema de pagos o de determinar como un elemento de la esencia de estos que siempre y en todos los casos obren por cuenta de un participante.

La mención a la delegación cabe entenderla circunscrita a calificar la calidad en la que el proveedor actúa en su relación con los participantes y aquello únicamente frente a las actividades que sean definidas como propias de las entidades participantes, sin que esto implique predicar una especie de imposibilidad para el proveedor de servicios de pago de ofrecer

cipantes, en ningún caso, a contratar a uno o varios proveedores de servicios de pago. En consecuencia, los adquirentes podrán contratar al *proveedor de servicios de pago* que consideren conveniente *para el conocimiento e identificación de los comercios*”.

¹²⁷ “[...] en las entidades vigiladas, su profesionalización no resulta delegable de ninguna manera a terceros ajenos a la operación, toda vez que como se indicó anteriormente, las actividades que desarrollan son de interés público y se encuentran debidamente reguladas en la ley y en la habilitación que sobre el particular otorga el Estado para su desarrollo de acuerdo con las calidades y condiciones particulares que la entidad respectiva ha acreditado en el marco de un trámite para su constitución y licenciamiento, lo cual se establece a través de un acto *intuitu personae*”. Superintendencia Financiera de Colombia, concepto 2020081879 de 3 junio 2020.

y brindar otros servicios a actores del sistema de pagos e incluso a las mismas entidades participantes que escapen a la lógica de la delegación.

El mismo estatuto, al referirse a la adquirencia, hace un listado de actividades delegables que “podrán ser desarrolladas por terceros contratistas del adquirente denominados proveedores de servicios de pago”, aclarando al respecto, esto es, en relación con esta precisa delegación y sus efectos: “En todo caso, *la relación contractual del comercio será directa y únicamente con el adquirente, quien será responsable ante el sistema de pago, los participantes y sus usuarios, por el cumplimiento de las funciones aquí listadas*”¹²⁸.

Que las actividades de los proveedores de servicios de pago dentro del sistema de pagos no se agotan en los servicios prestados a los participantes como delegados de aquellos y que, por tanto, tales proveedores de servicios de pago pueden trabar una relación contractual con otros actores incluyendo el *comercio*, se confirma en una lectura sistemática del nuevo estatuto.

En efecto, al definirse la actividad del proveedor de servicios de pago denominado *agregador*, el texto de la disposición reconoce nítidamente que, entre otras actividades, este proveedor de servicios de pago recauda *en nombre del comercio* los fondos a favor del respectivo comercio agregado, recursos que ordinariamente recibe del adquirente y que posteriormente los dispersa entre dichos comercios. La norma no dispone que el agregador recaude dichas sumas o las pague por cuenta del adquirente. Más aún, una de las obligaciones generales a cargo del adquirente de acuerdo con la norma es “*abonar [...] al agregador, [...] los recursos de las ventas*”. Esto supone cuanto menos un mandato o una diputación para el cobro que vincula en forma directa al comercio con el agregador, lo que confirma la coexistencia de dos relaciones contractuales. Entonces, la mención *a que la relación del comercio será directa y únicamente con el adquirente*, se debe entender lógicamente circunscrita a las prestaciones que hacen parte de las funciones listadas que el agregador cumple por cuenta del adquirente, en las cuales el proveedor para hacer uso de una expresión coloquial, obra con el sombrero del adquirente.

Por otra parte, este conjunto de disposiciones debe ser interpretada de una manera que no contravenga el ordenamiento jurídico, ni los propios principios e intereses de intervención fijados en el decreto. La libertad contractual de los propios comercios, proveedores de servicios y demás

¹²⁸ Art. 2.17.1.1.1., num. 1.

actores del sistema, el derecho a ejercer profesiones y oficios lícitos, la eliminación de barreras a la entrada y la promoción de la libre competencia en el mercado que colorea todo el decreto¹²⁹, entre otros derechos sustentan una lectura amplia de la actividad de los proveedores de servicios de pago en los sistemas de pago que constituyen el lugar natural de su actividad.

Otra arista importante de la arquitectura del decreto es la posibilidad de que la entidad administradora del sistema de pagos pueda actuar como prestadores de servicios de pago de entidades adquirentes y emisoras entrando a competir con otros proveedores de servicios de pago, respecto a lo cual, en diversos apartes del decreto se han establecido diferentes cautelas, pero de modo especial, en el artículo que autorizó esta actividad a las entidades administradoras, el que la sujeta a las siguientes reglas¹³⁰:

1. Las entidades deberán ofrecer sus servicios y productos de manera desagregada y cobrar tarifas individuales por cada uno de dichos servicios y productos.

2. En ningún caso podrán condicionar la prestación de la actividad de compensación y liquidación a la contratación de otros servicios ni viceversa.

3. En ningún caso podrán restringir la contratación de servicios con sus competidores.

4. En ningún caso podrán usar la información a la que tengan acceso en el desarrollo de alguna de las actividades aquí autorizadas para el desarrollo o ejecución de la otra actividad.

5. Deberán contar con los mecanismos de solución de conflictos de interés del artículo 2.17.2.1.15 del decreto¹³¹.

¹²⁹ Art. 2.17.1.1.4. “*Del libre acceso a los sistemas de pago*. Los sistemas de pago de bajo valor, los adquirentes, procesadores adquirentes, entidades emisoras, procesadores emisores y entidades receptoras, se abstendrán de restringir arbitrariamente la entrada de nuevas entidades y aplicarán las mismas condiciones y el mismo tratamiento a todas las órdenes de pago o transferencia de fondos ejecutadas en los sistemas de pago de bajo valor. // Los sistemas de pago de bajo valor, las entidades emisoras, adquirentes y entidades receptoras y sus proveedores de servicios de pago, no podrán bloquear arbitrariamente el procesamiento y trámite de las órdenes de pago o transferencia de fondos de otros participantes del mismo sistema de pago. Así mismo, se abstendrán de pactar la exclusividad en la prestación de sus servicios”.

¹³⁰ Art. 2.17.2.1.14.

¹³¹ Art. 2.17.2.1.15. “*Conflictos de interés*. En caso de que una entidad administradora de sistemas de pago de bajo valor que desarrolle la actividad de compensación y liquidación sea proveedor de servicios de pago de adquirentes o entidades emisoras; o

f) *Usuarios de los sistemas de pago*. Pese al sesgo ya advertido en el decreto que ha tenido como cartabón a los sistemas de tarjeta, al menos en las definiciones ha hecho uso de dos expresiones neutras que permiten identificar a los usuarios en diferentes modalidades de sistemas de pago, a saber:

(i) *Ordenante*. Persona natural, jurídica o patrimonio autónomo, que autoriza una orden de pago o transferencia de fondos con cargo o a favor de un medio de pago¹³².

(ii) *Beneficiario*. Persona natural, jurídica o patrimonio autónomo destinataria de los recursos objeto de una orden de pago o transferencia de fondos¹³³.

Por supuesto que no toda operación en un sistema de pagos es de carácter monetario o supone alteridad de partes; baste pensar en las operaciones de consulta de saldo o en la transferencia de fondos entre las cuentas de un mismo usuario, en los que sin embargo media el cumplimiento de una prestación a cargo de la entidad financiera en favor de su cliente.

El binomio ordenante/beneficiario, en los términos en que está planteado que incluye a las personas naturales, personas jurídicas sin distinguir

alguna de sus filiales, subsidiarias, controlantes o accionistas sean participantes de su sistema de pago, esta deberá incluir en su reglamento un capítulo específico de políticas y procedimientos para identificar, prevenir, administrar y revelar conflictos de interés que se puedan derivar de la relación aquí prevista. // Las políticas y procedimientos a que se refiere el presente artículo deberán incluir, como mínimo, lo siguiente: // 1. Identificación de las situaciones de conflicto de interés en que pueda estar incurso la entidad, sus accionistas, miembros de Junta Directiva y empleados y la forma de administrarlos. // Reglas para que la realización simultánea de actividades en el sistema de pago de bajo valor no dé lugar a situaciones de conflicto de interés que afecten la actividad de compensación y liquidación. // 3. Reglas relativas a los flujos de información para que no se afecte el cumplimiento de la actividad de compensación y liquidación. // 4. Mecanismos que permitan informar de manera oportuna a los participantes y demás actores del sistema de pago de bajo valor sobre los conflictos de interés y la forma en que son administrados por la entidad. // 5. Contar con los mecanismos para que las áreas, funciones y sistemas de toma de decisiones susceptibles de entrar en conflicto de interés, estén separadas decisoria, física y operativamente. // La Superintendencia Financiera de Colombia podrá ampliar el contenido de las políticas y procedimientos requeridos por el presente artículo y fijar los criterios técnicos para su elaboración”.

¹³² Art. 2.17.1.1.1., num. 15.

¹³³ Ar. 2.17.1.1.1., num. 4.

su carácter público o privado, así como patrimonios autónomos, ilustra suficientemente la amplitud y diversidad de servicios que los sistemas de pagos pueden brindar, pues abarcan toda la gama de relaciones económicas entre los particulares entre sí, entre aquellos y las entidades del Estado y entre las propias entidades del Estado, como pueden ser el pago de las empresas a sus empleados, los consumos en los comercios, los pagos de obligaciones entre personas naturales o entre personas jurídicas, los recaudos de facturas o de obligaciones tributarias, la distribución por parte del Estado de subsidios, las transferencias, incluso, entre entidades del Estado, etc.

El decreto en varios apartes se refiere a los comercios, término que resulta de común uso en el ámbito de los sistemas de tarjeta locales, adoptan la terminología de los sistemas de marca internacionales usada para describir a los extremos de la relación de compra de bienes o servicios, a saber, las expresiones *comercio* o *establecimiento de comercio* (*Merchant/Acceptor*) y *tarjetahabiente* (*Cardholder*) respectivamente y, para referirse a los intermediarios de la relación de pagos, Banco Adquirente (*Mercahnt/Acquirer Bank*) y Banco Emisor (*Issuer Bank*) que, en razón a la evolución del negocio han sido sustituidos por emisor y adquirente.

Así mismo, los reglamentos de los sistemas de pago locales, atendiendo la connotación legal que tiene la expresión aludida de establecimiento de comercio, en particular su carencia de personería y el hecho de que no solo se vinculan al sistema de pagos a entidades dedicadas profesionalmente a la comercialización de bienes o servicios, aclaran que el uso de la expresión se hace en sentido amplio y distinto al de la expresión legal e identifica a la persona natural o jurídica, pública o privada que se vincula al sistema de pagos.

g) *Estado*. El Estado no solo participa como usuario de los sistemas de pago, en los términos definidos en el punto anterior, sino que también, a la par del mercado, lo hace como un auténtico demiurgo de aquellos.

El artículo 335 de la Constitución califica a la actividad financiera y cualquier otra relacionada con el manejo de los recursos de captación como una actividad de interés público, reglada, objeto de intervención y sujeta en su ejercicio a la previa autorización del Estado. Así que el Estado, a través del mecanismo de las leyes cuadro¹³⁴, decretos de intervención¹³⁵

¹³⁴ Art. 150, num. 19, lit. d) de la Const. Pol.

¹³⁵ Art. 189, num. 25 de la Const. Pol.

y reglamentos¹³⁶ de una parte y, por medio de la supervisión¹³⁷ a cargo de organismos de control como la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Industria y Comercio, de otra, despliega poderes de intervención, regulación y control intensos que tornan al Estado en un actor de primer orden de importancia en la configuración y desarrollo de los sistemas de pago, de lo que es un ejemplo el decreto en estudio.

Un tercer tipo de relación del Estado con los sistemas de pago que puede tematizarse es la de la instrumentalización o aprovechamiento de la plataforma de los sistemas de pagos para muchos otros efectos como aquellos ligados a la tributación o a la lucha contra ciertas formas de criminalidad como el lavado de activos, financiación del terrorismo y tráfico de armas de destrucción masiva. En la medida que a través de los sistemas de pagos fluye un número significativo de transacciones de las que además quedan registros, en sus sistemas de información, el Estado encuentra en tales sistemas un campo labrado para la obtención de información útil o para sus actividades exactivas, sea mediante la obtención de información (reporte de actividades inusuales o sospechosas, información exógena, etc.), el establecimiento de impuestos o cargas a la actividad como el GMF, o por la vía de la imposición de retenciones (v. gr. retención en la fuente por renta, IVA o ICA).

¹³⁶ “De acuerdo con los postulados de la doctrina clásica del derecho administrativo, la ejecución de los mandatos legales es la esencia de la función administrativa del Estado. [...] No obstante, en el terreno de la aplicación de la ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo —el residente de la República— tiene entre sus funciones la de reglamentar la ley (art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, de carácter residual, accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general. [...] Esta asignación gradual de potestad de reglamentación se justifica en la medida en que es en los organismos administrativos en donde reposa la información inmediatamente relacionada con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa. La inmediatez que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la microrregulación de la ley. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es —para muchos— suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente”. Corte Constitucional, sent. C-917 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³⁷ Art. 189, num. 24.

E) Componentes transaccionales

a) *Medios de pago*. De acuerdo con la definición del estatuto, un medio de pago es el producto de depósito con cargo al cual se ejecutan las órdenes de pago o transferencia de fondos¹³⁸, de los que a título no exhaustivo señala como ejemplo a las cuentas de ahorros¹³⁹, cuentas corrientes¹⁴⁰, depósitos electrónicos¹⁴¹ y cupos de crédito¹⁴².

b) *Instrumentos de pago*. Es definido como el “*mecanismo asociado a un medio de pago para emitir órdenes de pago o transferencia de fondos*”¹⁴³.

Un buen ejemplo para ilustrar la relación propuesta por el regulador entre medio de pago e instrumento de pago lo aporta el artículo 1382 del Código de Comercio, que al regular el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria (medio de pago), señaló que en desarrollo de dicho contrato, “el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos *mediante el giro de cheques o en la forma previamente convenida con el banco*”. El legislador, en este artículo menciona así el instrumento de pago clásico para la disposición de recursos en una cuenta corriente como lo es el cheque, pero de manera previsiva abre la compuerta para que en desarrollo de la libre autonomía se convenga en otras formas o instrumentos para la disposición de los recursos, lo que ha permitido la generación de muy variados mecanismos para la disposición de los fondos disponibles en la cuenta corriente que han opacado en la práctica el instrumento de pago que originalmente caracterizaba ese contrato como lo era el cheque, tales como las tarjetas débito, códigos y aplicativos previstos como instrumentos para recoger y fijar la expresión de la voluntad vinculada a la realización operaciones de transferencia electrónica de fondos, banca electrónica y móvil, generación de monederos, billeteras electrónicas, especies de dinero digital, entre otros expedientes que sirven para representar valor y posibilitar su circulación.

¹³⁸ Art. 2.17.1.1.1., num. 13.

¹³⁹ C. de Co., art. 1396. EOSF, arts. 127 a 129. Ley 1151 de 2007, art. 70.

¹⁴⁰ C. de Co., arts. 1382 y ss. EOSF, art. 125.

¹⁴¹ Ley 1735 de 2014.

¹⁴² C. de Co., arts. 1400 y ss.

¹⁴³ Art. 2.17.1.1.1., num. 11.

De manera semejante, en el caso del contrato de apertura de crédito, el cual puede revestir la condición de simple o rotatorio¹⁴⁴, la libertad de estipulación ha permitido aclimatar un instrumento de pago de tanta trascendencia como la tarjeta de crédito. Después de su aparición en forma de cartulina, la tarjeta de crédito pasó a expedirse en plástico, lo que por mucho tiempo, atendida la relevancia económica que adquirió, llevó a caracterizarla como dinero plástico. Sin embargo, este instrumento ha evolucionado de manera paralela a la tecnología y actualmente puede revestir una forma *física o desmaterializada*.

c) *Orden de pago o transferencia de fondos*. De acuerdo con el estatuto en comento, consiste en la *instrucción dada por el ordenante o el beneficiario, previa autorización del ordenante, para debitar o acreditar recursos desde o hacia el medio de pago del ordenante*¹⁴⁵.

d) *Tecnologías de acceso o canales de pago*. Según el decreto, corresponden a los “[d]ispositivos y/o conjunto de procedimientos tecnológicos que permiten emplear un instrumento de pago con el fin de iniciar órdenes de pago o transferencia de fondos”¹⁴⁶.

De acuerdo con la circular básica jurídica las entidades vigiladas pueden adoptar tecnologías como realidad aumentada, internet de las cosas, *blockchain*, inteligencia artificial, *machine learning*, *big data*, robots, entre otras, cuando lo consideren pertinente para mejorar la prestación de servicios a los consumidores financieros y optimizar sus procesos. Para el efecto, la entidad debe realizar una adecuada gestión de los riesgos asociados a la tecnología adoptada, verificar de manera regular la efectividad de los controles implementados y dar cumplimiento a las normas vigentes en materia de protección de datos y *habeas data*.

e) *Operaciones*. Las operaciones en los sistemas de pago no siempre están ligadas a la movilización de recursos dinerarios, como es el caso de las operaciones de consulta de saldo, por ejemplo. A partir de la anterior consideración se pueden dividir en primer término sus operaciones en operaciones de carácter monetario o no monetario.

En relación con el medio de pago, de acuerdo con el sentido en el que fluya la movilización de los recursos, la operación puede calificarse como operación débito o como operación crédito. Así, el pago de una compra

¹⁴⁴ C. de Co., art. 1401.

¹⁴⁵ Art. 2.17.1.1.1., num. 14.

¹⁴⁶ Ar. 2.17.1.1.1., num. 24.

en el supermercado con una tarjeta supone respecto del tarjetahabiente una operación débito que lógicamente disminuye sus recursos en cuenta en el caso de las tarjetas débito o el de su cupo de crédito en el caso de hacer uso de su tarjeta de crédito. En cambio, desde la perspectiva del comercio, la orden de pago del comprador está llamada a traducirse en una acreditación en su cuenta.

En lo que respecta a los participantes que revistan la condición de entidades crediticias o que estén autorizados a realizar algunas de sus operaciones, resulta pertinente la tripartición que se hace en el ámbito de la banca entre operaciones pasivas, como en el caso de la apertura de cuentas que constituye una típica forma de captación, activas como la apertura de crédito que subyace a productos como las tarjetas de crédito y neutras como lo pueden ser las operaciones de giro¹⁴⁷.

Las transferencias electrónicas de recursos pueden obedecer a finalidades muy distintas al pago de bienes o servicios, como lo acreditan situaciones tales como: el movimiento de recursos entre cuentas de un mismo beneficiario, el pago de impuestos y otras obligaciones tributarias, devoluciones, distribución de subsidios e incentivos, entre otros propósitos.

f) *Formación de precios*. Con ocasión de los medios de pago, el uso de los instrumentos de pago, disposición y movilización de recursos generan un conjunto muy amplio de consecuencias económicas que se traducen principalmente en intereses, cuotas de manejo, comisiones y tarifas.

En las tarjetas de crédito, descontada la posibilidad del pago inmediato al corte que puede significar un enorme beneficio para el tarjetahabiente representado en evitar la causación de intereses sobre un crédito que ha recibido en el período, la conducta usual y el desarrollo natural del contrato consiste en el pago diferido de los usos de este instrumento. En este campo, los créditos pueden estructurarse sobre un sistema convencional en el que las compras se singularizan y se difiere el respectivo crédito a un determinado plazo manteniendo la amortización de algún modo una correlación con el negocio subyacente que originó el crédito o adoptarse un esquema de crédito revolving en el que se asumen cuotas fijas mensuales de forma tal que si el gasto con la tarjeta *revolving* supera dicha cuota, esa cantidad se acumula, lo que se traduce en nuevas financiaciones

¹⁴⁷ Sobre esta tripartición ver, SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*. Su significación en América Latina, 6ª ed., Bogotá, Editorial Legis, 2009, págs. 152 y ss.

que hacen más borrosa la correlación advertida, en la medida en que el componente estrictamente financiero es más fuerte.

En cualquier caso, un tema central en el ámbito de la intervención del Estado en la economía y específicamente en el sector financiero lo constituye el control a las tasas de interés y la proscripción de la usura¹⁴⁸.

Así mismo, también han sido objeto de regulación, intervención y control en lo que atañe al consumidor financiero las cuotas de manejo y otros cargos, bien sea, en algunos casos, mediante su inclusión como factor para el cálculo de intereses¹⁴⁹, sea a través de deberes de transparencia y revelación¹⁵⁰ o por medio de diversas cargas regulatorias¹⁵¹.

En el ámbito de los sistemas de pago, el decreto establece regulaciones especiales en la formación de precios en este mercado que incluyen la adopción de mecanismos de transparencia, control de conflictos de interés, buen gobierno corporativo y fomento de la libre competencia que se proyectan sobre los diferentes servicios, pero de manera especial, sobre la comisión de adquirencia, esto es, “la comisión definida y cobrada por el adquirente al beneficiario por los servicios prestados”¹⁵² y la tarifa de intercambio o “[c]omisión causada entre la entidad emisora y la entidad receptora o el adquirente por las órdenes de pago o transferencias de fondos liquidada en el sistema de pago de bajo valor”¹⁵³.

g) *Compensación y liquidación de operaciones*. Las operaciones que fluyen por el sistema de pagos son objeto de compensación y liquidación.

La compensación, como ya se había señalado, corresponde al proceso que realiza la entidad administradora del sistema de pago de bajo valor tendiente a determinar al cierre o corte de un ciclo de operaciones el saldo o posición a favor o en contra, que corresponda a cada uno de sus participantes, como resultado del cruce dentro del sistema de las diferentes órdenes de pago o transferencia de fondos que suponen la extinción de sus obligaciones de una manera parcial o total, así como la obligación de cancelar el saldo en contra si lo hubiere. Si bien esta puede ser bilateral, el

¹⁴⁸ Se destacan en este sentido el art. 884 del C. de Co., los arts. 64 a 72 de la ley 45 de 1990, la ley 1555 de 2012 sobre pagos anticipados y el art. 305 del C. P.

¹⁴⁹ Ley 45 de 1990, art. 68.

¹⁵⁰ V. gr. arts. 9º y 10 de ley 1328 de 2009, ley 1748 de 2014 y arts. 2.35.4.1.1. y ss. del decr. 2555 de 2010.

¹⁵¹ Ley 2009 de 2019 sobre paquetes de servicios incluidos en la cuota de manejo.

¹⁵² Art. 2.17.1.1.1., num. 5.

¹⁵³ Art. 2.17.1.1.1., num. 23.

carácter plural de los sistemas de pagos y las interacciones de la misma naturaleza, llevan en la práctica a que los participantes se sujeten a una compensación de carácter multilateral¹⁵⁴.

La liquidación corresponde al finiquito del anterior proceso mediante la generación de los correspondientes cargos y abonos en la cuenta de depósito que tengan los participantes en el Banco de la República, o en cuentas corrientes o de ahorros en un establecimiento de crédito¹⁵⁵.

La actividad financiera, bursátil y aseguradora se ha calificado con sobradas razones como de interés público, pero si hay un escenario en el que la protección de la seguridad y confianza de su actividad alcanza una cota mayor, es justamente el de los sistemas de compensación de operaciones, en los que se concentra una porción muy importante del tráfico económico que vincula a todos los subsectores de la economía. Comoquiera que la crisis de un participante en dichos sistemas puede desencadenar la crisis de otros participantes y provocar un riesgo sistémico que traspase no solo a las entidades participantes, sino a la economía en general, el legislador con buen criterio y alineado con la práctica internacional ha acogido el principio de finalidad que se traduce en dotar de una exigibilidad y eficacia especial los pagos y las garantías que hayan sido extendidas a la respectiva cámara. Esta medida se originó con ocasión de la regulación de los sistemas de compensación y liquidación de valores del mercado público de valores, pero desde los mismos inicios, se dispuso su extensión a los sistemas de compensación del sector financiero.

h) *Gestión de riesgos inherentes*. De acuerdo con la regulación de los sistemas de pago de bajo valor, es obligación de las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, tanto poseer como exigir a sus participantes contar con reglas y elevados estándares operativos, técnicos y de seguridad que permitan el desarrollo de sus operaciones en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

Lo anterior se traduce en la necesidad de contar con sistemas adecuados de administración y gestión de los riesgos inherentes que puedan afectar al sistema. Instrumentos como los denominados Acuerdos de Basilea, han llevado a que un eje esencial tanto de la supervisión por el Estado como de la buena administración a cargo de los privados de la actividad financiera se centre en la identificación, control y gestión de los riesgos inherentes de la actividad.

¹⁵⁴ Art. 2.17.1.1.1., num.6.

¹⁵⁵ Art. 2.17.1.1.1., num. 12.

La regulación estatal se nutre en este campo, como ya se anticipó, tanto de la microrregulación técnica a cargo de las entidades de supervisión como de la regulación de la autorregulación, estrechamente ligada a la anterior. Es el caso de la circular básica jurídica y de la circular básica contable de la Superintendencia Financiera.

Se impone por esta vía respecto a las diferentes categorías de riesgo, el desarrollo de sistemas integrales de control contentivos de principios, reglas, procedimientos responsables, instrumentos, así como de mecanismos para su aplicación, revisión periódica y control efectivo¹⁵⁶. Tanto la microrregulación como la autorregulación, implícitamente adoptan el criterio de internacionalidad, en la medida en que se alinean con las definiciones de los organismos internacionales, de una parte y apelan en muchos casos a estándares técnicos de homogenización.

Dentro de los riesgos inherentes se cuentan principalmente los riesgos con una connotación económica inmediata, como lo son los riesgos crediticio, de liquidez y sistémico, también asociados a riesgos legales y de mercado, sin que ello quiera decir que los restantes riesgos carezcan de una incidencia económica que pueda incluso comprometer la solvencia de la entidad. En esta segunda categoría, destacamos el riesgo operativo, el riesgo de seguridad de la información y el riesgo de lavado de activos.

De la exposición realizada a lo largo de este escrito, se espera que se convenga que es muy acertada la definición de un sistema de pagos como un conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes del sistema, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y la liquidación de órdenes de pago o transferencias de fondos. Así mismo, se espera que de dicha definición que expone una fracción de la sociedad de la información, se advierta el ingreso a una nueva dimensión del derecho, en el que las relaciones jurídicas han dejado de ser puntos fijos con trayectorias independientes.

Se advierte que el panorama que se ha presentado de los pagos electrónicos y, de manera especial de los sistemas de pagos, se trata apenas de

¹⁵⁶ Las entidades vigiladas están obligadas a implantar diferentes sistemas de gestión del riesgo que pueden abarcar el SARC (Sistema de Administración del Riesgo Crediticio) SARLAT/FPADA (Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva), SARI (Sistema de Administración de Riesgos Informáticos o Integrales), SARO (Sistema de Administración del Riesgo Operativo).

un breve esbozo introductorio de una materia que por su complejidad y extensión puede compararse a una gran ciudad, pues el sistema de fuentes y de aristas de la materia es abrumador. No se ha aspirado a poseer la maestría de Marco Polo al describir esta ciudad en particular. La ruta particularmente propuesta seguramente adolece de sesgos e imperfecciones. Se trata, al fin, de una ciudad bullante, en construcción y en permanente cambio. Como lo dice ITALO CALVINO en las *Ciudades invisibles*: “El Atlas del Gran Khan contiene también los mapas de las tierras prometidas visitadas con el pensamiento pero todavía no descubiertas o fundadas”.

5. BIBLIOGRAFÍA

— Normas, actos administrativos y conceptos oficiales

Ley 527 de 1999.

Ley 1480 de 2011.

Decreto 1400 de 2005.

Decreto 034 de 2006.

Decreto 2555 de 2010.

Decreto 1074 de 2015.

Decreto 2443 de 2018.

Decreto 1234 de 2020.

Decreto 1692 de 2020.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

— Banco de la República

Resolución externa 8 de 2000.

Resolución externa 5 de 2008.

Circular externa operativa y de servicios DSP 152.

Circular externa y operativa de servicios DSP-153.

Circular externa operativa y de servicios DFV-56.

— Superintendencia Financiera de Colombia

Circular externa 100 de 1995.

Circular externa 29 de 2014.

Concepto 2020081879 de 3 junio 2020.

— Superintendencia de Industria y Comercio

Resolución 40478 de 2012.

A) *Doctrina*

- ARANGO-ARANGO, CARLOS A.; BARRERA-REGO, MARÍA M.; BERNAL-RAMÍREZ, JOAQUÍN F. y BOADA-ORTIZ, ALBERTO: *Criptoactivos*, Banco de la República. Documento recuperado en: <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-criptomonedas.pdf>
- BIRKS PETER: *The Roman Law of Obligations*, Oxford University Press, UK, 2014.
- BRAVETTI, MARIO; CASALBONI, ADALBERTO; NÚÑEZ, MANUEL; RODRÍGUEZ, ISMAEL: *From Theoretical e-barter Models to an Implementation Based on Web Services. Electronic Notes in Theoretical Computer Science* 159, 2006.
- CARNEY, MARK (Governor of the Bank of England, speech 02/03/2018), “The Future of Money”, en <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/speech/2018/the-future-of-money-speech-by-arkcarney.pdf>
- CARSTENS, A.: “Money in the digital age: what role for central banks?”, en <https://www.bis.org/speeches/sp180206.pdf>
- CIFUENTES MUÑOZ, MANUEL E.: “Una mirada introductoria al mundo de la Banca Electrónica”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 24, Bogotá, Universidad de los Andes, abril de 2000.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social: Documento Conpes. Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial. Doc. 3975 de 2019. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/715/articles-107147_recurso_1.pdf.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M^a MERCÈ: *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada [Self-Regulation and Public Law: The Regulation of Self-Regulation]*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- DENECKER, OLIVIER; ISTACE, FLORENT; NIEDERKORN, MARC: “Forging a path to payments digitization”, McKinsey on Payments. Number 16. March 2013. Documento accesible en, <https://www.mckinsey.com>
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 20^a ed., Madrid, 1984.
- ETTORE, GIANNANTONIO: “Transferencias electrónicas de fondos y autonomía privada”, en *Informática y Derecho*, vol. 3, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997.
- FLEISCHER, V. (2007): “The Mastercard Ipo: Protecting the Priceless Brand”, en *Harvard Negotiation Law Review* 12(1).
- GOETZMANN, WILLIAM N.: *Money Changes Everything. How Finance Made Civilization Possible*, New Jersey, Princeton University Press, 2017.
- GOFORTH, CAROL: “The Lawyer’s Cryptonary: A Resource for Talking to Clients about Crypto-transactions”, *Campbell Law Review* 41, no. 1, Winter, 2019.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN: *Derecho romano y Código Civil colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- KENNETH S., ROGOFF: “The Surprising Popularity of Paper Currency”, *Finance and Development* 39, N.1, 2002.

- LISFIELD, ROBERT; MONTES-NEGRET, FERNANDO: “Modernizing Payment Systems in Emerging Economies”, *Policy Research Working Paper 1336*, The World Bank, Washington, 1994.
- MARTÍNEZ, ESTELA; MESA, DIANA; TORRES, JOSÉ DAVID; PRIETO, ANA MARÍA: *Canales y productos financieros digitales e inclusivos*. Documento técnico, Subdirección de Desarrollo de Mercados, Unidad de Regulación Financiera, URF, Bogotá D. C., Colombia, mayo de 2019.
- OECD: “Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449”, disponible en: <file:///Users/mec/Downloads/OECD-LEGAL-0449-en.pdf>.
- O’SHEILS, REGGIE: *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*, 21 N.C. Banking Inst. 177, 2017.
- PÉREZ, CAMILA (Dir.); PACHECO, BEATRIZ HELENA (Inv.); SALAZAR, NATALIA (Asesora): “Beneficios potenciales de un incremento en el uso de los medios de pago electrónicos en Colombia. Informe final. Fedesarrollo. Abril de 2016”, en Asociación Bancaria de Colombia, *Proyecto F. Diagnóstico del uso de efectivo en Colombia* (Ed. Santiago Castro Gómez), Comunicación Gráfica Legis S. A. Bogotá, 2017. Accesible en <https://www.asobancaria.com>.
- RAJ, BHALA: *Towards a Payment System Law for Developing and Transition Economies*, World Bank Discussion Papers 299, Washington, 1995.
- RAUSTIALA, K. & SPRIGMAN, C. (2019): “The second digital disruption: Streaming and the dawn of data-driven creativity”, *New York University Law Review*, 94(6).
- REBELO, M. (2019): “The Challenges of RGPD in Face of Blockchain Technology”, en *Revista de Bioética Derecho*, 46.
- PADILLA SÁNCHEZ, J. (2020): “Blockchain and Smart Contracts. Approach to Their Legal Problems and Challenges”, en *Revista de Derecho Privado*, 39.
- RICE, DANIEL: “Barter’s Back! Internet Barter: The Recent Resurgence of an Ancient Practice” (2003). AMCIS 2003 Proceedings. 7. <http://aisel.aisnet.org/amcis2003/7>.
- ROCHET, J. (2009): “Interchange fees in payment card systems: Price remedies in a two-sided market”, in B. LYONS (Ed.), *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO: *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, 6ª ed., Bogotá, Editorial Legis, 2009.
- ROGOFF, KENNETH S.: “Costs and benefits to phasing out paper currency”, presentado en la NBER Macroeconomics Annual Conference, 2014.
- RUIZ, ÁLEX; MARTÍNEZ SARNAGO, CARLOS: *Sistemas de pago: presente y futuro*, Dossier, Departamentos de Economía Internacional y Mercados Financieros, Área de Estudios y Análisis Económico, “La Caixa”, marzo de 2004.
- SAXON, STEVE and SPICKENREUTHER, THORSTEN: *Miles ahead: How to improve airline customer-loyalty programs*, McKinsey & Company. Travel, Transport & Logistics September 2018. Recuperado en <https://www.mckinsey.com>

- SCHWAB, KLAUS: *The Fourth Industrial Revolution*, Crown Business, New York. 2016.
- SEGRAVE, K.: *Vending Machines: An American Social History* (McFarland and Company, 1944).
- TAPSCOTT, DON y TAPSCOTT, ALEX: *La revolución blockchain*, Barcelona, Deusto, 2017.
- URIBE ESCOBAR, JOSÉ DARÍO: “Los sistemas de pagos”, Nota Editorial, *Revista del Banco de la República*, vol. LXXVIII, núm. 930, abril de 2005.
- WEATHERFORD, JACK MCIVER: *The History of Money. From Sandstone to Cyberspace*, Three Rivers Press, Random House, New York, 1997.
- World Bank Group, Better than Cash Alliance, Bill and Mellinda Gates Foundation: “The Opportunities of Digitizing Payments. How digitization of payments, transfers, and remittances contributes to the G20 goals of broad-based economic growth, financial inclusion, and women’s economic empowerment”, August 28, 2014. Documento accessible en <https://www.gpfi.org>
- YOSIFON, D. G. (2011): “Towards firm-based theory of consumption”, *Wake Forest Law Review*, 46(3).

B) *Jurisprudencia colombiana*

- Corte Constitucional, sent. C-917 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sent. T-577 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sent. C-662 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sent. C-823 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 enero 1967, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, tomo CXIX, núms. 2285 y 2286.

CAPÍTULO XIV

LA NOVACIÓN*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

DIEGO ROMERO CRUZ

1. CONCEPTO

La novación, del latín *novatio* ‘cosa nueva’ o ‘nueva obligación’, es el *efecto jurídico* atribuible a cualquier negocio jurídico idóneo para extinguir una obligación precedente creando una nueva que la sustituye. El artículo 1625 del Código Civil la clasifica expresamente como un modo de extinción de las obligaciones.

Algunos autores sostienen que la novación es, en sí misma, una convención en cuya virtud las partes consienten en extinguir un vínculo obligatorio preexistente generando un vínculo nuevo, extinguendo y creando así derechos¹. Sin embargo, otro sector de la doctrina afirma que la novación no es un acto jurídico propiamente dicho, sino que ocurre como consecuencia de cualquier acto jurídico (gratuito, oneroso, bilateral, unilateral) que tenga la virtualidad suficiente, en el caso particular, para extinguir un vínculo obligatorio y sustituirlo por otro nuevo, siempre y cuando exista *animus novandi*². En todo caso, hay acuerdo en que no existe margen de duda en la doctrina respecto de que la novación es la combinación inescindible de la extinción de una obligación y el nacimiento de otra³.

La novación implica la extinción de un primer vínculo obligatorio —que puede provenir de cualquier fuente— mediante el cambio en el objeto debido, la causa de la obligación primitiva (novación objetiva) o

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.552>.

¹ MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, *Obligaciones civiles*, 3ª ed. México, Harla, 1984, pág. 454. Véase también RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá, Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 903. Asimismo, el art. 1329 del *Code Civil* francés define la novación como un contrato.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

el cambio de alguno o ambos extremos de la relación jurídica (novación subjetiva) y la creación de uno nuevo. Así, la novación no cambia solamente la forma de la obligación, sino que también suprime por completo la antigua relación de derecho y da lugar a otra diversa⁴. La novación es un modo *directo* pero *imperfecto* de extinción de las obligaciones, porque cumple su función al crear una nueva, en la cual se introduce la variación que se busca.

2. LA NOVACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y SU LEGADO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ACTUALES

En el derecho romano, la novación era concebida como la única forma posible de efectuar cambios o transformaciones a las obligaciones, las cuales —en atención a la rigidez del vínculo obligatorio, su carácter exclusivamente personal y del principio *pacta sunt servanda*—, una vez formadas, no podían posteriormente ser alteradas, ni respecto de las partes, ni tampoco del objeto, modalidades o causa⁵. En el derecho romano clásico, la función de la novación subjetiva no era otra que la transmisión *inter vivos*, a título singular, activa o pasiva, de la obligación por novar⁶. La novación objetiva cumplía entonces la función de añadir, modificar o suprimir una determinación accesoria de la voluntad (*dies* o *conditio*).

ULPIANO definía la novación como *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem* (novación es la transfusión y conversión de una deuda anterior en otra obligación). Así, la creación de la nueva obligación —*nova obligatio*— extinguía la antigua (se constituye una nueva, de suerte que se extingue la primera). De acuerdo con este jurisconsulto romano, eran susceptibles de ser novadas cualquier tipo de obligaciones, siendo indiferente su naturaleza civil o natural; su forma; sea nacida *verbis*, *litteris*, *re consensus*, e incluso *quasi ex contractu* o *ex delicto*; o especie (condicional o a término)⁷.

El efecto esencial de la novación es, por consiguiente, la extinción de la obligación primitiva. Sin embargo, a diferencia de los demás modos

⁴ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979 pág. 384.

⁵ BEJARANO, *op. cit.*, pág. 452

⁶ FRANCISCO DE A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1964, pág. 57.

⁷ *Ibid.*, pág. 60.

de extinción de los vínculos obligatorios, dicha extinción viene aparejada del efecto de crear una obligación nueva.

A diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, en la actualidad la novación rara vez se usa para transmitir obligaciones. En efecto, los diversos ordenamientos jurídicos del derecho continental cuentan hoy con mecanismos bastante más simples y eficaces, como lo es la cesión de créditos, el endoso de los títulos valores, la cesión de contratos o también la cesión de deuda entre otros, para —sin necesidad de extinguir la obligación— hacer posible su transmisión *inter vivos*, a título singular.

Aun así, la figura se encuentra regulada en las distintas legislaciones de tradición romanista como un verdadero modo de extinción de las obligaciones. En Europa, el Código Civil francés la consagra en los artículos 1271 a 1281; el Código Civil italiano en los artículos 1230 a 1235; y el Código Civil español hace lo propio en los artículos 1203 a 1213. Sin embargo, el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de Alemania y el *Code des Obligations*, suizo, prescinden de la novación, siendo entonces la extinción de un derecho de crédito y la creación de otro que lo sustituya un simple efecto de la libertad de contratación de las partes, carente de regulación específica⁸.

En América Latina, la institución se encuentra ampliamente regulada en el derecho positivo de muchos de nuestros países. Por vía de ejemplo, citemos los casos de Argentina (C. C. y Co., arts. 933 y ss.), Brasil (C. C., arts. 360 y ss.), Chile (C. C., arts. 1628 y ss.), Colombia (C. C., arts. 1687 y ss.) y México (C. C. Federal, arts. 2213 y ss.), legislaciones que la califican como un modo de extinción de las obligaciones.

Al igual que en el derecho romano, la novación puede tomar varias modalidades dependiendo del elemento que se pretende modificar. Así, la novación en primera instancia puede ser objetiva o real cuando el objeto de la prestación antigua es diferente de la *res* de la obligación que se crea en su lugar. De la misma forma, hay novación objetiva cuando se altera o cambia la causa jurídica (*título*) de la primitiva obligación que se extingue o desaparece.

La novación es subjetiva cuando se modifica el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica que da nacimiento a la obligación. Siguiendo a HINESTROSA, “la novación por relevo del acreedor se presenta cuando el deudor asume la obligación a favor de un tercero, en cuanto el acreedor

⁸ *Ibid.*, pág. 148.

lo declara libre”⁹. Es decir, se requiere que el deudor contraiga una nueva obligación con un tercero, para que el acreedor primitivo lo declare libre de la *prior obligatio*. La novación por cambio de acreedor guarda entonces cierta semejanza con la cesión de crédito, mecanismo para la transmisión de derechos. Sin embargo, las figuras difieren en sus características esenciales. En la cesión de créditos no hay creación de una nueva obligación: el crédito antiguo, con sus modalidades, accesorios, vicios y defectos, subsiste en las mismas condiciones cuando pasa al tercero a quien el acreedor lo cede¹⁰. En la novación, en cambio, al extinguirse la *prior obligatio*, se extinguen todos sus accesorios, privilegios y garantías, al paso que se crea otra obligación independiente. Además, la cesión de derechos le tiene que ser notificada al deudor para tener valor y efecto respecto del mismo deudor y de terceros; mientras que la novación subjetiva activa, al realizarse mediante un negocio jurídico que debe contar necesariamente con el consentimiento del deudor, produce plenos efectos para él desde que este surge a la vida jurídica. Además es indispensable en este caso, como en todos los tipos de novación, la intención de las partes de sustituir el primer vínculo por otro (*animus novandi*). Es decir, en la novación subjetiva activa el cambio del acreedor no deja subsistente la relación primitiva, lo que sí ocurre en la cesión de créditos.

Mientras tanto, la novación subjetiva por cambio de deudor puede tomar una de dos formas, según si existe consentimiento del deudor originario. Así, la novación subjetiva pasiva con el consentimiento de aquel —que ocurre en aquellos casos en que el deudor primitivo y su acreedor extinguen la obligación antigua mediante la creación de una segunda con un nuevo deudor— se denomina *delegación* o novación delegatoria¹¹. La novación delegatoria, a su vez, es *perfecta*, cuando del acuerdo entre el deudor anterior y uno nuevo, este se compromete a pagarle al acreedor, que consiente en dar por libre al deudor primitivo,

⁹ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 799.

¹⁰ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 406.

¹¹ La delegación se define como un acto por el cual una primera persona pide a otra que acepte como deudor a una tercera persona, que consiente en obligarse en su favor. La primera persona, la que toma la iniciativa de la operación, se llama *delegante*; la segunda, la que llega a ser acreedor, *delegatario*; la tercera, la que se convierte en deudor, *delegado*. MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, pág. 354.

y se denomina *delegación imperfecta* o *adpromisión* cuando el deudor primitivo ofrece a su acreedor un nuevo deudor que se compromete a pagar la obligación, pero sin que se produzca efecto liberatorio alguno para el delegante o deudor originario.

La delegación perfecta es, ni más ni menos, una auténtica novación por cambio de deudor; mientras que la *adpromisión* no constituye novación, porque la *prior obligatio* no se extingue, sino que en virtud de dicho acuerdo, quedan respondiendo de ella tanto el nuevo deudor como el original. La novación por cambio de deudor que no cuenta con la aquiescencia de este se llama *expromisión*, y ocurre cuando el fenómeno complejo de extinción-creación se adelanta mediante un convenio entre el acreedor y un tercero, el cual asume la deuda, sin consentimiento del deudor original.

3. EN EL DERECHO MODERNO, SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES SON LOS SIGUIENTES

A) *Una obligación preexistente*

La obligación debe haber surgido a la vida jurídica y tener la capacidad de producir plenos efectos. En ese sentido, no son susceptibles de ser novadas aquellas obligaciones que carecen de alguno de sus elementos esenciales para su perfeccionamiento, como son las denominadas *obligaciones inexistentes*.

Tratándose de obligaciones susceptibles de ser declaradas nulas, las legislaciones civiles de Francia (C. C., art. 1131), Chile (C. C., art. 1630), México (C. C., art. 2218) y Colombia (C. C., art. 1689) sancionan su novación con nulidad. Se requiere entonces, que la obligación primitiva contenga todos los requisitos que se exigen para la validez de los actos jurídicos. Sin embargo, conviene hacer una distinción respecto de si la causal de nulidad de la obligación antigua consiste en la incapacidad relativa de las partes o en vicios en el consentimiento (nulidad relativa o *anulabilidad*) o si el vicio consiste en la ilicitud de la causa o el objeto del negocio jurídico (nulidad absoluta).

Si la obligación que se quiere novar contiene irregularidades que implicarían su *anulación*, la novación de aquella es posible, si supone precisamente su convalidación, puesto que se entiende que dicho acto implica una renuncia a la acción de nulidad que, como bien es sabido, se encuentra en cabeza exclusiva de aquellos en cuyo beneficio la ha

establecido la ley, o de sus herederos o cesionarios. Sin embargo, la novación de estas obligaciones ocurre de igual manera que en el caso de las obligaciones condicionales. Así pues, una vez decretada judicialmente la nulidad de la *prior obligatio*, se reputa que la obligación no existió en ningún momento (la declaración judicial de nulidad se reconoce también como un modo de extinción de las obligaciones) y, por tanto, no ha podido dar lugar a novación alguna. Por el contrario, “si la novación fuese aceptada por aquella de las partes que puede ejercitar la acción de nulidad en una época en que ya conocía el vicio de la primera obligación, y en que este había cesado, debiera entenderse tal actitud, como expresión de la voluntad de confirmar la obligación anulable, haciéndose definitivamente regular la obligación existente”¹².

Pero si la obligación antigua es pasible de ser declarada nula absolutamente mediante pronunciamiento judicial, la novación está también viciada de nulidad, y no podrá ser convalidada de ninguna forma.

Ahora bien, son así mismo susceptibles de novación aquellas obligaciones que no generan acción para su cumplimiento, es decir, pueden novarse también las obligaciones naturales. Tal y como acontecía en el derecho romano, la novación de obligaciones condicionales está subordinada a su efectiva existencia, la cual solo se verifica una vez ocurrida la condición. En palabras de don LUIS CLARO: “Cumplida la condición, esta obra retroactivamente y se considera, en el hecho, que la obligación ha sido pura y simple desde el principio; por consiguiente, la novación existirá desde la celebración del contrato de novación”¹³. Empero y a diferencia de lo que ocurría en la Roma antigua, los ordenamientos jurídicos actuales le otorgan prevalencia al principio de la autonomía de la voluntad privada, y así, aunque la obligación preexistente esté sujeta a una condición suspensiva pendiente, las partes pueden pactar en que quede extinguida y reemplazada por la nueva obligación, sin esperar a su acaecimiento (C. C. de Chile, art. 1633; C. C. de México, art. 2116; C. C. de Colombia, art. 1692).

B) Una obligación nueva

El efecto complejo “extinción-creación” de la novación implica el surgimiento de, en efecto, una *nova obligatio*. Sin embargo, para que efectivamente se produzca novación es necesario que la segunda obliga-

¹² SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 335.

¹³ Claro Solar, *op. cit.*, pág. 395.

ción llene todos sus requisitos de existencia, validez y eficacia que señala el Código Civil. En consecuencia, si la obligación nueva es inexistente o nula absolutamente, no podrá haber novación y quedará entonces subsistente la primera deuda. Pero cuando la nueva obligación contiene vicios en el consentimiento o se presenta incapacidad relativa de las partes, sí podrá surgir a la vida jurídica, pero correrá el riesgo de ser declarada judicialmente nula en cualquier momento. Sin embargo, estas obligaciones podrán ser subsanadas mediante ratificación (cuando se trate de nulidades relativas) o la prescripción de dicha acción (nulidades absolutas).

Igualmente, el negocio jurídico novatorio también puede generar como *nova obligatio* una obligación natural, incluso si la primitiva era de carácter civil, susceptible de ser exigida coactivamente.

C) *Diferencia entre ambas obligaciones que las haga incompatibles*

Para que haya novación es necesario que la *nova obligatio* sea distinta de la primera respecto a los elementos o cosas que le son estructurales. En consecuencia, para que se produzca el fenómeno de la novación se requiere que la segunda obligación difiera en su parte activa o pasiva o en la causa jurídica que le dio vida. De la misma forma, la novación también puede darse mediante la modificación del objeto de la obligación primitiva.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, ha subrayado la importancia de este elemento para que haya novación. Este alto tribunal ha señalado que para que pueda hablarse de novación objetiva, el *aliquid novi* (algo nuevo) debe consistir necesariamente en la modificación de sus elementos esenciales o constitutivos, de tal manera que la modificación de elementos accidentales o accesorios no produce novación. Así pues, no hay novación en el caso que “siendo la obligación antigua pura y simple, la nueva se someta a una condición o viceversa; ni que tampoco constituye novación la simple mutación del lugar donde debe hacerse el pago, o la mera ampliación del plazo para el cumplimiento de la obligación o la reducción del mismo”¹⁴. En el mismo sentido, dicha corporación ha manifestado que tampoco hay novación cuando se otorgan, reducen o eliminan las garantías personales o reales o cuando se realiza una remisión parcial de la deuda¹⁵.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 abril 1970 (www.multilegis.com, consultado el 10 de abril de 2009 a las 6:00 p. m.).

¹⁵ Véase C. C., arts. 1707, 1708 y 1709.

De la misma forma, este tribunal ha señalado, siguiendo lo que sobre la materia dispone el artículo 1708 del Código Civil, que la mera ampliación del plazo no constituye novación, pero sí extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes del deudor, a menos que el fiador o el propietario de la cosa hipotecada manifieste expresamente su aquiescencia para la extensión del plazo, pues la norma en cita “tiene por objeto proteger 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”¹⁶.

D) *Intención de efectuar la novación mediante la extinción de la primera y la creación de la segunda (“animus novandi”)*

La voluntad de novar es de la esencia de la novación. Tal declaración implica que las partes, al contraer una nueva relación de derecho, tienen el propósito de novar la primitiva (C. C., art. 1693). De lo contrario, la obligación nueva y la primitiva pueden coexistir independientemente, sin que ocurra novación. La novación, dispone el artículo 1330 del Código Civil francés, no se presume y debe manifestarse de manera clara en el acto que la contiene.¹⁷

El *animus novandi* puede manifestarse de dos formas, sea que las partes manifiesten expresamente en la convención su deseo de novar la antigua obligación o que la obligación que se genera implique inevitablemente la extinción de la antigua, por el carácter excluyente de ellas¹⁸. La primera modalidad de *animus novandi* da lugar a la denominada *novación expresa*, que no necesariamente es solemne; mientras que la segunda implica una *novación tácita*. En otras palabras: el *animus novandi* puede ser expreso o tácito, permitiéndose así la novación cuando la obligación nueva que nace del negocio novatorio es, por su naturaleza misma, incompatible con la obligación primitiva que pasa a subrogar¹⁹. Con todo, inclusive

¹⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1913, “G. J.”, t. xxiii, pág.105.

¹⁷ C. C. francés, art. 1330: “La novation ne se présume pas; la volonté de l’opérer doit résulter clairement de l’acte”.

¹⁸ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 418.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 419. Sobre la novación tácita, véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 marzo 1938, “G. J.”, t. XLVI, pág. 122.

en la novación subjetiva pasiva, es necesario que la intención de novar se haga de manera expresa, pues la presencia de un nuevo deudor no produce novación *per se*, a menos que el acreedor acepte en dar por libre al deudor primitivo. (C. C., art. 1694).

E) *Capacidad de disponer del crédito*

Este requisito, mencionado por PLANIOL y RIPERT, se refiere a la capacidad de ambas partes para celebrar el acto jurídico que produce la novación. El acreedor, por su parte, debe ser capaz de disponer de su crédito ya que renuncia a su primitivo derecho²⁰.

4. EFECTOS DE LA NOVACIÓN

La novación y su efecto complejo de “extinción-creación” reviste dos características fundamentales. Por una parte, es liberatoria, pues la deuda primitiva queda extinguida junto con todos sus accesorios de la misma forma que lo sería mediante el pago efectivo, operando así respecto de todos los deudores y fiadores. La novación extingue la obligación respecto de los codeudores solidarios o subsidiarios, salvo que unos y otros hayan formado parte del negocio jurídico que produce el efecto novatorio, accediendo a la *nova obligatio*.

Respecto de los privilegios, garantías y accesorios, tiene plena aplicación el principio *accessorium sequitur principale*, quedando así extinguidos los intereses, la fianza, la prenda y la hipoteca cuando se extingue, en virtud de la novación, la obligación primitiva. Naturalmente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, las partes pueden efectuar reservas a dicha extinción, como lo permiten el artículo 1701 del Código Civil. Sin embargo, dicha autonomía se encuentra limitada por los derechos de terceros. Como lo expresa CLARO SOLAR “tratándose de una novación objetiva garantida con prenda, o hipoteca de bienes, no del deudor, sino de una tercera persona, no basta para que la reserva se realice que el acreedor y deudor convengan expresamente en la reserva; es necesario que los terceros a quienes pertenecen los bienes dados en prenda o hipoteca de la primitiva obligación accedan expresamente a la segunda obligación, acepten la reserva, el mantenimiento de tales garantías en seguridad de la nueva obligación”²¹.

²⁰ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 352.

²¹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 432.

Al mismo tiempo la novación es constitutiva: en el momento en que la deuda inicial se extingue nace una obligación independiente que toma el lugar de la antigua. El negocio jurídico que produce la novación es fuente convencional de obligaciones.

5. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

Hoy día, con las figuras de la cesión de créditos, la dación en pago, la asunción de deuda, la cesión de contrato y otras que permiten la modificación o transmisión de los vínculos obligatorios, se cuestiona la utilidad de la novación como instituto autónomo²². En futuras propuestas de modernización y de posible unificación del régimen civil y comercial de las obligaciones, la novación debe, a nuestro juicio, conservarse como mecanismo convencional, útil para reemplazar una obligación por otra. .

Este modo de extinción tiene una larga y fecunda existencia en la tradición del derecho civil continental. Su regulación actual en el Código Civil colombiano es, en general acertada, pero es aconsejable su simplificación y el texto legislativo debe concebirse de una manera más clara, haciendo explícito el carácter convencional de la novación desde la definición misma. Debe igualmente articularse la novación subjetiva por cambio de deudor con el régimen de cesión singular de deuda —asunción acumulativa y liberatoria— para evitar inconsistencias o vacíos que pueden presentarse entre ellas.

6. BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ: *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.

BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL: *Obligaciones civiles*, 3ª ed., México, Harla, 1984.

CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado comentado*, vol. VI, De las obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, 6ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, núm. 3, 2009.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO: *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., Puebla, Editorial Cajica, 1968.

²² PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 343.

- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. 1, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2002.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2009.
- PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, Albatros, 1982.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.
- SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1964.

B) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

- Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1913, “G. J.”, t. XXIII.
- Sala de Casación Civil, sent. de 3 marzo 1938, “G. J.”, t. XLVI.
- Sala de Casación Civil, sent. de 10 abril 1970
- Sala de Casación Civil, sent. de 16 marzo 2001

C) *Laudos arbitrales*

- Laudo de 18 mayo 1989. Curacao Harbour Towing & Service Co. N.V. vs. Transportadora Colombiana de Graneles S. A. Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo de 19 febrero 1997. Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. v. Sociedad Fiberglass Colombia S. A. Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo de 26 junio 2003. Corporación Club El Nogal v. Banco del Pacífico S. A. (en liquidación) Cámara de Comercio de Bogotá.

CAPÍTULO XV

LA REMISIÓN*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

1. CONCEPTO

Los particulares son libres para hacer dejación de sus derechos subjetivos patrimoniales, siempre que no esté prohibida la renuncia y que miren solo su propio interés¹. Esta última exigencia significa que es lícito prescindir de un derecho, siempre y cuando ello no vaya en perjuicio de terceros que, como en el caso de los acreedores, tienen interés legítimo en que se preserve la integridad de los activos patrimoniales del deudor que servirán de garantía general para la satisfacción de sus créditos.

Así pues, el sujeto activo de la obligación puede, por iniciativa propia, privarse de su derecho de crédito mediante la remisión o condonación de la deuda, que no es otra cosa que la renuncia que el acreedor hace de sus derechos en beneficio del deudor, es decir, el perdón o abandono que se hace del crédito². En la remisión, el acreedor se despoja voluntariamente de su derecho personal y de todas las prerrogativas que le confiere, liberando al deudor. Se clasifica como un modo no satisfactivo de extinguir las obligaciones, porque no se han cumplido ni se cumplirán las prestaciones que existían a cargo del deudor, en beneficio del acreedor³.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.553>.

** La autora agradece a Andrés F. Cifuentes la labor de investigación adelantada para la elaboración de este capítulo, y a Sergio Eduardo Hernández, estudiante de la Facultad de Derecho, por su apoyo en la actualización del mismo.

¹ C. C., art. 15.

² LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago-Santa Fe de Bogotá, Editorial Jurídica de Chile-Edit. Temis, 1992, pág. 470.

³ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 755; FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pág. 395.

El Código Civil colombiano prevé este medio extintivo, sin definirlo, y limita su regulación a tres artículos que lo tratan de manera incompleta, sujetando la remisión a las reglas de la donación entre vivos⁴. Como no existe norma especial sobre la materia en el ordenamiento mercantil colombiano, se aplicarán los mismos principios civiles de la condonación, por la alusión que hace el artículo 822 del Código de Comercio.

2. REQUISITOS Y NATURALEZA JURÍDICA

A) *Es un acto dispositivo*

Al renunciar a su derecho, el acreedor está disponiendo de un elemento activo de su patrimonio, por lo cual se requiere de su parte capacidad legal de ejercicio, conforme a las reglas generales, para remitir directamente una deuda⁵. Los representantes legales de los incapaces no pueden condonar deudas sin autorización judicial⁶ y los mandatarios necesitan poder especial y expreso para remitir deudas en nombre y por cuenta del mandante⁷.

B) *Es un acto unilateral*

En la doctrina, tanto nacional como internacional, se ha debatido sobre el carácter unilateral o bilateral de la remisión pues nuestro Código no menciona nada sobre el particular. Según algunos, es un acto convencional que requiere el consentimiento del deudor y del acreedor para que produzca efecto. Sostienen que el acreedor no puede por sí y ante sí renunciar a su derecho sin contar con la voluntad del otro extremo de la obligación. “La remisión hecha por el acreedor solo es una simple oferta que el deudor debe aceptar: el acreedor puede revocarla o retirarla, mientras no se produzca la aceptación del deudor”⁸. La aplicabilidad de

⁴ C. C., arts. 1711-1713.

⁵ C. C., arts. 1711, 1502 y concordantes.

⁶ Ley 1306 de 2009, art. 93, lit. a)

⁷ C. C., arts. 2158, 2159 y por analogía, 2165.

⁸ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 572. Añade el autor: “Tratándose de un crédito, de un derecho personal, [...] su derecho [del acreedor] deriva de una obligación personal que se ha formado por el consentimiento de las partes contratantes; no tiene una sola de las partes que han formado esta relación, de derecho, el poder de romper el vínculo creado entre ellas: todo contrato legalmente celebrado no puede ser invalidado sino por el con-

las reglas de la donación vendría en apoyo de esta tesis, en cuanto aquella tiene naturaleza convencional precisando, por un lado, la voluntad del donante de transferir una cosa y, por otra, la aceptación del donatario para recibirla⁹. Así, “si la remisión es a título gratuito, también debe consentir el deudor, porque tal remisión es una donación [...] y la donación es también un contrato”¹⁰.

En opinión de otros, la condonación es necesariamente unilateral porque se trata de una renuncia que el acreedor es libre de hacer a su conveniencia, sin que requiera el consentimiento del deudor. En nuestro medio, la tesis es sostenida con vehemencia por OSPINA FERNÁNDEZ, al considerar que la remisión es un acto unipersonal del acreedor realizado como liberalidad, y al retirarse extingue el vínculo liberando al deudor¹¹. Según el tratadista, el origen histórico de la figura en el derecho romano apoya esta conclusión, pues el sujeto activo de la obligación podía renunciar a su derecho sin contar con el consentimiento del deudor, lo cual se ve reforzado por el principio del *Digesto*, conforme al cual nos es lícito mejorar la condición de otro, aun sin su conocimiento, pero no empeorarla, principio que también sirvió de fundamento a la autorización a cualquier persona para pagar por el deudor. El requisito de la aceptación del deudor no se exige en la ley, sino que “es una invención artificiosa de la doctrina”¹². Concluye que la afinidad entre la donación y la remisión solamente obedece a que una y otra son actos gratuitos que implican el ánimo de liberalidad del donante o del acreedor remitente, por lo cual la ley les da un tratamiento análogo, pero que esta afinidad no autoriza la confusión entre las dos instituciones¹³.

También HINESTROSA respalda la unilateralidad de la remisión y le confiere identidad propia, por tratarse de una institución distinta del mutuo

sentimiento mutuo de las partes contratantes”. En el mismo sentido, CUBIDES CAMACHO define la remisión como la convención gratuita que tiene por objeto la renuncia que hace el acreedor de su derecho a exigir todo o en parte el pago del crédito. Considera que, una vez hecha la renuncia y aceptada por el deudor, queda extinguida la obligación en todo o en parte (*Obligaciones*, 5ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pág. 473).

⁹ C. de Co., art. 1443.

¹⁰ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 471.

¹¹ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, págs. 441-442.

¹² OSPINA, *op. cit.*, pág. 442.

¹³ *Ibid.*

disenso, que por definición impone el acuerdo de voluntades para deshacer el negocio y se predica solo en las obligaciones contractuales. En la remisión “el acreedor prescinde de su derecho de crédito, como quiera que lo haya adquirido, que se extingue por sus solas decisión y actuación”¹⁴. Siendo unilateral, se le deja en todo caso al deudor la facultad de apreciar su conveniencia “desde afuera”, pues no hay una oferta del acreedor que aquel deba aceptar para dar eficacia a la remisión¹⁵. Si el deudor decide rechazarla, continúa el autor citado, el efecto es resolver la remisión ya hecha por el acreedor, pudiendo el obligado extinguir la deuda mediante el pago por consignación. “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)”¹⁶.

En Italia MESSINEO, atendiendo la regla del artículo 1236 del *Codice Civile*¹⁷, afirma que la remisión es un negocio unilateral —por lo general entre vivos, aunque también *mortis causa*— pero es al mismo tiempo un negocio recepticio y por consiguiente, para adquirir eficacia, debe ser comunicado al deudor¹⁸, mas no requiere de su aceptación para lograr efecto extintivo. Pero el deudor puede en un tiempo oportuno —el que sea razonable según las circunstancias— declarar que no quiere aprovecharse de ella. Lo anterior significa, de acuerdo con el autor, “que nadie puede ser constreñido a ser liberado por efecto de la renuncia del acreedor al propio crédito”¹⁹. En este caso, el tratadista italiano no resuelve cuál es la consecuencia jurídica del rechazo expresado oportunamente por el deudor. Si, en cambio, este acepta, es inútil para configurar la renuncia, teniendo en cuenta la naturaleza unilateral de la remisión. Sin embargo, la aceptación puede tener una función útil: la de hacer ineficaz una ulterior declaración del deudor de no querer beneficiarse de la remisión²⁰.

¹⁴ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 756.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 759.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 760.

¹⁷ “Art. 1236: *Declaración de remisión de la deuda*. La declaración del acreedor de remitir la deuda extingue la obligación cuando es comunicada al deudor, salvo que este declare dentro de un término adecuado que no quiere aprovecharse de ella”.

¹⁸ MESSINEO, *op. cit.*, pág. 395

¹⁹ *Ibid.* pág. 395.

²⁰ *Ibid.*

En Argentina, ALTERINI se pronuncia en favor de la unilateralidad. Explica que no obstante el artículo 868 del antiguo Código Civil referirse a la aceptación, solo está prevista para que después de ella, la renuncia produzca sus efectos de manera irrevocable, de modo que el acreedor no tenga derecho ya a retractarse. “Pero aun antes de haber sido aceptada la renuncia produce igualmente efectos mientras no sea retractada. Esa producción de efectos solo puede ser concebida en virtud de la existencia de un acto jurídico que por emanar únicamente del acreedor, es unilateral”²¹. El actual Código Civil y Comercial de la Nación argentina, reglamenta en la sección 5ª la renuncia en general y la remisión como modo de extinguir las obligaciones. Las trata como actos unilaterales pero que requieren la aceptación del beneficiario para que surtan plenos efectos:

“Artículo 944. *Caracteres*. Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio.

“Artículo 945. *Renuncia onerosa y gratuita*. Si la renuncia se hace por un precio, o a cambio de una ventaja cualquiera, es regida por los principios de los contratos onerosos. La renuncia gratuita de un derecho solo puede ser hecha por quien tiene capacidad para donar.

“Artículo 946. *Aceptación*. La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa la extinción del derecho.

“Artículo 947. *Retractación*. La renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros.

“Artículo 948. *Prueba*. La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva.

“Artículo 949. *Forma*. La renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público.

“Artículo 950. *Remisión*. Se considera remitida la deuda, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en que consta la deuda. Si el documento es un instrumento protocolizado y su testimonio o copia se halla en poder del deudor sin anotación del pago o remisión, y tampoco consta el pago o la remisión en el documento original, el deudor debe probar que el acreedor le entregó el testimonio de la copia como remisión de la deuda.

²¹ ATILIO ANÍBAL ALTERINI y otros, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 693..

”Artículo 951. *Normas aplicables*. Las disposiciones sobre la renuncia se aplican a la remisión de la deuda hecha por el acreedor.

”Artículo 952. *Efectos*. La remisión de la deuda produce los efectos del pago. Sin embargo, la remisión en favor del fiador no aprovecha al deudor. La hecha a favor de uno de varios fiadores no aprovecha a los demás.

”Artículo 953. *Pago parcial del fiador*. El fiador que pagó una parte de la deuda antes de la remisión hecha al deudor, no puede repetir el pago contra el acreedor.

”Artículo 954. *Entrega de la cosa dada en prenda*. La restitución al deudor de la cosa dada en prenda causa solo la remisión de la prenda, pero no la remisión de la deuda”.

Se observa cómo esta obra legislativa dedica una reglamentación detallada a la remisión y prevé para ella la aplicación del régimen general de la renuncia de los derechos, muy distinto al método que emplea el Código Civil colombiano, que las trata en forma separada y tiene una regulación a nuestro juicio insuficiente para la remisión como modo de extinguir obligaciones. En todo caso, como renuncia a un derecho consideramos que se trata de un acto unilateral del acreedor, pero es conveniente que la ley indique si en la remisión se requiere la aceptación del deudor o la sola notificación. En la última sección de este capítulo sobre ‘Propuestas de modernización’ regresaremos a estos puntos.

C) *Es un acto gratuito*

Para la mayoría de la doctrina, la remisión es siempre gratuita porque el acreedor procede por mera liberalidad: se propone eximir al deudor sin que este haya cumplido y sin recibir otra cosa a cambio. El papel del deudor es, pues, pasivo²². En esta línea de argumento, la condonación solamente se da cuando el acreedor, con ánimo de liberalidad y con espíritu de beneficencia, le perdona al deudor la prestación debida²³. Se afirma que la gratuidad es elemento esencial de la remisión, pues si existiera alguna prestación a cambio, se traduciría en otro modo de extinguir las obligaciones, especialmente una transacción, una novación, una dación en pago. Si el acreedor recibe lo debido, hay pago; si recibe otra cosa,

²² ALTERINI, *op. cit.*, págs. 693-694.

²³ OSPINA, *op. cit.*, pág. 444.

habrá dación en pago o novación y si mediante una contraprestación se extingue un crédito discutible, existirá transacción²⁴.

“En este sentido la expresión «remisión onerosa» que utilizan algunos autores solo tendría el alcance de englobar estos modos de extinguir, que si bien implican un perdón también conllevan un interés especial en él, es decir, una onerosidad o equivalencia, y no reflejan la liberalidad pura”²⁵.

Por su parte, CLARO SOLAR señala que en sentido lato, la renuncia del crédito puede suceder a título gratuito o a título oneroso. Pero admite, de acuerdo con lo ya comentado, que cuando la renuncia se hace a título oneroso se confunde con otros hechos jurídicos, de los cuales pasa a ser un efecto o consecuencia. Pero en sentido estricto, el autor entiende por *remisión de la deuda*, el perdón o abandono gratuito del crédito hecho por el acreedor²⁶.

No obstante, en ciertas situaciones la renuncia de un crédito no obedece al ánimo liberal del acreedor, sino a una necesidad concreta en la que este, y más comúnmente, el colectivo de los acreedores en un proceso concursal deciden, por mayoría, hacer remisiones parciales, rebajas o quitas de las deudas con el propósito de hacer viable la reestructuración financiera del empresario en crisis²⁷. En estos eventos, conocidos también como de remisión forzosa, los acreedores “no proceden altruista y menos liberalmente, sino curándose en salud en salvaguarda de sus intereses”²⁸. Por lo dicho, se ha afirmado que se trata de una figura jurídica neutra, aunque la remisión de hoy tiende a ser interesada²⁹.

D) *Puede originarse en un acto inter vivos o por causa de muerte*

El acreedor puede, por una declaración o conducta suya, remitir una deuda con el ánimo de extinguirla, pero también puede hacerlo en el testamento para que tenga efecto después de su muerte. Es la llamada condonación testamentaria³⁰. Pero esta figura, que se encuentra reglamen-

²⁴ ALTERINI, *op. cit.*, pág. 694.

²⁵ JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pág. 473-474 y 479.

²⁶ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 470.

²⁷ Ley 1116 de 2006 (régimen de insolvencia empresarial), arts. 33 y 41.

²⁸ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 756.

²⁹ *Ibid.*, pág. 763.

³⁰ C. C., art. 1187.

tada en el capítulo correspondiente a los legados, no es otra cosa que el legado del crédito al deudor, que producirá la extinción de la obligación más por confusión que por remisión³¹.

3. REMISIÓN EXPRESA Y TÁCITA

El acreedor puede declarar su intención de perdonar la deuda de manera explícita, pero también tácitamente, mediante actos inequívocos que indiquen ese propósito. La ley, en el artículo 1713 del Código Civil consagra dos hipótesis que hacen presumir la voluntad de condonar:

- El acreedor o su representante expresamente autorizado, de manera voluntaria, hace entrega material al deudor del título que contiene la obligación. La entrega hecha por inadvertencia, por error o con otros fines (como depósito o mandato) descarta la presunción de remisión³². La entrega debe hacerse al deudor, sus causahabientes o representantes. No tiene efecto liberatorio para el deudor la entrega hecha a persona distinta (incluso al codeudor solidario, de obligación indivisible y el fiador)³³.

- El acreedor destruye o cancela el título con el ánimo de extinguir la deuda. Se entiende que con estas conductas el acreedor se desprende o elimina el mérito ejecutivo del documento original que contiene la obligación y de esa manera pierde la posibilidad de hacer el cobro.

Las presunciones anteriores son legales y no de derecho; el acreedor puede probar en contrario que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o que se hizo sin ánimo de condonar la deuda.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

“Aunque de acuerdo con la disposición del artículo 1712 del C. C. la remisión que procede de mera liberalidad, como lo sería la declarada en la sentencia, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que esta lo requiere, sin embargo, tratándose de remisión tácita no es posible dar aplicación a aquellos preceptos en cuanto solo digan relación con requisitos exteriores, porque fundándose en un hecho que se traduce en manifestación de voluntad tácita, esto es, en ausencia de toda forma, no hay lugar a exigir ninguna condición externa especial.

”[...]

³¹ OSPINA, *op. cit.*, pág. 446.

³² *Ibid.*, pág. 443.

³³ *Ibid.*

“La posesión de un título en manos del deudor, de acuerdo con los principios del derecho probatorio, debe considerarse regular en virtud de la regla legal de que la buena fe se presume y, por consiguiente, que le ha sido entregado voluntariamente. No siendo admisible otra prueba que la escrita respecto de obligaciones que por su cuantía deben constar de este modo, es lógico considerar que el acreedor que voluntariamente se deshace del título de su crédito, constante en documento privado, renuncia a la única forma de demostración de que legalmente podía disponer, dando origen de esta manera a que se presuma la liberación de su deudor, porque haya recibido el pago o porque quiera hacer remisión de la deuda”³⁴.

4. REMISIÓN TOTAL Y PARCIAL. LAS GARANTÍAS

El perdón de la deuda puede ser total o parcial, lo que producirá, respectivamente, la extinción total o parcial de la obligación. En la primera, se produce la liberación del deudor y la cancelación de todos los accesorios y garantías. En la parcial, las garantías subsisten hasta la solución final de la obligación o su extinción por cualquiera de los medios legales o convencionales.

El acreedor puede también hacer remisión de las cauciones que se hayan constituido para la seguridad de la deuda, pero en ese caso la renuncia a las garantías no hace presumir la condonación de la obligación principal y no afecta su existencia ni su exigibilidad sobre la prenda general³⁵.

5. REMISIÓN Y DONACIÓN

El artículo 1712 del Código Civil dispone que la remisión que procede de mera liberalidad está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y, en particular, requiere la insinuación en los eventos en que la donación la necesita.

Esta disposición no puede entenderse como que la remisión es una donación, porque no lo es, aunque pueden tener algunos elementos en común. La referencia a las reglas de las donaciones es solo eso: una integración normativa, teniendo en cuenta las reglas escasas con que cuenta la condonación.

³⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil., sent. del 20 noviembre 1940, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. L, núm. 1961-1963, pág. 444.

³⁵ C. C., art. 1713 *in fine*.

Aunque algunos autores afirman que la remisión es una donación³⁶, hay evidentes diferencias entre las dos figuras, que es del caso poner de resalto para delinear de manera nítida los perfiles de la remisión como institución autónoma. OSPINA, con acierto, considera que la donación es un contrato traslativo que genera para el donante obligación de dar, al paso que la remisión es un modo de extinguir las obligaciones de dar, hacer o no hacer, por lo que la supuesta identificación resulta falsa y la remisión cobra características propias que justifican su establecimiento legal³⁷.

A continuación se enumeran las diferencias que existen entre la donación y la remisión³⁸.

- La donación es un contrato que se forma con el acuerdo de voluntades entre donante y donatario. Su formación es bilateral, como toda convención, aunque su ejecución sea unilateral a cargo del donante. La remisión es un acto jurídico unilateral, porque la renuncia solo requiere la voluntad del acreedor.

- La donación como contrato está destinada a la creación de obligaciones, mientras que la remisión es un acto jurídico que extingue las obligaciones y no pretende crear obligaciones.

- La donación no se presume, debe de ser expresa³⁹. La remisión, por su parte, puede ser expresa o tácita y se presume en los casos previstos en el artículo 1713 del Código Civil, ya mencionados.

- La donación es gratuita por naturaleza; si nada se pacta, no habrá obligaciones ni cargas para el donatario. Pero cuando tiene causa onerosa, no degenera en otra institución jurídica⁴⁰. La condonación de deuda es esencialmente gratuita: si la renuncia se hace a cambio de otra prestación, la remisión degenera en otra figura como la novación, la dación en pago o la transacción.

6. LA INSINUACIÓN

La remisión, al igual que la donación, debe estar precedida de la insinuación notarial, si su valor excede los cincuenta salarios mínimos men-

³⁶ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 471.

³⁷ OSPINA, *op. cit.*, pág. 440.

³⁸ *Ibid.*, págs. 445-446.

³⁹ C. C., art. 1450.

⁴⁰ C. C. art. 1461.

suales. La insinuación es una solemnidad por la cual el notario autoriza su realización dando publicidad al acto de liberalidad del donante-remite-nte no solo para proteger su subsistencia futura, sino para tutelar los derechos de las personas que puedan estar interesadas en el patrimonio del donante-remite-nte y del donatario-deudor beneficiario, como son los acreedores y los herederos⁴¹.

7. EN OBLIGACIONES SOLIDARIAS

En este tipo de obligaciones, debe distinguirse el efecto de la condonación en el ámbito de los coacreedores (solidaridad activa) y en el de los codeudores (solidaridad pasiva):

- La remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios al deudor extingue la deuda con respecto a todos aquellos siempre que uno de dichos acreedores no haya demandado ya al deudor⁴².

- Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, la remisión no opera sino respecto del codeudor escogido, por tener un elemento *intuitu personae*. El acreedor podrá exigir a los demás la totalidad de la deuda, que continúan obligados solidariamente, con deducción de la cuota que correspondía al directamente beneficiado⁴³.

8. REVOCABILIDAD DE LA REMISIÓN

Decíamos al comenzar el capítulo que la renuncia de los derechos era lícita, siempre que no fuera contra derecho ajeno. Pues bien, dentro

⁴¹ C. C., art. 1458 modificado por el decreto 1712 de 1989. Se requiere capacidad de las partes y la solicitud conjunta presentada ante el notario. La escritura pública correspondiente deberá contener prueba fehaciente del valor comercial del bien donado o de la obligación remitida, de la calidad de propietario o titular del donante /remite-nte y de que este conserva lo necesario para su congrua subsistencia. Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 enero 1977, M. P.: Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CLV, núm. 2396, pág. 7. Nota: el decreto legislativo 545 de 2020, dictado en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica producida por la pandemia del Covid-19, suspendió el requisito de la insinuación judicial para las donaciones previsto en el art. 1458 del C. C., “cuya finalidad esté orientada a superar o mitigar la crisis ocasionada por la referida emergencia sanitaria, siempre que el donante y donatario sean plenamente capaces, y no se contravenga ninguna disposición legal”.

⁴² C. C., art. 1570. La remisión, la compensación y la novación tienen el mismo efecto en obligaciones con acreedores solidarios.

⁴³ C. C., art. 1575. OSPINA, *op. cit.*, pág. 448; CUBIDES, *op. cit.*, pág. 481.

de los efectos de las obligaciones, los acreedores cuentan con acciones encaminadas a la revocatoria judicial de los actos de remisión que realice el deudor en detrimento de la prenda general y que impidan la efectividad de los derechos crediticios.

Por un lado, la acción pauliana se encuentra diseñada para obtener dicha revocatoria para los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del proceso concursal. La remisión, como acto dispositivo de carácter gratuito, es revocable conforme a la regla segunda del artículo 2491 del Código Civil. Se requiere el daño al acreedor demandante en cuanto no haya activos embargables para la atención del crédito y basta la mala fe del deudor referida al conocimiento del mal estado de sus propios negocios. No debe probarse el *consilio* fraudulento con el tercero beneficiario de la remisión, como sí se exige para la procedencia de la acción en los actos onerosos de enajenación.

Por otro lado, la acción revocatoria concursal aplicable a los deudores sujetos a los procedimientos de reorganización y de liquidación judicial beneficia al colectivo de acreedores cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de ellos o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos. Para los actos celebrados a título gratuito, incluidas las remisiones de deuda, el período sospechoso es de hasta 24 meses antes de la apertura el respectivo proceso⁴⁴.

9. CONCLUSIONES

- La remisión es un modo directo de extinguir las obligaciones en el cual, por voluntad del acreedor, no hay lugar al cumplimiento de la prestación. Es una institución clásica que se incluye en todos los Códigos Civiles, aunque con distintos matices y contrastes.

- Aunque la condonación se somete a ciertas reglas de la donación, no se identifica con esta.

- La remisión es una renuncia que se materializa con la declaración o la conducta unilateral del acreedor, como toda renuncia. Esta es suficiente para desencadenar el efecto liberatorio, no se trata de una convención extintiva en la que debe concurrir la voluntad del deudor; no condiciona su eficacia pero sin duda debe comunicarse a su natural destinatario⁴⁵.

⁴⁴ Ley 1116 de 2006, art. 74.

⁴⁵ C. C. italiano, art. 1236. El artículo 1334 de la misma obra, que se refiere en general a la eficacia de los actos unilaterales, señala que estos producirán efecto desde

Como lo explica HINESTROSA, tras la comunicación el deudor podrá manifestar su rechazo a la condonación, lo que equivale al cumplimiento de una condición resolutoria. Al quedar sin efecto el perdón de la deuda, el obligado solo se liberará por cualquier medio distinto de la remisión, incluido el pago por consignación.

- Quienes piensan que debe deshacerse la obligación necesariamente con un acuerdo de voluntades confunden la obligación con la fuente contractual en la que el mutuo disenso es indispensable para la disolución voluntaria del vínculo. La remisión es una figura que procede para obligaciones nacidas de cualquier fuente, siempre que se cumplan los requisitos para su eficacia.

- En su sentido más puro y estricto, la gratuidad y el ánimo de beneficencia son elementos propios de la remisión, como lo sostienen la mayoría de los doctrinantes. Sin embargo, su ocurrencia es cada vez más frecuente y útil en escenarios concursales donde hay un interés colectivo en la suerte del deudor, pero a nuestro juicio no la convierte en onerosa, porque esta característica sí desnaturaliza la remisión y degenera en otras figuras ya mencionadas (dación en pago, novación, transacción).

10. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

En un futuro cercano, cuando se diseñe una reforma legislativa que busque la necesaria modernización y unificación del régimen de las obligaciones en el derecho privado, es necesario dotar a la remisión de un estatuto más preciso, técnico y completo que permita superar las viejas discusiones doctrinales que hemos esbozado.

La remisión, como renuncia al derecho crediticio, tiene un efecto abdicativo acorde con los dictados de la autonomía de la voluntad. Pero es indispensable que la ley sea clara en cuanto a su naturaleza unilateral y le dé un tratamiento normativo más explícito.

De la remisión debe dar el acreedor noticia oportuna al deudor y si este no formula objeción razonada, la remisión quedará en firme y el acreedor no podrá retractarse. La objeción del deudor solo podrá impedir que la remisión surta efectos cuando sea oportuna y justificada. La notificación

el momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que están destinados, y el 1335 dispone que se reputan conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario si este no proba haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de tener noticia de ellas.

extrajudicial al deudor —escrita o por otro medio idóneo— debe surtirse en observancia de los deberes de información que tienen entre sí los sujetos de la relación obligatoria, pero no estimamos necesaria su aceptación como requisito de eficacia de la remisión.

11. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y otros: *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago-Santa Fe de Bogotá, Editorial Jurídica de Chile-Edit. Temis, 1992.

CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, 5ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las Obligaciones*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*

Sent. de 20 noviembre 1940, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. I, núms. 1961-1963.

Sent. de 26 enero 1977, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CLV, núm. 2396.

CAPÍTULO XVI

LA CONFUSIÓN*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

1. CONCEPTO

El Código Civil regula la confusión en cinco artículos de manera escueta¹, pero con respecto a ella surgen importantes cuestiones que estudiaremos en este capítulo.

Siendo la obligación una relación de derecho, no puede concebirse sin los dos extremos que la componen y que son necesarios para que nazca y subsista: el deudor que tiene a su cargo la prestación y el acreedor que puede exigirla. Al desaparecer esta dualidad subjetiva, la obligación también se desvanece porque pierde uno de sus elementos estructurales.

La confusión es precisamente un modo de extinguir las obligaciones en el que, por el advenimiento de un hecho o acto jurídico posterior al nacimiento del vínculo, el deudor adquiere el mismo crédito que debía pagar o el acreedor recibe en su patrimonio la deuda que podía cobrar. “La confusión es un modo de extinguirse las obligaciones por la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedora y deudora”²; es el concurso, en un mismo sujeto, de dos cualidades que se destruyen mutuamente³. Al reunirse en la misma persona calidades excluyentes, la obligación no puede subsistir. En otras palabras: “[c]uando quiera que en una misma cabeza concurren las calidades de acreedor y deudor, de

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.554>.

** La autora agradece a Andrés F. Cifuentes la investigación realizada para este capítulo y a Sergio Eduardo Hernández, estudiante de la Facultad de Derecho su apoyo en la actualización del mismo.

¹ C. C., arts. 1724-1728.4.

² GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 450.

³ ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, trad. de M. C. de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 1978, pág. 405.

sujeto activo y de sujeto pasivo de la relación jurídica, esta se extingue por destrucción de su concepto, y que el ordenamiento jurídico lo que hace es reconocer dicha realidad ontológica”⁴.

Para que la confusión se configure debe haber necesariamente una sucesión jurídica⁵, ya sea en el débito o en el crédito, y dicha sucesión debe ser cruzada, es decir, el deudor le transfiere al acreedor su posición pasiva o este le traspasa a aquel su posición activa. Este modo de extinción se materializa cuando hay transmisión *mortis causa* o un negocio jurídico entre vivos que involucra al acreedor y al deudor, produciendo el efecto traslativo correspondiente. Cuando, tras estas operaciones, coinciden las dos calidades en una misma persona, la obligación se extingue de pleno derecho, sin que haya necesidad de alegarlo ni se requiera pronunciamiento judicial. Si en un proceso el juez la encuentra probada, puede y debe declarar la confusión oficiosamente⁶.

Aunque el artículo 1724 del Código Civil define la confusión y señala que ella produce los mismos efectos del pago, la doctrina ha discutido sobre la verdadera naturaleza de este fenómeno extintivo. Según los romanos, su efecto era liberar al deudor, más que extinguir la obligación en sí misma⁷. A continuación resumimos las posiciones más destacadas sobre este particular:

- Algunos tratadistas sostienen que la extinción se produce porque el cumplimiento se torna imposible⁸.
- Otros consideran que la confusión no suprime la obligación sino hace imposible el ejercicio de la acción que de ella emanaba⁹.
- También se ha expresado que, en cierto modo, la confusión se acerca al pago, porque, o el acreedor primitivo ha obtenido una satisfacción y es en virtud de ella como deja de serlo en beneficio del deudor, o dicho

⁴ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 767.

⁵ OSPINA, *op. cit.*, pág. 451.

⁶ Véase C. G. P., art. 282.

⁷ Dig., lib. LXVI, tít 1, fr. 71, citado por MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, pág. 375.

⁸ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 375.

⁹ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII, vol. III, De las obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 542.

acreedor ha transferido a título gratuito al deudor, el derecho correlativo a la obligación que este tenía¹⁰.

- En sentido contrario, se estima que en la confusión el acreedor nada recibe, pues el deudor no ejecuta prestación alguna. En ese orden de ideas, el derecho del acreedor subsiste porque no ha habido cumplimiento, pero al convertirse en deudor de esa misma prestación, el acreedor tendría que obrar contra sí mismo, y esto es imposible¹¹.

- Por otra parte se ha dicho que en realidad lo que sucede es que la obligación queda en estado de hibernación, pues si la confusión no tiene carácter definitivo, la obligación resucita y el acreedor podría hacerla efectiva¹². Según esta teoría, la acción del acreedor para exigir el cumplimiento se paraliza —pero no desaparece definitivamente—, mientras dure la confusión.

- En fin, otros autores critican estas divagaciones y las consideran inútiles, puesto que la figura se explica con toda lógica y su efecto extintivo se comprende si se repara en que desaparece la bilateralidad de la relación jurídica y en consecuencia, la obligación no puede subsistir al no poder ejercerla el acreedor contra sí mismo¹³.

En este aparte cabe mencionar la diferencia que hay entre la confusión de la compensación, ambos modos idóneos para extinguir obligaciones. En la primera, hay una sola obligación en que sus dos sujetos quedan reducidos a uno, mientras que en la segunda, hay dos obligaciones distintas contraídas entre las mismas dos personas: el acreedor de una es el deudor en la otra. Como lo ha expresado la jurisprudencia: “para que ella (la confusión) aplique es indispensable que en una misma persona concurren a la vez las calidades de acreedor y deudor, con relación a esta misma no con relación a otra, pues si una persona es a la vez acreedora de otra que en su turno tiene las mismas calidades, ese fenómeno no es el de la confusión, sino el de la compensación”¹⁴.

¹⁰ ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 417.

¹¹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 543.

¹² HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 76-79, reseñando la postura de MAZEUD y CHABAS en *Leçons, Obligations, Théorie générale*, pág. 1181.

¹³ OSPINA, *op. cit.*, pág. 450.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 diciembre 1925, M. P. José Miguel Arango, “G. J.”, t. XXXII, núms. 1644-1645, pág. 157. Véase la distinción en CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 543.

La confusión puede ser total o parcial. Si el traspaso del derecho o de la obligación abarca la totalidad del crédito o de la deuda, habrá confusión plena y por ende, la extinción será total. En cambio, si las dos calidades —deudor y acreedor— se reúnen solamente respecto de una fracción, la confusión solo extingue la deuda en esa parte¹⁵.

2. CONFUSIÓN POR TRANSMISIÓN “MORTIS CAUSA”

Con la muerte de las personas naturales se traspasan todos sus activos y pasivos patrimoniales a sus causahabientes, de acuerdo con las disposiciones del testamento —si el *de cuius* ha expresado su última voluntad— o de la ley, en ausencia de aquel, de suerte que la sucesión será testada o intestada.

De acuerdo con la ley civil, puede sucederse a una persona a título universal o a título singular. El primero se refiere a la sucesión “en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto”¹⁶. Las asignaciones a título universal se llaman herencias y los sucesores, herederos. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, la asignación se denomina legado y al asignatario, legatario¹⁷.

Se observa fácilmente que la confusión como modo extintivo puede ocurrir si la persona difunta tiene entre sus activos un derecho crediticio y la sucede a título universal su heredero que a la vez era su deudor. Así mismo, si el causante por testamento lega un crédito a título singular a quien era su deudor antes de fallecer, el legatario tendrá simultáneamente las calidades de deudor y acreedor, lo que producirá la extinción del vínculo.

En el lado pasivo, habrá confusión cuando el deudor muere y se traspa la universalidad del patrimonio a su heredero, que era su acreedor¹⁸.

¹⁵ C. C., art. 1726.

¹⁶ C. C., art. 1008.

¹⁷ C. C., arts. 1008, 1009 y 1011.

¹⁸ Los legatarios jamás responden de las deudas hereditarias ni testamentarias, a menos que el testador expresamente los haya querido gravar con ellas; pero la naturaleza de su llamamiento no comporta la obligación de pagarlas. (HERNANDO CARRIZOSA PARDO, *Las sucesiones*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Lerner, 1959, pág. 71). Los legatarios no representan al testador y no tienen más derechos ni cargas que las que expresamente se les confieren o impongan. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos y de la que pueda sobrevenirles en caso de la acción de reforma del testamento (C. C., art. 1162).

El artículo 1728 del Código Civil reza: “Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios”.

Aunque esta disposición se encuentra en el título correspondiente a la confusión como modo extintivo de las obligaciones, en realidad la palabra “confusión” tiene aquí un significado diferente: se refiere a la separación, a la no confusión de los bienes propios del heredero con los que forman parte del patrimonio hereditario, por lo cual el citado texto legal está mal situado e induce a apreciaciones equívocas¹⁹. En consecuencia, es menester distinguir la “confusión” como mecanismo extintivo de las obligaciones, de la denominada “confusión de patrimonios”, aunque estos dos conceptos se relacionan cuando la confusión —en la primera acepción— se produce por la sucesión *mortis causa*, como veremos en seguida.

Por su parte, la confusión de patrimonios ocurre cuando el asignatario acepta la herencia pura y simplemente de manera que, al perfeccionarse la adjudicación de los derechos y obligaciones del causante, estos se integran a la masa patrimonial del heredero formando una universalidad única que consolida la herencia con los bienes y deudas propios del heredero. El efecto de esta aceptación llana es que en cabeza del heredero quedan radicadas todas las obligaciones y todos los activos del fallecido, que se suman a las suyas, confundiéndose totalmente los dos patrimonios que en adelante se convierten en uno solo que cumple su función como prenda general de las deudas propias y de las recibidas por sucesión. “La regla que el heredero continúa la persona del difunto, solamente se aplica en rigor al heredero que acepta la herencia pura y simplemente, cuyo patrimonio, por el hecho de esta aceptación pura y simple, se confunde con el patrimonio hereditario formando con él un solo y mismo patrimonio”²⁰. En este evento, si el causante era deudor o acreedor del heredero, se produce la confusión *ipso iure*, por reunirse en este último la doble calidad de deudor y acreedor²¹.

Pero, si el causante era solvente por tener más activos que pasivos, el heredero podrá atender holgadamente las obligaciones que recibió sin menoscabar su situación financiera y pagará indistintamente a los

¹⁹ OSPINA, *op. cit.*, pág. 452.

²⁰ CLARO SOLAR, *op. cit.*, págs. 545-546.

²¹ “La confusión no puede comprender al heredero que no ha aceptado”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 agosto 1927, M. P. José Miguel Arango, “G. J.”, t. XXXIV, núms. 1747-1748, pág. 278.

acreedores propios y a los de la herencia con los recursos que tiene en el patrimonio así integrado. Pero si el *de cuius* era insolvente y dejó más deudas que bienes, el heredero deberá responder personalmente por dichas obligaciones incluso con bienes propios, más allá de las fuerzas de herencia (*ultra vires hereditatis*).

El heredero puede salvaguardar su propia solvencia contra el escenario desfavorable de la herencia antes descrito, invocando el beneficio de inventario al momento de aceptar la herencia, beneficio definido legalmente de la siguiente manera: “El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”²².

PLANIO y RIPERT señalan que cuando el heredero acepta la sucesión bajo el beneficio de inventario, se le considera, por ficción, poseedor de dos patrimonios distintos, cada uno con sus respectivos derechos y obligaciones, por lo cual se considera que esta aceptación crea una situación que constituye un obstáculo para la confusión²³.

Este beneficio entraña entonces la separación del patrimonio del heredero del patrimonio del causante, evitando la confusión de ellos poniendo los bienes personales del heredero al abrigo de la persecución de los acreedores del difunto, permitiéndole excepcionar de estar consumidos los bienes relictos, para escapar al pago del saldo insoluto²⁴. En otras palabras: el heredero responde *intra vires hereditatis*, limitado a las fuerzas de la herencia y protegiendo de paso a los acreedores del difunto de la insolvencia del heredero. Tal es la separación de los patrimonios, que si el heredero beneficiario paga con su propio dinero las deudas de la herencia, es jurídicamente un tercero que está solucionando una deuda ajena y como tal se subroga por ministerio de la ley en los derechos de los acreedores satisfechos²⁵.

El efecto principal del beneficio de inventario con la separación de patrimonios que genera es que las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión²⁶.

²² C. C., art. 1304.

²³ PLANIO y RIPERT, *op. cit.*, pág. 375.

²⁴ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 73.

²⁵ C. C., art. 1668, num. 4.

²⁶ C. C., art. 1316 que contiene la misma regla que el art. 1728.

Siendo así, el heredero tiene acción contra la sucesión para el pago de su crédito y viceversa, la sucesión la tiene contra el heredero deudor por lo que este deba²⁷.

Una consecuencia jurídica análoga surge del beneficio de separación patrimonial, que los acreedores del difunto pueden invocar para evitar que los bienes de este se confundan con los del heredero y para obtener con aquellos un pago preferencial de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sobre las deudas propias del heredero²⁸. Este beneficio otorga un verdadero privilegio a los acreedores que lo alegan hasta concurrencia de los activos hereditarios, pero no libra de responsabilidad a los herederos. Los acreedores de la herencia que gocen del beneficio de separación solo tienen acción contra los herederos cuando se hayan agotado los bienes del causante²⁹. Se observa cómo, al ser una prerrogativa de los acreedores, el beneficio de separación no limita la responsabilidad de los herederos, lo que sí se logra con el beneficio de inventario.

El beneficio de separación también constituye un obstáculo para que las obligaciones que contrajeron los herederos —que aceptaron pura y simplemente la herencia— con su causante (acreedor) se extingan por confusión, pues al quedar separada la masa sucesoral del patrimonio del heredero, los acreedores del causante tienen el crédito en cuestión como parte del activo herencial que les sirve de garantía de pago, por lo cual la confusión les perjudica.

“A la inversa, si el heredero era acreedor del difunto su crédito extinguido por confusión con la aceptación lisa y llana de la herencia que él había prestado, revivirá también para ser pagado con los bienes de la herencia, sin lo cual sus acreedores personales resultarían perjudicados”³⁰.

En suma: mientras que la aceptación pura y simple de la herencia produce no solo la confusión de los patrimonios sino la confusión de los créditos y deudas del heredero con las del causante, los dos eventos de separación patrimonial —sea a instancias de los herederos o de los acreedores hereditarios o testamentarios (beneficio de inventario y de separación, respectivamente)— por las razones esbozadas hacen imposible la confusión de las deudas y créditos del difunto con las del heredero.

²⁷ CARRIZOSA PARDO, *op. cit.*, pág. 73.

²⁸ C. C., art. 1435.

²⁹ C. C., art. 1440.

³⁰ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 546-547.

3. CONFUSIÓN POR TRANSMISIÓN “INTER VIVOS”

Todos los negocios jurídicos por los cuales se transmiten créditos y deudas, ya sea a título singular, como parte de esquemas contractuales o de universalidades de hecho o de derecho, pueden originar la extinción de obligaciones por confusión si en virtud de tales negocios traslativos las calidades de deudor y de acreedor convergen en una misma persona natural o jurídica³¹.

Bajo este supuesto, puede presentarse confusión tras la cesión singular de créditos, la subrogación que se desencadena en razón del pago efectuado por un tercero, la cesión del derecho de herencia, la cesión de derechos litigiosos, la asunción de deudas³², la sustitución en la posición contractual, la enajenación de establecimientos de comercio, la fusión y escisión de sociedades³³.

4. EFECTO

Cuando por causa de una sucesión jurídica coexisten las dos calidades incompatibles de deudor y acreedor en una misma persona, la obligación se extingue al desaparecer la dualidad de sujetos que necesariamente componen toda relación jurídica. OSPINA considera incorrecta la redacción del artículo 1724 del Código Civil según el cual la confusión produce “iguales efectos que el pago”, pues la extinción de la obligación sucede porque la situación del acreedor de sí mismo deja de ser una relación bilateral, un vínculo jurídico³⁴. Pero aquí cabe precisar que la confusión tiene los mismos efectos del pago en cuanto comporta la extinción de una obligación; lo que es diferente entre el pago y la confusión es el motivo o la razón de la extinción, mas no el efecto último de cualquiera de estos dos modos.

Al dejar de existir la relación crediticia, se extinguen también sus accesorios, garantías y privilegios, pues lo accesorio sigue la suerte de

³¹ Véase el régimen de los distintos mecanismos en el capítulo “Transmisión de las obligaciones”, en este tomo.

³² Siempre que se haya pactado la continuidad del vínculo con el nuevo deudor para evitar la extinción como consecuencia de la delegación novatoria.

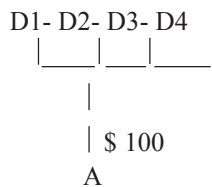
³³ Véase HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 769.

³⁴ OSPINA, *op. cit.*, pág. 453.

lo principal³⁵. *A contrario sensu*, la confusión que extingue la fianza no destruye la obligación principal, como cuando el acreedor deviene heredero del fiador o este deviene heredero del acreedor³⁶.

En cuanto a los efectos de la confusión que recae sobre obligaciones solidarias, el artículo 1727 del Código Civil prevé las dos hipótesis posibles:

A) Confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor



En el ejemplo, D1, D2, D3 y D4 son deudores solidarios frente a A, acreedor único, por \$ 100. Supongamos que A fallece y D1 es su heredero universal, que acepta la herencia pura y simplemente. Esta aceptación produce la confusión de patrimonios y D1 se convierte a la vez en deudor y acreedor, supuesto que desencadena la confusión de la obligación. Esta confusión extingue la totalidad de la deuda, pero como ahora D1 es también acreedor por el saldo, ocupando la posición de A puede exigir \$ 25 a D2, \$ 25 a D3 y \$ 25 a D4, para recuperar \$ 75, que representa el total de lo debido, con deducción de la cuota de D1, deudor confundido. En el saldo de \$ 75 ya no hay solidaridad, que se termina al momento de efectuarse la confusión, como ocurre con el pago de obligaciones solidarias por uno de los deudores³⁷.

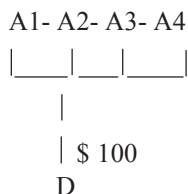
Es decir, en la confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, aquel podrá repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda.

³⁵ Al respecto, véase la sentencia de 19 agosto 1935 (Sala de Casación Civil, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, “G. J.”, t. XLIII, pág. 355): “Se opera el fenómeno de la confusión de calidades de acreedor y deudor que extinguió la deuda por arrendamientos, y, consecuentemente, la fianza con relación a ellos”.

³⁶ C. C., art. 1725. Véase POTHIER, *op. cit.*, pág. 406.

³⁷ Debe recordarse que las obligaciones solidarias por definición tienen objeto divisible. C. C., art. 1568.

B) *Confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor*



En este ejemplo, D como obligado único, debe pagar \$ 100 a A1, A2, A3 y A4, acreedores solidarios. Supongamos ahora que A1 cede su crédito a D, de forma que D detenta al mismo tiempo la condición de coacreedor solidario y de deudor. De nuevo, la confusión extingue la totalidad de la deuda, la solidaridad se acaba por lo que A2, A3 y A4 tienen derecho a exigir su cuota en el crédito. Así, A1 deberá pagar a sus coacreedores A2, A3 y A4, \$ 25 a cada uno para un total de \$ 75, pues se deduce la parte de A1.

En otras palabras, el acreedor confundido estará obligado a pagar a cada uno de los otros acreedores la parte que respectivamente les corresponda en el crédito³⁸.

5. POSIBILIDAD DE QUE LA OBLIGACIÓN RESUCITE CUANDO PIERDE EFICACIA EL HECHO O NEGOCIO QUE ORIGINA LA CONFUSIÓN

La confusión tiene carácter firme y concluyente; es decir, la acción del acreedor para el cobro del crédito no puede ejercerse desde que

³⁸ HINESTROSA explica esta solución acudiendo a las reglas dadas para liquidar las relaciones entre los componentes del grupo acreedor o entre los miembros del grupo deudor (C. C., arts. 1579 y 1727); 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 (*op. cit.*, pág. 769). CLARO SOLAR también examina la confusión en obligaciones solidarias: “Si la confusión se efectúa entre uno de varios deudores solidarios, cuya obligación se refiere como tal a la deuda en su totalidad, y el acreedor considera la situación que se produce como si en su calidad de deudor hubiera pagado toda la deuda subrogándose en los derechos del acreedor contra sus codeudores, y pudiendo exigir de cada uno de ellos la parte o cuota que respectivamente le corresponda en la deuda. Por el contrario, si siendo varios acreedores solidarios de un solo deudor, se efectúa confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, se supone pagada totalmente la deuda por el deudor, cuya calidad ha asumido dicho acreedor; y en tal situación el acreedor que ha sucedido al deudor, deberá pagar a cada uno de sus coacreedores, [...] la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito”. (*op. cit.*, pág. 551).

ocurre el hecho que la configura y así indefinidamente hacia el futuro. Si la confusión produce además la extinción de la obligación, se libera no solo el deudor sino sus garantes. Así pues, puede considerarse que la extinción de dicha acción es permanente e irreversible. En opinión de CLARO SOLAR, los efectos de la confusión no son permanentes como los del pago, puesto que cuando el hecho jurídico que dio nacimiento a la confusión desaparece, porque es anulado, rescindido o revocado, la confusión desaparece también³⁹, aunque afirma que debe conocerse lo que produce tal desaparición para aplicar los efectos que correspondan, como veremos a continuación.

Como la confusión proviene de eventos de sucesión jurídica, ya sea por causa de muerte o por actos entre vivos, es posible que el hecho o negocio que originó la confusión desaparezca por una razón legal o convencional. En este escenario, la doctrina ha indagado si el efecto extintivo de la confusión puede borrarse ante la ineficacia de ella, haciendo renacer la obligación o, si se quiere, liberándola de la paralización que algunos suponen se ha producido por la confusión⁴⁰. De ahí la relevancia de considerar si mediante la confusión se extingue en la obligación o si el derecho queda neutralizado, pues el acreedor no puede ejercer una acción contra sí mismo⁴¹.

PLANIOL y RIPERT señalan que la confusión puede cesar cuando la causa que la produce desaparece. Y se preguntan: ¿en este caso renace la deuda extinguida por la confusión? Responden que ello depende de las circunstancias: si la causa de la confusión se extingue retroactivamente, se considera que nunca ha operado la confusión y que siempre ha existido la deuda, como es el caso de la nulidad del acto que dio origen a la confusión. Al contrario, cuando la causa que hace cesar la confusión es un nuevo hecho, queda definitivamente extinguida la deuda⁴².

PÉREZ VIVES, al responder a la pregunta de si puede cesar la confusión, coincide en que es necesario distinguir la causa de ella. Si esta se debe a la nulidad del acto que fue causa de la confusión, como cuando se anula el testamento en virtud del cual se operó, el autor admite que la

³⁹ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 552.

⁴⁰ OSPINA, *op. cit.*, pág. 453.

⁴¹ En esta materia, HINESTROSA cita a LAURENT, DEMOLOMBE, y VON IHERING, *op. cit.*, pág. 770.

⁴² PLANIOL, *op. cit.*, pág. 376.

obligación que se suponía extinguida revive, con todos sus accesorios, pero si la cesación se debe a otra causa (como resolución, retracto, cesión, etc.), la confusión ha obrado definitivamente y la obligación no revive⁴³.

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la ineficacia de la confusión puede sobrevenir principalmente por dos razones que deben identificarse para diferenciar sus efectos jurídicos:

- Nulidad o rescisión del negocio que dio origen a la confusión por un vicio en su validez que produce esa sanción jurídica. Esto es lo que se ha denominado una “causa antigua”, por ser anterior o simultánea a la confusión y que afecta negativamente al acto generando una ineficacia. Por ejemplo, cuando se declara nulo el testamento por el cual el heredero adquirió la deuda respecto de la cual era al mismo tiempo acreedor, o se rescinde la cesión del crédito o cualquier otro negocio traslativo del que surgió la confusión. La ineficacia obra retroactivamente (*ex tunc*) y, al regresar las cosas al estado anterior, la obligación revive con todos sus accesorios, al igual que la respectiva acción de cobro, la cual regresa de su condición latente y puede ser ejercida por el acreedor⁴⁴.

- Un hecho voluntario del deudor, del acreedor o de ambos mediante el cual deshacen la confusión, conducta que es posterior a la confusión ya consumada, es decir una “causa nueva”, como lo son el mutuo disenso, la resolución por incumplimiento del contrato que produjo la traslación del crédito o del débito. Aquí la confusión produjo ya efectos definitivos, la obligación se extinguió con todos sus accesorios y se produjo la liberación del deudor y de los terceros garantes, los cuales no se restablecen tras la aparición de la “causa nueva”⁴⁵.

En síntesis: la confusión tiene carácter liberatorio definitivo y adquiere firmeza cuando se realiza la sucesión jurídica que la origina, aunque posteriormente las partes de manera voluntaria la deshagan. En cambio, cuando la confusión se torna ineficaz por causas legales anteriores a ella o concomitantes, la operación desaparece con efecto retroactivo sin afectar la liberación del deudor y de los garantes, ni la extinción de los accesorios de la deuda.

⁴³ PÉREZ VIVES, *op. cit.*, pág. 419.

⁴⁴ Véase HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 770.

⁴⁵ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 770; OSPINA, *op. cit.*, pág. 453. Ambos autores citan a DEMOLOMBE, que propuso la distinción entre la causa antigua y la necesaria, de la nueva y la voluntaria.

6. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

La confusión es un mecanismo extintivo que debe continuar en el régimen de las obligaciones, preferiblemente unificadas en un Código integrado. Una vez acaecido el fenómeno traslativo de las obligaciones —sea *mortis causa* o entre vivos, singular o universal— si la misma persona natural o jurídica queda ostentando simultáneamente la calidad de acreedor y deudor, ocurre la confusión y ella opera de pleno derecho. La transmisión de créditos o de obligaciones *mortis causa*, la cesión de créditos, de deudas, de contratos, las fusiones, etc., son las fuentes de la confusión y esto debe quedar claro en la reglamentación de este mecanismo.

En su futura definición, puede aportar claridad si la norma expresa que dicho fenómeno se produce cuando en virtud de un hecho o acto jurídico ocurrido una vez creado el vínculo, la calidad de acreedor y deudor se condensa en el mismo sujeto y en el mismo patrimonio⁴⁶.

Por otro lado, conviene afianzar la distinción de la confusión como modo directo de extinguir obligaciones y la confusión patrimonial que ocurre cuando un heredero acepta la herencia pura y simplemente, es decir, sin beneficio de inventario. En materia hereditaria debe precisarse que entre el causante y el heredero o legatario hay extinción por confusión de aquellas obligaciones que estén a cargo de estos últimos, que terminan siendo titulares del derecho de crédito en cuestión. Así mismo, en el caso inverso cuando hay créditos a favor de los causahabientes y a cargo del *de cuius*.

Por último, es deseable que se regulen los efectos que tienen las vicisitudes que puedan afectar el acto jurídico por el cual se originó la confusión, esto es, si hay ineficacia inicial del negocio que la produjo por un vicio en su formación (nulidad del testamento, de la cesión de créditos, por ejemplo), o si aquella pierde efectos por una conducta voluntaria del deudor, como el incumplimiento que puede dar lugar a la resolución del acto-fuente de la confusión.

En estos casos, para dar certeza a las partes, pueden adoptarse los criterios ya explicados sobre si se trata de una “causa antigua” o de una “causa nueva” y así definir si la confusión se mantiene o si por el contrario revive la obligación y queda en el estado previo de la fallida confusión,

⁴⁶ Por ejemplo, el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, en su art. 931 señala: “La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio”.

con las consecuencias que correspondan relativas al plazo de prescripción que seguiría corriendo en contra del acreedor.

7. BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

- ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL y AMAT LLARI, MARÍA EULALIA: “La extinción de la relación obligatoria”, en *Manual de derecho civil*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *Derecho civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII, vol. III, De las Obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN: *Manual de derecho civil. Obligaciones*, 11ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- MAZEUD, HENRI, LÉON y JEAN: *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. III, trad. de Luis Alcalá-Zamora, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.
- POTHIER, ROBERT-JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*, trad. de M. C. de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 1978.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO: *Manual de Obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2003.
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO: *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010.

B) Jurisprudencia

a) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

- Sent. de 7 diciembre 1925, M. P. José Miguel Arango, “G. J.”, t. XXXII, núms. 1644-1645.
- Sent. de 31 agosto 1927, M. P. José Miguel Arango, “G. J.”, t. XXXIV, núms. 1747-1748.
- Sent. de 19 agosto 1935, M. P. Eduardo Zuleta Angel, “G. J.”, t. XLIII. Al desaparecer esta dualidad subjetiva, la obligación también se desvanece porque pierde uno de sus elementos estructurales.

CAPÍTULO XVII

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Las obligaciones no se contraen a perpetuidad. Estos vínculos jurídicos son necesariamente temporales¹ y están llamados a extinguirse por el cumplimiento de la prestación (pago) o por cualquier otro modo mediante el cual, de acuerdo con la ley, se libere al deudor². Ello es así, aun sin que se haya satisfecho el interés del acreedor, en ciertos casos en que es imperioso dar certeza a las relaciones jurídicas, cuando el titular del derecho crediticio permanece indiferente a la hora de hacerlo efectivo. La prescripción extintiva es precisamente uno de estos eventos en los que el sujeto activo, por su propia negligencia, queda desprovisto de la acción que de ordinario tiene para que el deudor renuente honre su compromiso de dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio de aquel.

Si bien sobre el deudor pesa el débito, en virtud del cual ofrece en garantía su patrimonio y está expuesto a la ejecución coactiva que puede incoar el acreedor, este tiene una carga de diligencia que le impone actuar cuando no ha recibido la prestación, ejerciendo las acciones que las leyes le confieren para el cobro y la tutela de su derecho subjetivo patrimonial. Si el acreedor omite esta conducta por un tiempo prolongado, puede presumirse que ya ha recibido el pago o que ha perdido el interés que tenía y debido a ello ha renunciado a su derecho o ha perdonado al deudor³. “Si

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.555>.

¹ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 831.

² C. C., art. 1625.

³ Al respecto, véase HENRI y LÉON MAZEAUD, *Derecho civil*, Parte segunda, El cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 406.

el acreedor deja de exigir la prestación por largo tiempo es de presumir que el servicio que se le debe no le interesa, entonces su derecho pierde su razón de ser”⁴.

Aunque la prescripción no está exenta de recibir críticas porque puede amparar un despojo y de ella podrían valerse deudores inescrupulosos para eludir el pago de sus deudas, se justifica por razones de conveniencia porque trae estabilidad a las relaciones jurídicas. Pasado un tiempo prudencial sin que el acreedor exija el crédito es porque ha recibido el pago o porque la obligación se ha extinguido por otro medio. Si no es así, el acreedor ha sido muy negligente en la protección de sus derechos y no merece tutela jurídica, pues al legislador no cabe preocuparse más que el acreedor mismo⁵. El que no cobra sin tener intención de condonar la deuda sufre una verdadera expoliación⁶, pero al mostrarse negligente, su inactividad merece ser sancionada y su interés sacrificado frente al del deudor cuya incertidumbre debe ser resuelta consolidando una situación jurídica que a este favorece⁷. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que el fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción es el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción; en otras palabras: el ánimo real o presunto de no ejercerlos⁸.

De no existir la prescripción liberatoria, los deudores de obligaciones muy antiguas se verían forzados a conservar indefinidamente la prueba del pago⁹ lo cual no es deseable porque al derecho, en aras del orden y paz sociales, importa liquidar lo atrasado y evitar discusiones sobre contratos o hechos cuyos títulos se han perdido o cuya memoria se ha borrado¹⁰.

⁴ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 465.

⁵ RENÉ ABELIUK, *Las obligaciones* t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 996.

⁶ MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, pág. 392.

⁷ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 412.

⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 noviembre 1976, M. P. Aurelio Camacho Rueda, “G. J.”, t. CLII, págs. 505 y ss.

⁹ ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 462.

¹⁰ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 391. En sent. de 31 octubre 1950 de la Sala de Negocios Generales, la Corte señaló, reiterando jurisprudencia anterior: “El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, debe presumir que

Según HINESTROSA, la presencia de la prescripción extintiva es indispensable por exigencias del tráfico jurídico y en razón de la necesidad de certeza de las relaciones, de claridad, de seguridad y paz jurídicas, de orden y paz social y para sanear situaciones contractuales irregulares¹¹.

Este capítulo versará sobre la prescripción extintiva o liberatoria, institución que tiene consagración universal en los sistemas jurídicos, en la medida en que los deudores no pueden mantenerse ligados a la obligación de manera indefinida. Llegará un momento en que el obligado recobre la libertad y en adelante su patrimonio no servirá más de prenda general para el acreedor que no ejerció sus facultades oportunamente.

En el derecho romano primitivo las acciones eran perpetuas, con pocas excepciones. El deudor no podía defenderse invocando la inacción de su acreedor, por prolongada que ella fuese. Solo en el año 424, bajo el mandato de Teodosio II, una constitución imperial estableció como medio de defensa contra las acciones perpetuas la prescripción treintenaria (*prescriptio triginta annorum*)¹².

En las legislaciones modernas, se le reconoce al deudor la posibilidad de alegar la prescripción liberatoria cuando el acreedor no ha reclamado

su derecho se ha extinguido. La prescripción que interviene entonces evitará pleitos cuya solución será muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana. Esos principios de jurisprudencia que se puede decir universal, dominan la materia cuando de ella se ocupa el legislador colombiano en el título XLI del Libro IV del C. C.; se prescribe una acción cuando se extingue por la prescripción (art. 2512). La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo [*sic*] durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. (art. 2535). De modo que, de acuerdo con tales principios, una acción debe tenerse como extinguida cuando ella no se ha ejercitado durante el tiempo que la ley ha señalado para su ejercicio. «La única condición necesaria para la prescripción extintiva de acciones y derechos es solamente el que se cumpla cierto lapso de tiempo [*sic*] durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Ella se funda tanto en la presunción de que las obligaciones y derechos ajenos se han extinguido, como en el concepto de pena infligida al acreedor negligente que ha dejado pasar un tiempo considerable sin reclamar su derecho». (Cas., 2 noviembre 1927, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXV, pág. 57).

¹¹ FERNANDO HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, págs. 55-56.

¹² Código Teodosiano y luego Código de Justiniano. Véase PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 393. En el antiguo derecho francés —anterior al Código de Napoleón— los plazos de prescripción eran muy largos: de 40 a 100 años para sectores sociales privilegiados. Véase ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., Puebla (México), Edit. Cajica, 1968, pág. 835.

su crédito dentro del plazo fijado por la ley. La tendencia actual es reducir los plazos para consolidar en tiempo más bien breve las situaciones jurídicas, sin desproteger el derecho de crédito, pues se concede en todo caso al acreedor un tiempo suficiente para realizar el cobro.

Pero en nuestro Código Civil, al igual que en otros códigos de estirpe napoleónica, la prescripción no produce la desaparición del derecho subjetivo del acreedor; lo que se extingue es la obligación civil con su acción anexa para el cobro coactivo. El deudor permanece ligado en virtud de un vínculo moral: la obligación natural que sobrevive¹³, pues tan solo se extinguen los medios de exigir el cumplimiento, esto es, la acción. La obligación civil que desaparece se sustituye con una obligación natural¹⁴ quedando el acreedor en imposibilidad jurídica de compeler al deudor, facultad que de suyo tiene toda obligación civil válida. El acreedor de ahí en adelante carece de mecanismos para coaccionar al deudor al pago¹⁵.

La prescripción es entonces un modo legal de extinción, no de la obligación misma, sino de la acción, la que sanciona y por esa razón deja subsistente una obligación natural con cargo al deudor¹⁶. Si el deudor paga espontáneamente, el pago es válido; no hay pago indebido porque tiene causa. El *solvens* no puede repetir lo pagado y el acreedor puede retener la prestación. Con la prescripción extintiva nace para el deudor una excepción perentoria que puede oponer al acreedor cuando es demandado para el cobro más allá del plazo legal¹⁷. Aunque no ha pagado, el deudor puede oponerse al cumplimiento sin comprometer su responsabilidad¹⁸.

¹³ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 425. Véase el art. 1527 del C. C. col.

“Las obligaciones son civiles o puramente naturales.

”Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

”Tales son: [...] 2. Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción [...]”.

¹⁴ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 410.

¹⁵ ARTURO ALESSANDRI, *Derecho civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, pág. 475.

¹⁶ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 406.

¹⁷ MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, *Obligaciones civiles*, 3ª ed., colección Textos Jurídicos Universitarios, México, Harla, 1991, pág. 503; ALESSANDRI, *op. cit.*, pág. 475. En Colombia, véase JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pág. 516.

¹⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 819.

2. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN

Para que la prescripción tenga el efecto extintivo mencionado, deben cumplirse los siguientes requisitos¹⁹.

A) *Transcurso del tiempo previsto por la ley*

El término de que dispone el acreedor para exigir el pago se encuentra señalado por la ley. Puede iniciar el cobro coactivo si dispone de una prueba sobre la obligación clara, expresa y exigible a cargo de su deudor (título ejecutivo)²⁰, o puede incoar una acción para que el juez establezca, con fuerza de cosa juzgada, la existencia y el monto del derecho crediticio, mediante un fallo declarativo y de condena. La acción ejecutiva prescribe en cinco años y la ordinaria en diez²¹. Hay también prescripciones de corto plazo previstas en el Código Civil y otras que aplican de manera especial a ciertos contratos, previstas en el Código de Comercio, como veremos posteriormente.

B) *Que ese tiempo sea continuo*

El tiempo para la prescripción debe correr de manera continuada. Hay dos obstáculos que impiden que el tiempo se tenga en cuenta: la interrupción y la suspensión²², que se examinarán más adelante.

C) *Que haya inacción del acreedor durante todo el tiempo*

Durante todo el lapso de la prescripción extintiva, el acreedor debe permanecer inactivo sin cobrar el crédito. Hay un “silencio de la relación jurídica”²³, durante el cual el deudor no paga y el sujeto activo se abstiene

¹⁹ La jurisprudencia colombiana ha señalado solo dos elementos: “Del art. 2535 del C. C. se deduce que son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos: 1º) el transcurso del tiempo señalado por la ley, y 2º) la inacción del acreedor. El tiempo de la prescripción de la acción ejecutiva se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible” (C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 18 junio 1940, M. P. Juan Antonio Donado, “G. J.”, t. XLIX, pág. 726).

²⁰ C. de P. C., arts. 422 y ss.

²¹ C. C., art. 2536.

²² VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 467.

²³ Expresión empleada por ABELIUK, *op. cit.*, pág. 1007.

de exigir su derecho. La inercia del titular no debe ser necesariamente deliberada ni culposa²⁴, aunque es imperioso que no tenga un impedimento para demandar; si lo está, puede haber suspensión de la prescripción.

No es suficiente el elemento objetivo del paso inexorable del tiempo; se requiere además y de manera fundamental un elemento subjetivo, que es la pasividad del acreedor²⁵.

D) *Que el deudor la alegue*

Es necesario que el deudor la invoque para beneficiarse de la prescripción²⁶; el juez no puede declararla de oficio, aunque la encuentre

²⁴ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, op. cit., pág. 87.

²⁵ Sobre este elemento, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 11 de enero de 2000, afirma que el efecto de la prescripción no es obra exclusiva del tiempo. “Es menester algo más que esto; ya no es bastante a extinguir la obligación el simple desgranar de los días, dado que se requiere, como elemento quizá subordinante, la inercia del acreedor. Sí. A la labor del tiempo debe aparecer añadida tal desidia; nótese aquí que la tendencia ha sido la de que los derechos no sean marmóreos y que, antes bien, se muestren con fuerza vivificante acorde con la función social a que naturalmente están destinados, siempre en el bien entendido de que los derechos no son fines en sí mismos considerados, sino medios: procúrase así que muten el estatismo por el dinamismo. En fin, que se manifiesten a través de su ejercicio; razón le asiste a GIORGI cuando dice, con su proverbial maestría, que derecho que no se manifieste equivale a un derecho que no existe, porque «lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años». Condénase, así, el no ejercicio de los derechos, porque apareja consecuencias adversas para su titular, ocupando un lugar especial la prescripción. Todas estas cosas proclaman que jamás la prescripción es un fenómeno objetivo, de simple cómputo del tiempo. Es una tesis desafortunada del tribunal; desatino que brota entre líneas remarcadas cuando se piensa que con ello permite florecer la idea errónea de que la prescripción corre fatalmente, sin ninguna solución de continuidad, sendero por el que irrumpió comparándola con la caducidad, con olvido de que hay disposiciones que expresamente dicen en qué casos se interrumpe la prescripción y en qué otros se suspende. [...] en la prescripción juegan factores subjetivos, que, por razones más que obvias, no son comprobables de la «mera lectura del instrumento» contentivo de la obligación. La conducta de los sujetos de la obligación es cuestión que siempre ameritará un examen orientado a establecer si concurrentemente se configuran todas las condiciones que deben acompañar al tiempo para que con certeza se pueda decir si la prescripción ocurrió verdaderamente. Solo así se llegará a determinar lo relativo a la interrupción y suspensión de la prescripción”. (Sala de Casación Civil, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp. 5208, en www.lexbase.com)

²⁶ “La prescripción que extingue las acciones ajenas debe ser alegada por quien tenga interés en ello, es decir, por aquel a quien la acción perjudique. Por eso habla la ley de acciones ajenas” (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 marzo 1957, M. P. Guillermo Garavito Durán, “G. J.”, t. LXXXIV, pág. 392).

probada²⁷, pues el funcionario no puede convertirse en defensor de los intereses del demandado. A juicio de ALESSANDRI, no es menester la sentencia del juez para que suceda la prescripción; el fallo se requiere para dejar constancia de que ha producido sus efectos, pues aquella ocurre de pleno derecho, al igual que la compensación, con tal que sea alegada por el deudor. Reconoce, empero, que la prescripción no produce efectos mientras no haya sido declarada judicialmente²⁸.

Aunque corresponde a una forma de tutela para el deudor, este tiene el derecho potestativo de renunciar a ella y no invocarla, de manera que puede ser condenado al pago, así haya transcurrido el plazo legal de prescripción²⁹. Procede alegarla no solo como excepción —que como tal debe proponerse en la contestación de la demanda— sino como acción por el propio prescribiente, sus acreedores o cualquier otra persona que tenga interés en que sea declarada, incluso si el deudor ha renunciado a ella³⁰.

En consecuencia, el deudor no es el único autorizado para hacerla valer; otras personas con interés pueden esgrimirla poniéndose en el lugar del deudor, pues al hacerlo se descarga un pasivo que significa un aumento de su patrimonio³¹, cuestión que sirve no solo a los acreedores, sino a otros legitimados, para conservar el patrimonio del deudor, como su cónyuge y sus herederos.

E) *Que la acción sea prescriptible*

En principio, son prescriptibles todas las acciones patrimoniales porque no hay obligaciones perennes o irredimibles. “En materia de obligaciones, la regla, se puede afirmar, no tiene excepciones, es la de que los créditos y las acciones crediticias, tanto la ejecutiva como las de conocimiento y condena, son prescriptibles”³².

²⁷ C. C., art. 2513 y C.G.P., art. 282. Véase también MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 433.

²⁸ ALESSANDRI, *op. cit.*, págs. 475-476 y 490.

²⁹ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 62.

³⁰ Art. 2513, inc. 2º, que consagra una acción oblicua.

³¹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 839.

³² HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 38. La Sala de Casación Civil ha señalado que todas las acciones son susceptibles de prescripción, salvo los casos expresamente señalados por la ley (sent. de 28 febrero 1955, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXXIX, pág. 525)

En cambio, los derechos extrapatrimoniales son imprescriptibles, pues no se ganan ni se pierden por el paso del tiempo³³. Así mismo, hay algunos de naturaleza patrimonial que no prescriben porque su causa se renueva continuamente³⁴, como las de partición (división de comunidades), deslinde y amojonamiento de predios y la petición de una servidumbre³⁵.

3. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA (USUCAPIÓN) Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA³⁶

Incurriendo en un error técnico, nuestro Código Civil regula de manera conjunta estos dos fenómenos, que son en realidad distintos³⁷. En los artículos 2512 al 2517 se prevé la prescripción en general; del artículo 2518 al 2534 se regula la usucapión y entre el artículo 2536 y el 2545, la prescripción liberatoria.

Salvo el paso del tiempo, que es presupuesto esencial de ambas figuras y que consolida una situación adquirida³⁸, ellas tienen pocas cosas en común por lo cual ha habido necesidad de separar en instituciones autónomas y con nombres propios, el transcurso del tiempo que hace nacer derechos y el que los extingue. El que da nacimiento a la propiedad y a sus desmembraciones, por una posesión continuada de una cosa, se

³³ Acciones de filiación (paternidad y maternidad), C. C., art. 406 y en general las de reconocimiento del estado civil.

³⁴ PLANIOL, *op. cit.*, 393.

³⁵ C. C., arts. 1374, 900-904 y 946.

³⁶ La adquisitiva o usucapión también se conoce como “prescripción positiva”, mientras que la liberatoria se denomina “prescripción negativa”. Véase C. C. Federal de México, arts. 1136 y ss.

³⁷ Sobre las diferencias entre la prescripción adquisitiva y la extintiva, véase entre otros MAZEAUD, pág. 409; la primera solo tiene lugar en los derechos reales, mientras la extintiva lo hace en estos y en los personales. ABELIUK, *op. cit.*, pág. 997. En la usucapión, a la vez que el poseedor adquiere un derecho real, hace perder ese derecho real a aquel en contra del cual se ejerce. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 821. En cambio, los derechos personales no pueden adquirirse por prescripción; no se explica cómo una persona podría llegar a ser acreedora por el simple curso del tiempo. VALENCIA, *op. cit.*, pág. 461.

³⁸ CUBIDES, *op. cit.*, pág. 516. Por su parte, ALESSANDRI (*op. cit.*, pág. 473) sostiene que el tiempo por si solo no crea ni produce nada; para que produzca sus efectos es menester que otros elementos vengan a añadirse a él, elementos que varían, según sea la clase de prescripción de que se trate. Tratándose de la extintiva, se requiere la inacción del acreedor, su pasividad, el no ejercicio de sus derechos o acciones durante el tiempo prescrito por la ley.

denomina *prescripción adquisitiva* o *usucapión*³⁹ la cual trae consigo la consolidación o la adquisición de un derecho real correspondiente a su ejercicio normal, continuo y prolongado⁴⁰; el tiempo que extingue créditos se llama *prescripción extintiva*⁴¹.

En la adquisitiva, alguien gana el derecho a la vez que una persona distinta lo pierde, pero esto no debe considerarse, *strictu sensu*, una prescripción extintiva en la acepción que se viene analizando respecto de los derechos personales, pues en estos se extingue la acción de cobro del crédito, que no es adquirida por otra persona⁴².

³⁹ El poseedor que ha cumplido los requisitos para adquirir la propiedad debe acreditarlos judicialmente y solicitar en un proceso ordinario la declaración de pertenencia, conforme lo dispone el art. 407 del C. de P. C., en concordancia con los arts. 396 y ss. de la misma obra.

⁴⁰ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, op. cit., pág. 17.

⁴¹ ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. II, Derechos reales, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 386.

⁴² C. C., art. 2538. Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1929. M. P. Tancredo Nanetti, “G. J.”, t. xxxvi, pág. 274: “El art. 2512 del C. C. distingue entre la prescripción adquisitiva (de un derecho) y la extintiva (de una acción). Para declarar esta última basta solamente que no se haya ejercido la acción durante cierto tiempo; una acción o derecho se prescribe cuando se extingue por prescripción, es decir, cuando ha pasado el tiempo que otorga la ley para su ejercicio. Y si bien es cierto que el art. 2538 considera el caso consecuencial de la prescripción adquisitiva de un derecho que necesariamente envuelve la prescripción extintiva de la acción para reclamarlo, ello no quiere decir que no exista la regla general de la extinción de las acciones por el solo hecho de haber dejado de ejercerla durante el tiempo que la ley señala”; cas. civ. de 9 marzo 1995, M. P. Rafael Romero Sierra, “G. J.”, t. CCXXXIV, núm. 2473, pág. 390: “Quien resiste la reivindicación sobre la base de estimar que al demandante se le extinguió el derecho sobre la cosa por el transcurso del tiempo, está aludiendo, necesariamente, que tal extinción se produjo porque de su parte adquirió el derecho sobre ella, por supuesto que el dominio no se extingue por el simple hecho de dejar de ejercitarse”; cas. civ. de 9 agosto 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta, “G. J.”, t. CCXXXVII, núm. 2476, pág. 349: “Dada su naturaleza e íntima relación que las ata en forma ineludible, al paso que el poseedor, por el hecho de serlo, avanza con el paso del tiempo hacia la adquisición del derecho de dominio por usucapión, para el propietario, cada día que corre, en forma simultánea, se va produciendo su extinción. [...] Así se entiende entonces con facilidad, que ejercida por el demandante la acción reivindicatoria, pueda el demandado, a su turno, oponerse a su prosperidad alegando, como excepción, haber operado la prescripción extintiva del derecho de dominio invocado por el actor como fundamento de su pretensión”. Véanse también Sala de Casación Civil y Agraria, sent. de 6 abril 1999, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 4931, “G. J.”, t. CCLVIII,

La doctrina, de manera consistente, critica el tratamiento simultáneo de dos figuras diversas y propone que las disposiciones sobre la usucapión se organicen en el libro correspondiente a los bienes, por tratarse de un modo de adquirir los derechos reales, mientras que la prescripción liberatoria se incluya en el libro de las obligaciones y más concretamente dentro de los mecanismos extintivos⁴³.

4. ¿ORDEN PÚBLICO O INTERÉS PARTICULAR?

Mucho se ha discutido sobre el interés que se protege mediante la prescripción liberatoria: ¿se trata de una figura que salvaguarda el interés general o es un mecanismo que consulta de manera exclusiva o predominante el interés particular de los deudores?

Muchos doctrinantes encuentran en la prescripción una verdadera institución de utilidad social, porque evita que los obligados estén expuestos de manera indefinida a ser demandados, dotando de certeza a las relaciones jurídicas. “Los deudores tendrían que guardar todos los documentos aun los de tiempos más remotos para oponérselos al acreedor que pretendiera exigir un nuevo pago de la deuda”⁴⁴. Así, pues, la prescripción se funda en motivos de orden público, pues sería contrario a este permitir que los deudores y sus descendientes pudieran ser demandados durante demasiado tiempo, porque se encontrarían en la imposibilidad de saber si el pago se había efectuado ya y resultaría de ello una inseguridad intolerable. A su vez, los plazos legales conminan al acreedor a actuar con prontitud sancionando su desidia con la pérdida de la acción de cobro. La inacción prolongada del acreedor debe ser sancionada por causa del interés general⁴⁵.

Otros, sin desconocer las razones de interés general que tiene la figura para ordenar las relaciones patrimoniales, consideran que la tutela se ha consagrado principalmente en beneficio del deudor y que ello se traduce en importantes efectos, como son la necesidad de invocar la prescripción

núm. 2497, pág. 315; cas. civ., sent. de 21 enero 2002, M. P. Nicolás Bechara Simancas, exp. 5995; cas. civ., sent. de 9 febrero 2004, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 7000; cas. civ., sent. de 8 febrero 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6758.

⁴³ OSPINA, *op. cit.*, pág. 463.

⁴⁴ ALESSANDRI, *op. cit.*, pág. 474.

⁴⁵ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 406.

y la posibilidad de renunciar a ella. Sin menospreciar el carácter de institución jurídica de interés general —orden público— la prescripción ha sido establecida desde siempre en beneficio particular de los deudores, ya que solo a ellos perjudica o beneficia el oponerla o no⁴⁶. Con esta perspectiva, el fundamento de la disciplina de la prescripción es de orden público, pero los intereses tutelados por el ordenamiento (con ella) son sobre todo de naturaleza individual y privada⁴⁷.

En realidad, como lo ha afirmado de manera atinada VALENCIA ZEA, la prescripción tiene una naturaleza mixta y le otorga al titular un derecho híbrido, pues en un sentido pertenece a las relaciones privadas y en otro, a las que tienen naturaleza de orden público⁴⁸.

En la esfera privada, se evidencia el interés particular del deudor en dos aspectos centrales: a) el que quiere aprovecharse de ella debe alegarla por vía de acción o excepción y no puede declararse de oficio⁴⁹, pues solo al patrimonio del deudor afecta la permanencia o extinción de un pasivo; b) una vez cumplida la prescripción, puede renunciarse a ella expresa o tácitamente⁵⁰, con lo cual se confirma su carácter disponible.

En su dimensión de orden público, a) no puede renunciarse a la prescripción antes de haberse cumplido; y b) en principio las partes no pueden modificar los plazos de prescripción señalados por el legislador, aunque hay debate a este respecto, como veremos más adelante⁵¹.

En suma, la prescripción extintiva involucra consideraciones de naturaleza pública y privada. Es claro que mediante ella se resuelven situaciones inciertas que deben consolidarse por el paso del tiempo, cuestión que interesa al bienestar general. Al tráfico negocial conviene la certeza en los derechos y las obligaciones, especialmente cuando ha pasado un tiempo apreciable sin que el deudor haya pagado ni el acreedor haya gestionado el cobro. Pero es también patente que encierra una ventaja directa para el deudor, que puede aprovecharse de ella o no, invocándola o renunciado a

⁴⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 832.

⁴⁷ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, pág. 102-103.

⁴⁸ VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. III, Obligaciones, *op. cit.*, pág. 469.

⁴⁹ C. C., art. 2513. MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 433, plantea que en este aspecto priman los intereses particulares sobre el orden público, pues de lo contrario, la prescripción sería irrenunciable.

⁵⁰ C. C., art. 2514.

⁵¹ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 470. El autor considera a este respecto que los plazos no pueden ser ampliados convencionalmente, aunque sí acortados.

ella, según el caso, prerrogativas de orden particular que le corresponde ejercer o abandonar, por ser facultades de contenido patrimonial y por lo mismo, de libre disposición. Salvedad debe hacerse de aquellos eventos en que alegar la prescripción o renunciar a ella tienen efectos perjudiciales para otros interesados en preservar el patrimonio del deudor, que pueden invocarla o solicitar la revocatoria de la renuncia, según el caso.

5. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

A) *Acción ejecutiva y acción ordinaria (llamadas de largo tiempo)*

En materia de prescripción liberatoria, los plazos se establecen teniendo en cuenta el tipo de acción de que se trate. Si el acreedor dispone de un título ejecutivo en el que conste de manera indudable la obligación, tendrá cinco años, contados desde la exigibilidad del crédito, para incoar la acción ejecutiva de cobro⁵².

Si, en cambio, el sujeto activo requiere una sentencia judicial declarativa que establezca de manera cierta la existencia de una obligación antes dudosa y la cuantía de ella, acudirá al proceso cognoscitivo y tendrá la prescripción ordinaria de diez años, contados a partir de los hechos que dieron origen a la obligación. Es decir, los plazos de prescripción se clasifican según las acciones: ordinaria —o declarativa— y ejecutiva⁵³.

La prescripción de la acción ejecutiva no trae consigo la extinción definitiva del derecho; el acreedor conserva una pretensión para obtener un pronunciamiento judicial declarativo de vigencia del crédito y cuenta otra vez con el término de prescripción de la acción ejecutiva⁵⁴.

⁵² Estos plazos fueron establecidos por la ley 791 de 2002, que modificó el régimen de prescripción en algunos aspectos. Con anterioridad, la ley 50 de 1936 redujo a 20 años todas las prescripciones treintenarias, como la ordinaria, que consagraba originalmente el Código Civil.

⁵³ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, pág. 193. Según MAZEAUD, el cálculo del plazo se hace por días. El *dies a quo* (el día en que comienza) no se cuenta. El último día del plazo *dies ad quem* debe transcurrir enteramente para que haya expirado el plazo. El punto de partida no es el día del nacimiento del derecho, sino el día a partir del cual puede ser ejercitada la acción por el acreedor (*op. cit.*, pág. 418).

⁵⁴ C. C., art. 2536, modificado, ley 791 de 2002, art. 8°. 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. Véase HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 193.

Las acciones que proceden de una obligación accesoria prescriben junto con la obligación principal a la que acceden⁵⁵.

La prescripción de la acción de cobro se contabiliza desde el momento en que la obligación es exigible⁵⁶; por esta razón, cuando los derechos se encuentran sometidos a modalidades, debe haberse cumplido la condición suspensiva o el plazo, porque solo así nace para el acreedor su exigibilidad como obligaciones puras y simples⁵⁷. “Cuando se trata de una obligación de hacer, el plazo de la prescripción no comienza a contarse sino desde que el obligado ha dejado de cumplir la obligación”⁵⁸.

Si de un contrato surgen obligaciones con distintos términos de vencimiento o se pacta el pago por instalamentos⁵⁹, la prescripción corre separadamente para cada prestación desde el día en que es exigible⁶⁰. Lo mismo se predica de los contratos de ejecución sucesiva, en los que las obligaciones y derechos correlativos se van causando periódicamente: los plazos de prescripción empiezan y transcurren de manera individual para cada uno de ellos.

En las obligaciones de fuente extracontractual, el conteo comienza desde el día en que tuvo ocurrencia el hecho generador de la indemnización⁶¹.

⁵⁵ C. C., art. 2537.

⁵⁶ C. C., art. 2535, inc. 2º y C. de P. C., art. 488.

⁵⁷ Este es un punto no polémico en la doctrina y la jurisprudencia. La Corte ha señalado: “Si un derecho de crédito es condicional o a término, la prescripción no podrá comenzar sino a partir de la condición o del vencimiento del término. Hasta entonces el acreedor tiene en verdad un derecho más, no tiene todavía acción, y por consiguiente, la prescripción no puede correr contra él por cuanto esta dice relación a la acción” (cas. civ., sent. de 4 noviembre 1930, M. P. Julio Luzardo Fortul, “G. J.”, t. xxxviii, pág. 424). Véase también HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, op. cit., pág. 111. El autor distingue, acertadamente, la exigibilidad de la mora: “Es pertinente que la norma identifique el momento inicial del cómputo como el de la exigibilidad de la obligación para que no se confunda —como es frecuente— con el de la colocación del deudor en mora. En muchas oportunidades, las más, exigibilidad y mora coinciden en el tiempo, pero las dos son figuras autónomas y no se pueden asimilar”, op. cit., pág. 119. La constitución en mora señala el momento a partir del cual el deudor es obligado a pagar perjuicios (C. C., arts. 1608 y 1615).

⁵⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1911, M. P. Luis Eduardo Villegas, “G. J.”, t. xx, pág. 214.

⁵⁹ Véase C. C., art. 1651.

⁶⁰ VALENCIA ZEA, op. cit., pág. 466.

⁶¹ *Ibid.*

Como en estos casos el acreedor potencial persigue la declaración judicial sobre la existencia de la obligación, se tratará de una acción ordinaria que prescribe en diez años. Obtenida la sentencia de condena como título ejecutivo, el acreedor tendrá cinco años más para su cobro coactivo. Lo mismo se predica de los eventos en que el acreedor requiere el fallo declarativo y de condena, el cual funge de título ejecutivo contra el demandado vencido⁶².

B) Prescripciones de corto tiempo previstas por el Código Civil

El Código Civil consagró de vieja data varios casos de prescripción de corto tiempo que se regulan en los artículos 2542, 2543 y 2544, varios de ellos derogados por disposiciones más recientes.

El artículo 2542 fija tres años de prescripción liberatoria para el cobro de honorarios de profesiones liberales, al paso que el artículo 2543 establece dos años para la acción de cobro que tienen los comerciantes por el precio de artículos que despachan al menudeo (ventas al detal)⁶³. Estas prescripciones cortas se fundan en una presunción de pago, pues el tipo de obligaciones allí previstas suelen cumplirse inmediatamente después de prestados los servicios o vendidos los bienes.

De acuerdo con el artículo 2544 del Código Civil, estas prescripciones no admiten suspensión, pero sí interrupción, en dos casos: a) desde que el deudor reconoce la obligación, expresa o tácitamente (interrupción natural), o b) desde que el acreedor requiere al deudor, sin que la ley exija

⁶² Lo anterior no debe confundirse con las hipótesis previstas en los arts. 283 y 284 del C. G. P., en las que se hace liquidación de los perjuicios, frutos, intereses o mejoras por auto en virtud de incidente promovido por el interesado o cuando en la sentencia no se hace la condena en concreto. En estos eventos, la sanción por no presentar oportunamente la solicitud de liquidación es la caducidad y no la prescripción.

⁶³ En nuestra opinión, los gastos judiciales previstos en el art. 2542 del C. C. no tienen hoy día aplicación, al referirse a un título y capítulo del Código Judicial que fue derogado por el Código de Procedimiento Civil en 1971. En cuanto a los honorarios de los defensores, los médicos y cirujanos se incluyen en la categoría de las profesiones liberales. Los directores o profesores de colegios o escuelas se vinculan generalmente por contratos de trabajo, cuya prescripción estableció en tres años el art. 488 del C. S. del T. La misma observación cabe respecto del inc. 2º del art. 2543 del C. C. que alude a “la acción de los dependientes y criados por sus salarios”; la sent. C- 607 de 2006, de la Corte Constitucional, determinó que dicho inciso se encontraba derogado por el art. 488 del C. S. del T. (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

demanda judicial, como es el caso normal de la interrupción civil para la prescripción de largo tiempo, como veremos en la sección siguiente.

Una vez interrumpida la prescripción, el plazo anterior se pierde y comienza a contarse de nuevo el término correspondiente.

C) *Prescripciones especiales*

Además de las reglas generales para la prescripción de largo término y los pocos casos de corto tiempo atrás examinados, en el derecho privado, los Códigos Civil y de Comercio traen distintas normas que puntualizan una multiplicidad de plazos especiales. Por una parte, están las que anuncia el artículo 2545 del ordenamiento civil como “prescripciones de corto plazo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos”, las cuales se mencionan en los títulos respectivos. Por otra, existen plazos para diversas acciones, dispersos en los mencionados códigos. En un aparte posterior, se planteará la discusión sobre si estos casos son de prescripción extintiva o si se trata en realidad de eventos legales de caducidad.

Las prescripciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, según el artículo 2545 del Código Civil, que se encuentran mayoritariamente en las normas mercantiles, de las cuales mencionamos las siguientes:

- Acciones derivadas de la venta de predios por cabida y como cuerpo cierto: un año contado desde la entrega (C. C., art. 1890).
- Acción de saneamiento de la venta por evicción: cuatro años, desde la fecha de la sentencia de evicción o desde la restitución de la cosa (art. 1913, *ibid.*).
- Acción redhibitoria del contrato de compraventa civil: seis meses para bienes muebles y un año para propiedad raíz, contados desde la entrega real (art. 1923, *ibid.*).
- Acciones de indemnización de perjuicios en los casos de responsabilidad indirecta, de la víctima contra terceros responsables: tres años desde la perpetración del acto (art. 2358, *ibid.*)⁶⁴.
- Acciones derivadas de los títulos valores. Para el cheque: en seis meses al último tenedor, contados desde la presentación; de los endosantes y avalistas, este término se cuenta desde el día siguiente a aquel en que pagan el cheque (C. de Co., art. 730). En los cheques de viajero, contra quien los expide, diez años; para el corresponsal que los ponga

⁶⁴ Responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno: C. C., arts. 2347, 2348 y 2349.

en circulación, cinco años (art. 751, *ibid.*). La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día de vencimiento (art. 789, *ibid.*); la de regreso del último tenedor, en un año, contado desde la fecha del protesto, o si el título fuere sin protesto, desde la fecha de vencimiento, y en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación (art. 790, *ibid.*)⁶⁵. La acción del obligado de regreso contra los demás obligados anteriores prescribe en seis meses, contados a partir de la fecha del pago voluntario o de la fecha en que se le notifique la demanda (art. 791, *ibid.*).

- Acción de enriquecimiento sin causa cuando se ha dejado prescribir o caducar un título valor: 1 año (art. 882, *ibid.*).

- Acción de saneamiento de vicios ocultos en la compraventa comercial: seis meses, contados desde la entrega (arts. 934, 937 y 938, *ibid.*).

- Las acciones surgidas del contrato de transporte: dos años, que corren desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción (art. 993, *ibid.*).

- Las acciones surgidas del contrato de seguro: ordinaria, de dos años, contados desde que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho en que se funda; extraordinaria, de cinco años, contados a partir del nacimiento del respectivo derecho (art. 1081, *ibid.*).

- La acción que resulte de la prenda sin tenencia del acreedor: dos años, desde el vencimiento de la obligación garantizada (art. 1220, *ibid.*).

- Las acciones que emanen del contrato de agencia comercial: cinco años (art. 1329, *ibid.*).

- Los derechos derivados de la hipoteca de naves: dos años, desde la fecha de vencimiento de la obligación respectiva (art. 1577, *ibid.*).

- Las acciones surgidas del contrato de fletamento: un año, que se cuenta, si es por tiempo indeterminado, desde el vencimiento del contrato. En el fletamento por viaje, desde que el viaje haya terminado (art. 1677, *ibid.*).

- Las acciones derivadas del arrendamiento de naves: un año, desde la terminación del contrato o de la restitución de la nave, según sea el caso (art. 1687, *ibid.*).

- En derecho aeronáutico, las acciones que se fundan en los daños a terceros en la superficie: dos años, desde la ocurrencia del hecho (art. 1838, *ibid.*).

⁶⁵ C. de Co., art. 781. La acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado.

- Las acciones relativas a la búsqueda, rescate, asistencia y salvamento de aeronaves: dos años, desde que finaliza la respectiva operación (art. 1846, *ibid.*).

- En materia societaria, las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o violación de lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio: cinco años (ley 222 de 1995, art. 235).

*D) Otras prescripciones especiales, que no nacen de ciertos actos y contratos en particular*⁶⁶

- Acción para la nulidad de un acto o contrato. Si la nulidad es absoluta, se aplica la regla general y será el plazo de prescripción de la acción ordinaria (diez años, contados desde el perfeccionamiento). Si la nulidad es relativa, la rescisión podrá intentarse dentro de los cuatro años siguientes para los actos civiles y se contarán desde que la violencia hubiere cesado. En caso de error o dolo, desde la fecha del contrato (C. C., art. 1750). En los negocios comerciales, la acción para los actos anulables prescribirá en dos años, contados desde la fecha del negocio jurídico; si la causal es la incapacidad relativa, el bienio se contará desde que esta haya cesado (C. de Co., art. 900)⁶⁷.

⁶⁶ El Código Civil consagra la prescripción de otras acciones que no enumeramos en especial, porque, en nuestro entender, no las tiene el acreedor para reclamar su derecho, sino que se refieren a otras situaciones jurídicas: acciones posesorias (arts. 976 y 1007); acción de reforma del testamento (art. 1274); petición de herencia (art. 1236); saneamiento por evicción en la partición de la herencia (art. 1402); nulidad o rescisión de la partición (art. 1409); acción rescisoria de la donación (art. 1484); acción revocatoria de la donación por ingratitud (art. 1487); acción rescisoria de la renuncia a gananciales (art. 1838); pacto comisorio (art. 1938); acción de retroventa (art. 1943); renta vitalicia (art. 2300).

⁶⁷ “La prescripción de la acción rescisoria, que es de corto tiempo, corre contra toda persona desde su principio y no admite suspensión. No sería lógico admitir, en efecto, que la prescripción comenzara a correr contra toda persona, cualquiera que fuera su condición o estado, y que, sin embargo, hubiera de suspenderse en favor de los menores y demás personas en cuyo favor se suspende en general, la prescripción de las acciones con arreglo del art. 2541 del C. C.”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 septiembre 1918, M. P. Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. xxvii, pág. 77). La Corte clasifica la acción rescisoria como de corto tiempo, pero con los mismos argumentos se puede concluir que es un caso de caducidad.

- Acción rescisoria por lesión enorme en los contratos en que ella procede: expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato (C. C., art. 1954)⁶⁸.

- Acción pauliana: un año, desde la celebración del acto o contrato (art. 2491, *ibid.*).

Para las acciones que no cuentan con un término especial, la prescripción se rige por la norma general de la ordinaria y la ejecutiva.

6. INTERRUPCIÓN

Hemos señalado que el tiempo de la prescripción debe correr sin solución de continuidad. Durante todo el plazo la relación jurídica debe estar en silencio, con total inactividad, de suerte que ni el acreedor ni el deudor actúan respecto de ella⁶⁹. La interrupción ocurre cuando el acreedor o el deudor abandonan la conducta pasiva; el primero, reclamando el crédito y el segundo, reconociendo la deuda⁷⁰. Necesariamente tiene lugar cuando el acto interruptor acaece antes que se haya cumplido el término de prescripción, pues si es posterior, ya no se trataría de interrupción sino de renuncia⁷¹.

La interrupción puede ser natural o civil, según que provenga del deudor o del acreedor, respectivamente⁷². La interrupción es natural, cuando es el deudor quien confiesa que se encuentra obligado⁷³. Este

⁶⁸ La lesión enorme en las particiones prescribe en un término diferente, que es el común, según el art. 1409 del C. C.

⁶⁹ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 1007.

⁷⁰ C. C., art. 2539.

⁷¹ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 175-176.

⁷² CUBIDES, *op. cit.*, pág. 522.

⁷³ La interrupción opera tanto en la prescripción adquisitiva como en la extintiva. Tratándose de la primera, el art. 2523 del C. C. señala que la interrupción natural ocurre cuando de manera involuntaria el poseedor deja de poseer o pierde la posesión. La Corte ha extendido la regla del art. 2539 del C. C. sobre interrupción natural por reconocimiento del prescribiente, a todos los casos de prescripción: “No es exacta la tesis de que tan solo respecto de las acciones que tengan por objeto el cumplimiento de una obligación propiamente dicha, puede caber la interrupción natural de la prescripción. El art. 2539 del C. C., si bien usa de las palabras *deudor*, *obligación*, no por eso debe entenderse en el sentido de que su disposición se restringe a las acciones estrictamente personales, sino que abarca las reales también. *Deudor*, *obligación*, son vocablos que significan en

reconocimiento es expreso cuando así lo manifiesta a su acreedor: “yo te debo \$ 100 y voy a pagarte”, sin que se requiera una formalidad para que se produzca la interrupción. Esta aceptación puede ser escrita o verbal, pero la voluntad del deudor debe estar expresada claramente⁷⁴ y el acreedor debe estar en capacidad de probarla. El reconocimiento es tácito cuando por la conducta del deudor se entiende de manera indudable que tiene la intención de continuar vinculado a la obligación. Si hay negociaciones entre deudor y acreedor, solo hay interrupción si el deudor reconoce la deuda⁷⁵.

La prescripción se interrumpe civilmente cuando el acreedor cambia su pasividad por una conducta diligente orientada a exigir que el deudor cumpla la obligación. Esta actividad consiste en presentar la demanda ejecutiva u ordinaria para reclamar su derecho crediticio, pero también es causa de interrupción civil el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor, pero este requerimiento privado solo podrá hacerse por una vez. Pero tratándose de demanda judicial, no es suficiente el acto formal de radicar en el juzgado el libelo introductorio, pues la ley procesal exige que se trabale la litis, de manera que el auto que admite la demanda (en los procesos declarativos) o el mandamiento de pago (en los procesos ejecutivos) se notifique al deudor demandado dentro del año siguiente a partir del día siguiente de la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, la interrupción de la prescripción solo se producirá con la notificación al demandado⁷⁶.

No se considera interrumpida la prescripción en los siguientes casos⁷⁷: a) si el demandante desiste de la demanda; b) si prosperan ciertas

esta disposición no solamente la persona cierta, ligada a otra por virtud de un acto suyo o por la sola disposición de la ley, sino todas las personas que sin ser determinadas, las liga sin embargo el vínculo universal que nace del derecho real que reside en un individuo. Y así, la acción reivindicatoria que corresponde al dueño de un inmueble, aunque abandonada por él, su prescripción se interrumpe por un acto del prescribiente que reconozca dominio en favor de su adversario, sin que aquel pueda llamarse deudor en el sentido estricto de esta palabra”. (Casación Civil, sent. de 2 noviembre 1927, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, xxxv, pág. 57).

⁷⁴ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 420.

⁷⁵ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, pág. 171.

⁷⁶ C. G. P., art. 94.

⁷⁷ C. G. P., art. 95.

excepciones propuestas por el demandado⁷⁸; c) cuando este es absuelto⁷⁹, d) cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso, y e) cuando la nulidad del proceso comprende la notificación del auto admisorio de la demanda⁸⁰. Estas causales aluden al fracaso de la acción propuesta por el acreedor y por ello no tienen el efecto de interrumpir la prescripción.

La interrupción —civil o natural— destruye la prescripción por borrar retroactivamente todo el plazo transcurrido, de modo que el tiempo anterior no cuenta ya⁸¹. El cronómetro se detuvo con el hecho que causó la interrupción, pero no continúa el conteo, sino que empieza de cero otra vez y por el mismo plazo, porque el tiempo anterior se pierde en su totalidad⁸².

Si la obligación es conjunta o mancomunada, la interrupción que beneficia a uno o varios coacreedores no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores perjudica a los otros⁸³. En cambio, en las solidarias y en las de objeto indivisible, la interrupción civil que provoque uno de los acreedores protege a todos por igual y la natural que provenga de uno cualquiera de los deudores los afecta a todos⁸⁴.

Por último, la ley considera que cuando el acreedor no interrumpe la prescripción, esta omisión no equivale a una donación. Tampoco debe interpretarse como una remisión de la deuda⁸⁵.

⁷⁸ C. G. P., art. 95.

⁷⁹ Véase OSPINA, *op. cit.*, pág. 473. El autor atribuye este mismo efecto al fallo inhibitorio.

⁸⁰ De acuerdo con la sentencia C-227 de 2009 de la Corte Constitucional, la interrupción es ineficaz solo cuando la nulidad se produce por culpa del demandante.

⁸¹ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 419. De acuerdo con este autor, el derecho francés en materia de obligaciones, solo prevé la interrupción civil que opera por actos formales del acreedor exigiendo la prestación o por el reconocimiento que de ella hace el deudor. La interrupción natural tiene cabida únicamente en la usucapión y resulta de la pérdida de la posesión de una cosa durante un año.

⁸² C. C., art. 2536, último inc. Véase, al respecto, HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 173.

⁸³ C. C., art. 2540.

⁸⁴ C. C., art. 1586; ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1978, pág. 440; CUBIDES, *op. cit.*, pág. 523.

⁸⁵ C. C., art. 1456. HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, pág. 167.

7. SUSPENSIÓN

Ocurre cuando el acreedor se encuentra imposibilitado para cobrar su crédito y por ello se considera injusto que pueda perder la exigibilidad del derecho si la inacción no le es imputable⁸⁶. Es un compás de espera en el transcurso del plazo que, una vez desaparecida la causa de la suspensión, se reanuda en el punto donde se había quedado⁸⁷. En este evento, el cronómetro se paraliza, pero a diferencia de la interrupción, se conserva el tiempo anterior y se suma con el nuevo. El efecto de la suspensión es, en otras palabras, que no se pierde el tiempo de la prescripción ya transcurrida; solo detiene su curso mientras subsista la causa que la produce. Una vez desaparecida, continúa corriendo la prescripción; el tiempo anterior se añadirá al tiempo que corra con posterioridad⁸⁸.

En la visión tradicional del Código Civil, la suspensión es un fenómeno eminentemente personal⁸⁹, que beneficia a los menores y en general a quienes se encuentran bajo tutela o curaduría⁹⁰ al presumirse que están impedidos para proteger directamente sus derechos. Con esta perspectiva, se estima prudente no dejar al arbitrio de los representantes legales la reclamación del crédito.

Sobre el carácter personalísimo de la suspensión, ha dicho la Corte:

“Siendo la suspensión de la prescripción un beneficio que la ley concede a las personas en razón de su estado o condición, es por su naturaleza inherente a la persona misma, y no puede extenderse en provecho de otras”⁹¹.

Hoy día, con una visión más amplia, la ley permite que la suspensión se extienda a todos los casos en que el prescribiente se encuentre

⁸⁶ Esta regla se conoce como *contra non valentem agere, non currit praescriptio*. En el Código Civil francés, al igual que en colombiano, la suspensión se consagró como una forma de tutela de los incapaces, con carácter limitativo. Sin embargo, la jurisprudencia francesa amplió las causales para comprender todas aquellas situaciones en que el acreedor se encontraba en imposibilidad de demandar, resultante de la fuerza mayor. Véase MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 421.

⁸⁷ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 408.

⁸⁸ ALESSANDRI, *op. cit.*, pág. 484.

⁸⁹ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, pág. 151-152.

⁹⁰ C. C., art. 2541, en concordancia con el 2530.

⁹¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 octubre 1912, M. P. Constantino Barco, “G. J.”, t. XXII, pág. 37.

en imposibilidad absoluta para hacer valer el derecho, mientras aquella subsista. Para interpretar la causal, debe acudirse a los criterios legales y de la jurisprudencia sobre la causa extraña (fuerza mayor y caso fortuito). Aunque la regla mencionada se consagró para la prescripción adquisitiva⁹², es del todo admisible para suspender la prescripción del acreedor que no puede exigir su crédito por una circunstancia ajena que se lo impida. En todo caso, el plazo máximo de la suspensión es de diez años⁹³.

8. RENUNCIA

Si los requisitos de la prescripción liberatoria ya se han cumplido y el deudor es demandado para que se declare la existencia de la obligación o para que se ejecute cuando es clara, expresa y exigible, debe alegarla como excepción de mérito y probar los hechos que la configuran, si quiere aprovecharse de ella. La ley es clara al precisar esta exigencia y al impedir al juez declararla de manera oficiosa, aunque la encuentre plenamente acreditada. También se le concede al obligado una acción judicial para que el juez declare prescrita la obligación civil para así impedir que el acreedor le exija coactivamente la prestación en el futuro⁹⁴. Pero el deudor puede válidamente hacer caso omiso de la acción y de la excepción, renunciando así a proponerla.

Esta prerrogativa es potestativa del deudor, que la ejerce mediante un acto unilateral consultando su propio interés al decidir si la hace valer

⁹² C. C., art. 2530, último inc.

⁹³ C. C., art. 2541, inc. 2°. El decreto legislativo 564 de 2020, expedido en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica originado en la pandemia Covid-19 establece: “Art. 1°. *Suspensión de términos de prescripción y caducidad.* Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la rama judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales. // El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente”.

⁹⁴ C. C., art. 2513.

o, si por el contrario, se expone de manera voluntaria a las acciones del acreedor, ya sea soportando la condena que el juez le impone o pagando espontáneamente. Pero esta opción de renunciar a la prescripción no la tiene el deudor en forma anticipada, de manera que un pacto de esa naturaleza estaría viciado de nulidad absoluta por violar norma imperativa⁹⁵. Si la prohibición no existiera, “el acreedor exigiría siempre la renuncia que se convertiría en cláusula de estilo, que socavaría las disposiciones legislativas”⁹⁶, convirtiendo las obligaciones en vínculos indestructibles, en detrimento de los deudores y de la seguridad jurídica. Al permitir la renuncia una vez cumplida la prescripción, se da cabida al interés particular del deudor; al prohibir su abandono anticipado, se hace prevalecer el carácter de orden público sobre la voluntad de las partes⁹⁷. En este punto, el legislador adoptó una posición intermedia que concilia ambos intereses⁹⁸.

La renuncia que acaece en el tiempo intermedio, es decir, cuando ya ha empezado a correr pero aún no se ha consumado, equivale a una interrupción⁹⁹ por significar el reconocimiento de los derechos del acreedor de parte del deudor, pero desde ese momento empieza a contarse de nuevo el plazo¹⁰⁰.

La renuncia puede ser expresa o tácita. La primera se produce cuando el deudor pone de manifiesto su voluntad de no alegarla, y la segunda se infiere de hechos inequívocos que sean indicativos de su intención de no aprovecharse del beneficio de la prescripción, como cuando una vez cumplida, el que debe dinero, paga intereses o pide plazos¹⁰¹. La omisión de invocarla en el momento procesal oportuno constituye también renuncia tácita, pero la renuncia nunca se presume¹⁰². Para renunciar, el deudor debe ser persona capaz de enajenar por tratarse de la disposición de un derecho subjetivo¹⁰³.

⁹⁵ C. C., art. 2514. Véase MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 434.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ C. C., art. 15.

⁹⁸ CUBIDES, *op. cit.*, pág. 521.

⁹⁹ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 430. En el mismo sentido se manifiesta HINESTROSA: se trata de un acto de interrupción natural, ejecutado con otro nombre (*La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 185).

¹⁰⁰ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 435.

¹⁰¹ Ejemplos del inc. 2º del art. 2514 del C. C.

¹⁰² HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 179.

¹⁰³ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 434.

El resultado adverso de la renuncia para el deudor es la pérdida de la prescripción ya consumada¹⁰⁴. El efecto de aquella es el restablecimiento pleno del crédito con su acción de cobro y el comienzo de un nuevo conteo del término de prescripción. En otras palabras: es el mismo efecto de la interrupción¹⁰⁵.

Con todo, no puede el deudor renunciar a alegar la prescripción si con ello perjudica a terceros interesados en la extinción de la deuda, como otros acreedores, al significar un aumento del patrimonio de aquel. Si como consecuencia de la renuncia el obligado queda insolvente o esta situación desmejora, los agraviados pueden en todo caso impetrar la acción o la excepción correspondiente¹⁰⁶, lo que no obsta para pedir la revocación de esa declaración unilateral, por hacerse en fraude de los otros acreedores que sufren el detrimento de la prenda general¹⁰⁷, en el marco de la acción pauliana¹⁰⁸. Empero, el deudor no puede renunciar a la prescripción en perjuicio de sus garantes, de suerte que el fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el deudor principal¹⁰⁹; la renuncia por el deudor tampoco afecta a los terceros constituyentes de prenda o hipoteca¹¹⁰.

Al igual que en la interrupción, cuando hay obligaciones solidarias, por la naturaleza de estas, la renuncia hecha por un deudor perjudica a todos los codeudores y beneficia a todos los acreedores. Si la obligación es conjunta, este efecto no se produce sino respecto del deudor renunciante

¹⁰⁴ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 180.

¹⁰⁵ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 187. Véase al respecto la sent. de 28 febrero 1984 (Sala de Casación Civil, M. P., José María Esguerra Samper, “G. J.”, t. CLXXVI, pág. 51).

¹⁰⁶ Acción oblicua prevista en el inc. 2º del art. 2514, adicionado por el art. 2º de la ley 791 de 2002.

¹⁰⁷ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 434, HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 865; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 430.

¹⁰⁸ C. C., art. 2491. Si al deudor (comerciante o persona jurídica no comerciante) se le ha abierto proceso concursal, los actos dispositivos son revocables si han perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectan el orden de prelación de pagos cuando los bienes son insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos. (Véase ley 1116 de 2006, art. 74, sobre insolvencia empresarial). Véase al respecto HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 186.

¹⁰⁹ C. C., art. 2516.

¹¹⁰ C. C., art. 2537. Véase OSPINA, *op. cit.*, pág. 478.

afectando la cuota que a este cabe en la deuda, puesto que hay pluralidad de vínculos independientes los unos de los otros¹¹¹.

9. MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Mucho se ha discutido sobre la licitud de los acuerdos mediante los cuales las partes en un negocio jurídico modifican los plazos que la ley ha fijado para la prescripción liberatoria, teniendo en cuenta la dualidad de intereses —público y privado— que esta institución está llamada a salvaguardar.

El ordenamiento colombiano nada dispone sobre el particular, excepto para unos casos de prescripciones especiales en las que expresamente se prohíben tales estipulaciones o, contrariamente, las autorizan¹¹².

Los tribunales franceses han distinguido las cláusulas favorables al acreedor —que amplían el término legal— las cuales considera nulas y aquellas que protegen los intereses del deudor —acortando el plazo— que son válidas, en principio, por liberarlo más rápidamente¹¹³. Sin embargo, los MAZEAUD opinan que la prohibición se refiere no solo a suprimir todo plazo al pactar que la prescripción se ganará inmediatamente, lo cual sería eliminar la obligación, sino a convenir un plazo tan breve que el acreedor no pueda prácticamente demandar¹¹⁴. A pesar de la postura de jurisprudencia mencionada, estos autores advierten el peligro de permitir las cláusulas que reducen el tiempo de prescripción porque son susceptibles, al reducir exageradamente el plazo, de poner al acreedor en imposibilidad de interpelar al deudor antes del transcurso del plazo convencional¹¹⁵.

En el ordenamiento chileno tampoco hay claridad sobre este problema y, en general, la doctrina acoge una fórmula análoga a la francesa al pro-

¹¹¹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., pág. 866.

¹¹² Por ejemplo, el art. 993 del C. de Co. señala que las partes no pueden modificar la prescripción de las acciones fijada por la ley para el contrato de transporte (dos años), y el art. 1081 del mismo estatuto previene lo mismo para el de seguro. Por su parte, el art. 1923 del C. C. prevé un término para intentar la acción redhibitoria que surge del contrato de compraventa (seis meses para bienes muebles y un año para inmuebles), a menos que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes hayan ampliado o restringido ese plazo.

¹¹³ MAZEAUD, op. cit., pág. 437.

¹¹⁴ *Ibid.*, págs. 437-438.

¹¹⁵ *Ibid.*, págs. 440-441.

hibir los pactos que extienden los plazos legales en cuanto ello implica, en cierta forma, renuncia anticipada que se encuentra proscrita. Sobre la disminución de los plazos “parece preferible aceptar estos pactos en virtud de la libertad contractual y falta de prohibición legal que existe”¹¹⁶.

En el medio colombiano se ha considerado, así mismo, que la ampliación convencional del plazo legal no produce efecto, pues sería la manera más fácil de eludir la prohibición de la renuncia anticipada. En cambio, se sostiene que la reducción del plazo es eficaz porque no atenta contra el orden público¹¹⁷.

Por su parte, HINESTROSA, en sus juiciosos estudios sobre el tema, menciona que los términos no pueden ampliarse de modo que los derechos se conviertan en imprescriptibles, pues el interés público está de por medio, ni tampoco puede reducirse al extremo de impedirle al titular del derecho su ejercicio¹¹⁸. Mostrando cierta simpatía por los pactos en torno a la prescripción, afirma que, sin embargo, tras abrir una posibilidad de discusión, arreció la intransigencia, y la jurisprudencia colombiana convirtió en dogma la intangibilidad de los términos de prescripción “dizque por ser de orden público para condenar de plano todo intento contrario”¹¹⁹.

Añade que, pese a no haber existido prohibición normativa alguna —hasta los artículos 1081 y 993 modificado del C. de Co. para los contratos de seguro y transporte, respectivamente— hoy día la doctrina y la jurisprudencia nacionales en nombre del orden público han adoptado una actitud de rechazo de la autonomía de la voluntad particular para modificar el término legal de prescripción. Reconoce en este sentido que

¹¹⁶ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 1005.

¹¹⁷ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 470. En el mismo sentido, CUBIDES afirma que si con la modificación se busca evitar la prolongación indefinida de situaciones anormales, la reducción convencional de los términos ayudará al logro de la finalidad buscada por la ley y no vulnera interés general; en cambio, la ampliación de los términos dejaría al arbitrio del acreedor el plazo de prescripción de su crédito y llevaría a prolongación de situaciones inciertas, lo cual se opone a la finalidad de la institución (*op. cit.*, pág. 520). Por su parte, OSPINA manifiesta que tal es la solución que se acepta de manera unánime en la doctrina (*op. cit.*, pág. 470).

¹¹⁸ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 874 y *La prescripción...*, *op. cit.*, pág. 226. El autor cita sentencias de casación civil en las que se enfrentan las posiciones alrededor del tema: con una visión permisiva, la de 18 noviembre 1982 (“G. J.”, t. CLXV, pág. 278); con una postura claramente restrictiva, las de 28 febrero 1984 (“G. J.”, t. CLXXVI, pág. 51) y 4 marzo 1988 (“G. J.”, t. CXIII, págs. 85 y ss).

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 876.

los contratantes poderosos pueden, abusando de su posición dominante, introducir cláusulas abusivas, exorbitantes y vejatorias como condiciones generales en los contratos masivos¹²⁰.

En nuestra opinión, los pactos para cambiar los plazos legales de prescripción son ineficaces, sea que la amplíen o que la reduzcan. La distinción entre unas y otras —que lleva a censurar las primeras y a convalidar las segundas— no es convincente. El orden público y la equidad reclaman certeza e igualdad en el tratamiento de los deudores y los acreedores, ambos partícipes en el vínculo obligatorio. Si bien la prescripción *per se* ofrece una ventaja razonable al deudor, el derecho no puede patrocinar que esta ventaja aumente de manera exorbitante a costa de la desprotección del sujeto activo del crédito, que podría ver reducido de manera gravosa el tiempo para ejercer sus acciones de cobro o de reconocimiento del derecho crediticio. En otros términos: no se entiende por qué ha de ser lícito reducir los plazos de prescripción extintiva: además de que ella priva al acreedor de la acción, al aceptarse la validez de las estipulaciones que restringen los términos, se concede un beneficio reforzado e injustificado al deudor que no ha cumplido su obligación.

En efecto, la ley colombiana no prohíbe ninguno de estos pactos. Pero esto no significa que estén permitidos o que lo estén parcialmente, en aquellos casos que benefician al deudor, solución por la que se ha inclinado la doctrina y que no compartimos. Las prohibiciones de los pactos modificatorios señaladas en los artículos 993 y 1081 del estatuto comercial, lejos de ser disposiciones aisladas, marcan una tendencia del pensamiento más reciente del legislador en torno a la prescripción. La previsión del artículo 1923 del Código Civil, que autoriza expresamente la variación —para aumentar o reducir el término de la acción para exigir el saneamiento de los vicios redhibitorios en la compraventa— viene en apoyo de esta tesis.

La jurisprudencia arbitral, con importantes argumentos, ha sostenido esta posición. Aunque no representa la tendencia mayoritaria, es a nuestro juicio la más equilibrada porque tutela por igual los derechos de deudores y acreedores a la hora de juzgar la legalidad de las cláusulas modificatorias que se vienen examinando. El tribunal reiteró que la prescripción es un instituto de orden público, que se estructura sobre un elemento objetivo que es el tiempo, y la ley establece en forma precisa los términos en que ella ha de operar, fijación que el legislador estatuye de manera imperativa e inderogable por los particulares, en atención a la seguridad jurídica y el equilibrio entre los intereses de las partes. El fallo

¹²⁰ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 224-226.

afirmó enfáticamente que dichos términos no pueden abreviarse, porque siendo institución de orden público, los plazos constituyen su esencia y participan de su mismo carácter, tanto desde el punto de vista del deudor como del acreedor.

Citando al jurista y catedrático argentino JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI, el Tribunal hizo las siguientes afirmaciones que encontramos acertadas:

“Se ha pretendido fundar la legitimidad del pacto de abreviación en la circunstancia de que la prescripción es un instituto establecido en interés del obligado. Pero este razonamiento no es convincente, porque aquella se funda en el interés social, y su abreviación además conlleva una encubierta y anticipada renuncia de la prescripción futura. El fundamento del instituto no admite que los particulares alteren el ordenamiento si éste cuenta con normas precisas y establecidas a fin de satisfacer el citado interés social comprometido. No es aceptable, por tanto, el argumento de que con la abreviación se coadyuva por las partes al fin perseguido por la ley, porque no es exacto que la prescripción tiene como fin único desobligar a los deudores, en razón de que en oposición de los intereses de estos los pertenecientes a los acreedores y la prescripción sirve para proteger los intereses en contraste. No se puede favorecer a los deudores sin perjudicar a los acreedores. No se pueden modificar los plazos consagrados por la ley sin alterar el equilibrio que debe existir entre esos intereses opuestos. Además, parece indudable que la abreviación resulta una renuncia hecha sin causa por el acreedor, cuando se considera que el deudor saca una ventaja sin que la misma esté compensada por prestación alguna de su parte. También debe tenerse presente como argumento en contra de la posibilidad de abreviar los términos de prescripción, que los propios sostenedores de la licitud de la reducción de los plazos no pueden menos que reconocer que ella solo puede permitirse hasta un término razonable, razonabilidad que en nuestra opinión ya está fijada por la misma ley, por lo que dejarla librada a la determinación de los jueces, implica abrir la puerta a futuros juicios creando incertidumbre e inestabilidad”¹²¹.

En fin, concluyó el laudo comentado que los términos establecidos por la ley son indisponibles por las partes, criterio que se halla implícitamente acogido por el artículo 2514 del Código Civil, “puesto que es evidente que al autorizar únicamente la renuncia —expresa o tácita— de la prescripción ya cumplida, excluye en forma clara y *a contrario sensu*, la renuncia de

¹²¹ Laudo arbitral de Distral S. A. (EMA) General Electric Canada Inc. vs. La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A., de 16 de agosto de 1995 (Cámara de Comercio de Bogotá).

la prescripción que apenas está en curso de cumplirse o ganarse. Y ello, por la sencilla razón de que solo pueden renunciarse los derechos que han ingresado al patrimonio de quien los renuncia y a condición de que tales derechos, como lo expresa el artículo 15 del mismo Código, solo miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida la renuncia”¹²².

En resumen: los plazos establecidos por la ley, al equilibrar los derechos del deudor y del acreedor, no pueden modificarse en detrimento de uno u otro. Los temores que manifiestan los MAZEAUD, cuando se inclinan a permitir las cláusulas que acortan los plazos, por el riesgo de convertirse en abusivas contra el acreedor, peligro del que igualmente nos alerta el profesor HINESTROSA y que puede aumentarse en la contratación masiva entre profesionales y consumidores, hacen preferible, en aras de la seguridad jurídica, que sea el legislador el que establezca de manera clara los plazos, sin que los contratantes puedan pactar algo distinto, a menos que las normas lo autoricen en forma expresa en determinados casos. Aquí se pone de manifiesto el interés general que debe proteger de manera neutral y proporcional los legítimos derechos de todos los agentes económicos, deudores y acreedores por igual.

La jurisprudencia colombiana ha considerado que los plazos de prescripción obedecen a consideraciones de interés general, por lo cual se consagran en normas imperativas que no pueden ser modificadas por acuerdos entre deudor y acreedor¹²³.

10. EFECTO DE LA PRESCRIPCIÓN¹²⁴

De acuerdo con lo planteado en las secciones precedentes, la prescripción liberatoria provoca la pérdida de las acciones que tiene el acreedor

¹²² *Ibid.* En el caso *sub iudice*, el tribunal de arbitramento rechazó que la manifestación de una de las partes (la aseguradora) al comprometerse a no alegar la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, fuese una obligación de no hacer “porque de aceptar ese planteamiento habría que concluir en la ilicitud del objeto de tal obligación, tal como se desprende de lo dispuesto por los artículos 1521 y 1523 del Código Civil”.

¹²³ Sent. de 4 marzo 1988, M. P. Héctor Marín Naranjo, “G. J.” t. CXII, núm. 2431, pág. 85 y sent. de 22 enero 1991, “G. J.” t. CCVIII, núm. 2447, pág. 7.

¹²⁴ El proyecto de la Comisión Lando, a este respecto, tiene una propuesta más flexible al señalar que no pueden reducirse los términos a menos de un año o a más de treinta. Por su parte, el anteproyecto Gandolfi para el derecho europeo de los contratos permite los pactos modificatorios pero con restricciones: se establece un plazo de 10 años; las partes pueden reducirlo convencionalmente, pero no los términos previstos para las figuras singulares de contrato, salvo las relaciones en que es parte un consumidor y únicamente en favor de este. Citados por HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, op. cit.*, pág. 875.

para exigir el cumplimiento de la obligación. El deudor no sigue obligado civil, sino naturalmente, pues la prescripción no destruye el derecho crediticio, pero sí cambia naturaleza de la obligación, que deja de ser civil y se traslada “al limbo de las obligaciones naturales”¹²⁵. Una vez consumada la prescripción, la obligación civil deja de existir y desaparecen también sus accesorios, garantías y privilegios¹²⁶.

En todo caso, debe tenerse en cuenta la acción ejecutiva, que aun cuando prescribe en cinco años, una vez prescrita, dura otros cinco, como ordinaria, cuando se puede revivir la exigibilidad de la obligación por medio de un fallo judicial. Por otra parte, en materia de títulos valores, de acuerdo con el artículo 882 del Código de Comercio, a pesar de la prescripción del título que produce la extinción de la obligación fundamental, el acreedor conservará la acción ordinaria por enriquecimiento injusto, por un año más.

11. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD

Para finalizar el estudio sobre la prescripción liberatoria, se examinará la distinción que cabe hacer entre esta y la caducidad, cuestión que ha sido muy discutida por la doctrina y la jurisprudencia, debate que al parecer no ha concluido. Para ello deben tenerse en cuenta los elementos que caracterizan la primera, que hemos esbozado en este capítulo.

La caducidad se ha definido como la extinción de un derecho, poder o facultad por la omisión de su ejercicio durante determinado lapso¹²⁷, cuando es el simple transcurso de este como factor objetivo lo que determina la llegada de la caducidad sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la inacción del acreedor, que es requisito estructural de la prescripción. La caducidad es un plazo concedido por la ley para ejecutar un acto determinado, que solo puede hacerse dentro de ese plazo. También se ha caracterizado como una sanción que se pacta o se impone por la ley a las personas que dentro de un plazo convencional o legal no realizan voluntaria y conscientemente los actos positivos para hacer nacer o para mantener vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso¹²⁸. Corre contra todo el mundo y se cumple fatalmente a la hora señalada¹²⁹.

¹²⁵ OSPINA, *op. cit.*, pág. 478.

¹²⁶ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 471; CUBIDES, *op. cit.*, pág. 526.

¹²⁷ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, op. cit.*, pág. 883.

¹²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 920.

¹²⁹ PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, pág. 432.

La pérdida de un derecho —nacido o en gestación— ocurre porque su titular ha dejado de observar, dentro de determinado plazo, la conducta que la norma jurídica imponía como necesaria para preservarlo¹³⁰.

Nótese que no actuar dentro del plazo legal y su efecto adverso para quien no actúa son elementos comunes en ambas figuras; la complicación ha sido identificar con claridad los aspectos en que se distancian. Se ha comentado al respecto que mientras la prescripción es consecuencia de la inactividad del acreedor que ha descuidado ejercitar sus derechos, por lo cual el legislador sanciona esa inactividad buscando a la vez dar seguridad a las relaciones jurídicas, la caducidad se inspira en el propósito de asegurar la realización de cierta conducta dentro de un lapso determinado, ya porque el hecho en sí sea deseable o bien porque quiera limitarse su verificación a dicho período temporal¹³¹.

En la prescripción se tiene en cuenta más el interés particular sobre las razones de interés público, por lo cual se aprecian las circunstancias particulares del acreedor llamado a hacer efectivo su derecho —para la suspensión— y es relevante la conducta del titular —para la interrupción—. Se exige además alegación de parte y se admite la renuncia. En cambio, en la caducidad o plazo preclusivo, los efectos vienen de la ley imperativa y se producen automática e inexorablemente por el mero transcurso del tiempo¹³².

En el derecho comparado se hace referencia al fenómeno de la caducidad con distintas expresiones. En el derecho francés, por ejemplo, se habla del plazo prefijado (*délai-prefix*) y en el derecho italiano, de la decadencia (*decadenza*). En esta opera la exigencia de que ciertos derechos sean ejercidos dentro de un término breve, al paso que con la prescripción se persigue que no queden por largo tiempo sin ejercitar los derechos subjetivos en general¹³³.

Según los hermanos MAZEAUD, el plazo perentorio es de rigor, fundado sobre el orden público, que obedece a reglas diferentes de las de la prescripción: ese plazo queda enteramente fuera de la voluntad de las partes y, en principio, corre contra el acreedor, incluso cuando se ha encontrado en la imposibilidad de demandar¹³⁴, es decir, no se prorroga por causa de

¹³⁰ BEJARANO, *op. cit.*, pág. 512.

¹³¹ BEJARANO, *op. cit.*, pág. 514.

¹³² HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 251.

¹³³ HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, pág. 253.

¹³⁴ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 407.

suspensión ni de interrupción. La caducidad impone una acción rápida para adquirir o conservar un derecho; ninguna consideración podría salvar a nadie de la caducidad en que ha incurrido. Esta resulta automática y necesariamente de la expiración del plazo, obrando como “la cuchilla de la guillotina”. Estos autores sostienen que los únicos plazos perentorios que corren el riesgo de ser confundidos con la prescripción extintiva son los que se refieren al ejercicio de una acción judicial¹³⁵. Según HINESTROSA, en la caducidad hay un mayor ingrediente de interés público que en la prescripción¹³⁶ y ello puede explicarse en cuanto esta se ha instituido también en interés del deudor.

En realidad es difícil diferenciar las dos figuras, porque la misma ley es oscura y esa ambigüedad ha propiciado variadas interpretaciones con criterios que no son uniformemente aceptados a la hora de precisar si determinado plazo extintivo es en una u otra, especialmente tratándose de prescripciones de corto tiempo. Aunque de ordinario los términos de caducidad son breves, ello no quiere decir que todo término corto sea de caducidad. Además, las normas emplean distintas expresiones: prescripción, preclusión, caducidad, expiración, lo que añade mayor confusión¹³⁷.

Mientras que los plazos para la prescripción se fijan siempre por la ley, los de caducidad pueden ser de origen legal, judicial y convencional, dependiendo de si los fija el legislador, el juez o el contrato¹³⁸. En este caso, las partes establecen un término perentorio para que alguna de ellas realice determinada conducta que, de no efectuarse dentro del plazo, hace perder una facultad prevista en el acuerdo¹³⁹.

¹³⁵ Expresión de JOSSEAND, citada por MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 413.

¹³⁶ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 885.

¹³⁷ HINESTROSA, *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, pág. 259- 261 y 266.

¹³⁸ BEJARANO, *op. cit.*, pág. 512.

¹³⁹ Véase GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, pág. 920. Por ejemplo, cobrar un premio dentro de un lapso prefijado en el convenio. Sin embargo, según HINESTROSA, la llamada caducidad negocial nada tiene que ver con la figura estudiada (*Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 892). El mismo autor, en su obra sobre la prescripción extintiva, señala que no es dable calificar de caducidad *strictu sensu* las cláusulas de negocios jurídicos (caducidad negocial) que imponen el ejercicio del derecho dentro de cierto término, so pena de perderlo. Pero no condena a la invalidez las estipulaciones que, al establecer determinados derechos o prerrogativa, delimitan en el tiempo la posibilidad de su ejercicio, con la prevención o el entendido de que se trata de oportunidades preclusivas, mas no son casos de caducidad en sentido estricto (*La prescripción extintiva*, pág. 258).

HINESTROSA señala, con razón, que es más importante establecer con precisión las diferencias de tratamiento entre las dos figuras que profundizar el contraste teórico o conceptual entre ellas, “por lo demás, harto sutil y, a veces, arbitrario”¹⁴⁰.

La Sala de Casación Civil ha precisado las diferencias, en los siguientes términos:

“La caducidad, ha dicho la Corte [...], está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad de hecho”¹⁴¹.

En fallo reciente, la Corte sentó nuevamente jurisprudencia sobre esta importante distinción:

“Conviene brevemente resaltar, por su significación, que la prescripción y la caducidad son institutos jurídicos diferentes, desde luego que no pueden confundirse.

”Baste indicar la naturaleza imperativa o de *ius cogens* de las normas rectoras de la caducidad, inspiradas en primigenias razones de orden público definitorias de un plazo o término perentorio, único e insustituible para el ejercicio de ciertas acciones, cuyo transcurso comporta *ope legis* la imposibilidad jurídica para ejercitarlas después de su fenecimiento generando el efecto ineluctable e irremediable de su extinción, por lo cual, es susceptible de declararse *ex officio* por el juzgador (C. de P. C., arts. 85, 305 y 306), no admite renuncia, interrupción ni suspensión, pues solo su incoación oportuna impide sus efectos (art. 90, *ibid.*; aún cuando, impropriamente, el art. 788 del Código de Comercio, previene la suspen-

¹⁴⁰ HINESTROSA, *La prescripción extintiva...*, op. cit., págs. 251-252.

¹⁴¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 noviembre 1976, M. P. Aurelio Camacho Rueda, “G. J.”, t. CLII, pág. 505 y ss.

sión de la caducidad de la acción cambiaria de regreso por fuerza mayor y el art. 806, *ibidem*, por el procedimiento de cancelación o reposición) y, tampoco, son susceptibles de interpretación ni aplicación analógica o extensiva a hipótesis diversas de las previstas en el ordenamiento jurídico.

”*Per differentiam*, la prescripción, cuyos términos también son de orden público, debe invocarse expresamente, no es declarable oficiosamente, puede renunciarse una vez cumplida e interrumpirse o suspenderse en los casos y por las causas legales (C. de P. C., arts. 90, 305 y 306; C. C., arts. 2513, 2514, 2538 a 2541; SNG, 1º de octubre de 1945, CXI, 690; 1º de octubre de 1946, LXI, 588 y ss.; 11 de mayo de 1948, LXXIV, 371; cas. civ. de 22 de septiembre de 1955, LXXXI, 152; 19 noviembre de 1976, CLII, 505 y ss.; 23 de septiembre de 2002, exp. 6054)”¹⁴².

Las principales diferencias entre la prescripción liberatoria y la caducidad son, en consecuencia, las siguientes¹⁴³:

- Mientras la prescripción no extingue derechos, la caducidad sí.
- La caducidad puede afectar derechos sustantivos o procesales (preclusión) mientras que la prescripción extingue acciones establecidas para la tutela de derechos sustantivos.
- A diferencia de la prescripción, la caducidad no se interrumpe ni se suspende; el tiempo corre de forma inexorable.
- A diferencia de la prescripción, que siempre debe alegarse, la caducidad puede ser declarada por el juez, de oficio o a petición de parte¹⁴⁴.
- La caducidad no es renunciable y la prescripción sí.
- La prescripción supone un vínculo entre partes deudor-acreedor, al paso que la caducidad no requiere la presencia de esta relación acreedor-deudor¹⁴⁵.

Sobre la problemática distinción entre la prescripción extintiva y la caducidad, nuestra visión es la que pasamos a exponer. Como ya hemos mencionado en línea con las normas pertinentes, la jurisprudencia y la doctrina, aquella se refiere a la pérdida de las acciones judiciales que

¹⁴² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 octubre 2009, ref: 05001-3103-009-2001-00263-01. (En www.lexbase.com).

¹⁴³ Véase BEJARANO, *op. cit.*, pág. 513.

¹⁴⁴ La caducidad puede alegarse como excepción previa por el demandado (C. de P. C., art. 97); el juez puede rechazar de plano la demanda cuando exista término de caducidad para instaurarla, si de ella y sus anexos aparece que el término está vencido (C. de P. C., art. 85).

¹⁴⁵ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 999; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 921.

tiene el acreedor para reclamar su crédito (ejecutiva) o para que se declare su existencia (ordinaria), aunque no puede por ello considerarse la prescripción un fenómeno procesal, puesto que tiene claras connotaciones sustantivas.

Por su parte, la caducidad se refiere a pérdida de derechos por no realizar una determinada actuación que puede ser o no la presentación de una demanda judicial, pues en muchos de los supuestos de caducidad que prevé la ley, se trata de conductas que nada tienen que ver con reclamaciones ante la jurisdicción¹⁴⁶. Así mismo, debe precisarse que la caducidad acaece usualmente cuando se deja pasar un plazo sin realizar la respectiva acción, pero también puede llegar por una situación que nada tiene que ver con el transcurso de algún término, sino simplemente por la ocurrencia del supuesto que la ley prevé para que ella se consolide¹⁴⁷.

Así pues, consideramos que la real distinción entre los dos fenómenos que se examinan es que, en sentido estricto, la prescripción liberatoria opera exclusivamente en el contexto de los vínculos obligatorios entre deudor y acreedor suprimiendo las acciones que tiene este para lograr la satisfacción de la deuda, cuando deja pasar el tiempo legal sin incoarlas. En cambio, la caducidad aniquila un derecho o prerrogativa, que no está necesariamente en la esfera de las relaciones de crédito, cuando se omite la conducta establecida por la ley, sea que se fije o no un plazo para realizarla. En este sentido, de acuerdo con la sentencia del 4 de noviembre de 1930, la caducidad se aplica privativamente a la extinción de derechos que no revisten el carácter de obligaciones exigibles judicialmente¹⁴⁸.

Con esta perspectiva, muchos de los casos que la misma ley en forma errónea califica de prescripción, son en realidad plazos perentorios que en materia de obligaciones no son numerosos¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Véanse las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre la caducidad: cas. civ. de 19 noviembre 1976, M. P. Aurelio Camacho Rueda, “G. J.”, t. CLII, pág. 505 y ss.; 23 septiembre 2002, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 6054; 13 diciembre 2006, M. P. Pedro Munar Cadena, ref.: exp. 47001 3103 002 1999 00385 01; 19 octubre 2009, M. P. William Namén Vargas, ref.: 05001-3103-009-2001-00263-01 (en www.lexbase.com).

¹⁴⁷ Véanse, por ejemplo, los arts. 826, 1093, 1101, 1103, 1109, 1202, 1232, 1270, 1271, 1333, 1371 y 2442 del C. C.; 570, 698, 729, 787, 801, 932 y 1259 del C. de Co., en los que la ley se refiere expresamente a la caducidad.

¹⁴⁸ Sent. de 4 noviembre 1930, Sala de Negocios Generales. M. P. Julio Luzardo Fortul, “G. J.”, t. XXXVIII, pág. 424.

¹⁴⁹ MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 413. Utiliza los ejemplos de la acción rescisoria por lesión y la de vicios redhibitorios.

De acuerdo con esta distinción, en nuestro ordenamiento son entonces eventos de caducidad en materia de obligaciones los siguientes, en cuanto no son acciones del acreedor que va en pos de su crédito:

- La acción para la nulidad absoluta o relativa de un acto o contrato¹⁵⁰.
- La acción rescisoria por lesión enorme en materia de contratos — cuando ella procede—, a la cual se ha referido recientemente la Corte considerándola un supuesto de caducidad, que no de prescripción extintiva, como lo reseñaremos con mayor detalle.
- La acción pauliana: un año desde la celebración del acto o contrato (C. C., art. 2491).

En el ámbito de los títulos valores, el estatuto mercantil establece la caducidad para ciertas acciones cambiarias cuando se omite la presentación o el protesto del instrumento¹⁵¹.

En la sentencia del 23 de noviembre de 2002, la Sala de Casación Civil abordó el estudio de la acción rescisoria por lesión enorme y determinó que el artículo 1954 del Código Civil consagra un caso de caducidad y no de prescripción¹⁵². La norma dispone:

“La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato”.

Por su importancia, transcribimos algunos apartes del fallo sobre el particular. Después de reseñar los antecedentes de la caducidad en el derecho romano, donde el fenómeno no tenía que ver con el trascurso del tiempo, expresa el fallo:

“[...] en la actualidad, el vocablo en comento se encuentra sustancialmente determinado por el tiempo o el plazo. 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. A este significado obedecen, en un sentido general, las nociones de plazo prefijado (*délai-préfix*) del derecho francés, plazo de caducidad (*Verwirkung*) del derecho alemán y la decadencia del derecho italiano.

¹⁵⁰ La sentencia de la Sala de Casación Civil de 20 septiembre 1918, M. P. Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. XXVII, pág. 77, citada, en nuestra opinión, apoya esta tesis.

¹⁵¹ C. de Co., arts. 729, 787, 801. El art. 788 de la misma obra, en contravía de lo que ocurre en la caducidad, señala que los términos se suspenden en casos de fuerza mayor.

¹⁵² En contra de esta posición se manifiesta HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, op. cit., pág. 271.

”Por consiguiente, desde esta perspectiva es inherente y esencial a la caducidad la existencia de un término fatal fijado por la ley [...], dentro del cual debe ejercerse idóneamente el poder o el derecho, so pena de extinguirse.

”[...] Para efecto de establecer si un determinado plazo es de caducidad, cuando el legislador se hubiese abstenido de calificarlo explícitamente como tal, es menester entender primeramente que el fundamento de aquella estriba en la necesidad de dotar de certidumbre a ciertas situaciones o relaciones jurídicas para que alcancen certeza en términos razonables, de modo que quienes están expuestos al obrar del interesado (sobre quien pesa la carga de actuar so pena de expirar su derecho o acción) sepan si esto habrá o no de ocurrir.

”Vale decir, que el ordenamiento, por razones superiores, de «policía jurídica», o para proteger determinados intereses, y con miras a poner fin al estado de incertidumbre de ciertas situaciones o relaciones jurídicas cuyo ejercicio depende de un único o primer acto no repetible, le impone al titular la necesidad de ejercitarlo idóneamente en un término perentorio, so pena de perder el derecho o de que se extinga la posibilidad de accionar.

”El legislador, pues, en aras de la seguridad jurídica, pretende con los términos de caducidad finiquitar el estado de zozobra de una determinada situación o relación de derecho, generado por las expectativas de un posible pleito, imponiéndole al interesado la carga de ejercitar un acto específico, tal la presentación de la demanda, en un plazo apremiante y decisivo, con lo cual limita con precisión, la oportunidad que se tiene para hacer actuar un derecho, de manera que no afecte más allá de lo razonablemente tolerable los intereses de otros.

”[...] Nótese, por consiguiente, cómo la caducidad descansa, en últimas, sobre imperativos de certidumbre y seguridad de ciertas y determinadas relaciones jurídicas, respecto de las cuales el ordenamiento desea, de manera perentoria, su consolidación, sin que ella deba concebirse como una sanción por abandono, ni haya lugar a deducir que envuelve una presunción de pago o cumplimiento de la obligación, como tampoco pretende interpretar el querer del titular del derecho.

”[...] Vale decir, entonces, que los plazos de caducidad determinan de antemano el lapso de vigencia del derecho, potestad o acción respectiva, la cual, en ese orden de ideas, nace con un inevitable término de expiración a costas. Así las cosas, cuando la acción judicial está sometida a un plazo de caducidad, la presentación idónea de la demanda no implica la interrupción de un término, sino la cabal ejecución del acto esperado,

al paso que la no formulación oportuna del libelo comporta la extinción irremediable de tal potestad; es decir, que si la presentación de la demanda judicial apareja la inoperancia de la caducidad, ello no obedece a que la misma se interrumpa, cual sucede, v. gr. con la prescripción, sino a que por el ejercicio oportuno de la acción, aquella, obviamente, no se consuma.

”[...] En fin, dado que con la caducidad se pretende la seguridad de las diversas relaciones jurídicas como premisa indispensable de la estabilidad del tráfico jurídico, mediante el señalamiento de un plazo —*dies fatales*— que no se suspende y que, por ende, se cumple inexorablemente a la hora precisa, es factible que el juez pueda decretarla de oficio, pues resultaría inaceptable que vencido dicho plazo, se oyera al demandante cuya potestad ya se extinguió. Desde esta perspectiva es palmario que la caducidad opera automáticamente, esto es, que no es necesaria instancia de parte para ser reconocida.

”[...] Examinado al tamiz de las consideraciones precedentes el artículo 1954 del Código Civil, [...], se tiene, en primer lugar, que el legislador se abstuvo de calificar expresamente la naturaleza de ese plazo, omisión que además de generar cierto desconcierto, torna imperioso para el intérprete determinarla; en segundo lugar, que del mismo se ha predicado inveterada y uniformemente, que comporta una de las condiciones de prosperidad de la pretensión rescisoria derivada de la lesión enorme, o sea, que uno de los requisitos esenciales de dicha acción estriba, justamente, en que la misma debe ejercitarse en el anotado lapso [...] igualmente, [...], que ese lapso obedece a la necesidad de dotar de certidumbre y firmeza los negocios jurídicos.

”Destacadas, pues, estas particularidades del señalado plazo, se impone inferir que se trata de un término de caducidad que, en cuanto tal, fija precisa y fatalmente el tiempo durante el cual debe ejercitarse la acción.

”En efecto, si como acaba de expresarse, dicho lapso ha sido calificado por la Corte, de tiempo atrás y de manera invariable, como uno de los presupuestos de prosperidad de la referida pretensión, bien pronto se advierte, entonces, que en ella el transcurrir del tiempo se comporta, por sí mismo, como una condición sustancial para su ejercicio, característica esta que, precisamente, se corresponde, como ya se dijera, con la funcionalidad típica de la caducidad. Subsecuentemente, su fijación no puede quedar supeditada, de ninguna manera, al arbitrio del demandado, esto es, a que este comparezca a invocar el vencimiento del plazo, cabalmente, porque dejaría de ser un elemento estructural de aquella.

”Del mismo modo, dado que la mencionada acción postra la relación jurídica, llevándola a un innegable estado de fragilidad e incertidumbre,

ha querido el legislador que tal situación desaparezca, supeditándola a un término fatal e improrrogable, de manera que la estabilidad de los negocios jurídicos y, desde luego, la de los derechos que de ellos dimanar, queden consolidados, en un término objetivamente conmensurable, ajeno por ende, a dilaciones derivadas de actitudes subjetivas, distintas, por supuesto, al ejercicio mismo de la acción”.

”[...] De ahí que sea más evidente y perentoria la carga del interesado: le incumbe accionar en el término imperiosamente previsto por el ordenamiento, so pena [de] que su facultad se extinga irremediabilmente, sin que haya lugar a la suspensión o interrupción del mismo, derivadas de las condiciones subjetivas de las partes o de la conducta que estas hubiesen denotado; es decir, que dicho plazo corre con objetividad fatal.

”Infiérese, por consiguiente que, vencido el cuatrienio consagrado en el artículo 1954 del Código Civil, sin que se hubiese ejercitado la acción, se extingue tal facultad de manera automática, particularidad que, justamente, permite al juez decretarla de oficio, sin que deba esperar actos complementarios derivados de la actitud asumida por el demandado. El contratante sabe de antemano, que cuenta con un determinado tiempo para ejercitar su acción, sin que la expiración del mismo halle justificación en su dejadez, sino en el mero vencimiento del aludido plazo”¹⁵³.

Esta sentencia apoya nuestra tesis sobre lo que es la caducidad y lo que es la prescripción liberatoria. Aunque la misma ley contribuye a la confusión de los conceptos y a pesar de que los conceptos de los doctrinantes y de los tribunales no logran coincidir, esta propuesta de interpretación puede ser un punto de partida para dilucidar esta problemática diferenciación.

12. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

En primer lugar, como ya se ha mencionado en este capítulo, conviene reglamentar en forma separada la prescripción adquisitiva y la extintiva porque si bien tienen rasgos en común (el paso del tiempo con efectos jurídicos), corresponden a fenómenos diversos. La primera, como situación que origina derechos reales y la segunda como modo de extinguir

¹⁵³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 2002, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 6054. La tesis de esta sentencia fue reiterada en la de 13 diciembre 2006. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: exp. 47001 3103 002 1999 00385 01 (en www.lexbase.com).

las acciones —declarativa y ejecutiva— de que dispone el acreedor para demandar el reconocimiento o ejecutar el derecho crediticio, respectivamente.

En una reforma futura que modernice nuestra legislación civil y se llenen vacíos indeseables, es imperioso que se enuncie una regla clara sobre los pactos de las partes para modificar los plazos de prescripción de las acciones, de tanta trascendencia en las relaciones patrimoniales, como se ha hecho en legislaciones más recientes.

Por ejemplo, el Código Civil italiano declara inderogable por las partes el estatuto legal de la prescripción¹⁵⁴. En México no es posible ampliar ni restringir el plazo de la prescripción, por motivos de orden público¹⁵⁵. En el reciente Código Civil del Brasil, el artículo 192 cierra cualquier debate al respecto con la siguiente prohibición: “Los plazos de prescripción no pueden ser alterados por acuerdo de las partes”. Se observa cómo la tendencia de las legislaciones más recientes es reafirmar la intangibilidad de los términos que para la prescripción ha fijado la ley.

Si, tras un debate juicioso se determinare que una posición rígida no es deseable en este tema y que proceden los acuerdos de las partes para modificar los plazos, la ley debe ser clara al establecer dicha posibilidad y señalará los límites pertinentes —que deberán ser razonables— so pena de ineficacia de pleno derecho¹⁵⁶.

Es importante, por otro lado, que las normas expresen con precisión el concepto de prescripción extintiva y de caducidad, que permita una distinción clara de estas situaciones, que siguen causando confusión en

¹⁵⁴ Art. 2936.

¹⁵⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (*op. cit.*, págs. 848-849) así lo afirma, con fundamento en el art. 1150 del C. C. Federal, que señala: “Las disposiciones de este título relativas al tiempo y demás requisitos necesarios para la prescripción solo dejarán de observarse en los casos que la ley prevenga expresamente otra cosa”. La norma se refiere al título VII: “De la prescripción”, que comprende tanto la positiva (adquisitiva) y la negativa (liberatoria).

¹⁵⁶ El proyecto de la Comisión Lando, a este respecto, tiene una propuesta más flexible al señalar que no pueden reducirse los términos a menos de un año o a más de treinta. Por su parte, el anteproyecto Gandolfi para el derecho europeo de los contratos permite los pactos modificatorios pero con restricciones: se establece un plazo de 10 años; las partes pueden reducirlo convencionalmente, pero no los términos previstos para las figuras singulares de contrato, salvo las relaciones en que es parte un consumidor y únicamente en favor de este. Citados por HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 875.

la terminología y contenido de los dos institutos. Para ello, la exposición de este capítulo al respecto puede ser de utilidad.

Por último, en línea con lo que hemos venido señalando en otros capítulos de esta obra, es deseable y conveniente un régimen unificado de obligaciones que incluya obviamente los modos de extinguir el vínculo y de manera muy relevante, la prescripción liberatoria, sin perjuicio de que se reconozcan prescripciones especiales de corto plazo para ciertas operaciones en particular.

13. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

ABELIUK, RENÉ: *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ALESSANDRI, ARTURO: *Derecho civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.

BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL: *Obligaciones civiles*, 3ª ed., colección Textos Jurídicos Universitarios, México, Harla, 1991.

CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

FONSECA JARAMILLO, CLAUDIA: “La prescripción extintiva y la caducidad”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, Bogotá, Universidad de los Andes, enero de 2004 (en http://derechoprivado.uniandes.edu.co/pdfs/R31_A7.pdf).

HINESTROSA, FERNANDO: *La prescripción extintiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

— *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

MAZEAUD, HENRI y LÉON: *Derecho civil*, Parte segunda, El cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, Parte primera, Bogotá, Edit. Temis, 1954.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado elemental de derecho civil, Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.

POTHIER, ROBERT-JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1978.

PUIG, BRUTAU JOSÉ: *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1986.

VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, t. II, Derechos reales, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1973.

— *Derecho civil*, t. III, Las obligaciones, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1990.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO: *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia*

a') *Sala de Negocios Generales*

Sent. de 18 junio 1940, M. P. Juan Antonio Donado, “G. J.”, t. XLIX.

Sent. de 31 octubre 1950, M. P. Rafael Leiva Charry, “G. J.”, t. LXVIII, septiembre-octubre 1950, núms. 2087-2088.

b') *Sala de Casación Civil*

Sent. de 26 agosto 1911, M. P. Luis Eduardo Villegas, “G. J.”, t. XX.

Sent. de 19 octubre 1912, M. P. Constantino Barco, “G. J.”, t. XXII.

Sent. de 20 septiembre 1918, M. P., Tancredo Nannetti, “G. J.”, t. XXVII.

Sent. de 2 noviembre 1927, M. P. Juan N. Méndez, “G. J.”, t. XXXV, núm. 1799.

Sent. de 22 febrero 1929, M. P. Tancredo Nanetti, “G. J.”, t. XXXVI.

Sent. de 4 noviembre 1930, M. P. Julio Luzardo Fortul, “G. J.”, t. XXXVIII.

Sent. de 28 febrero 1955, M. P. Manuel Barrera Parra, “G. J.”, t. LXXXIX, núm. 2149.

Sent. de 26 marzo 1957, M. P. Guillermo Garavito Durán, “G. J.”, t. LXXXIV.

Sent. de 19 noviembre 1976, M. P. Aurelio Camacho Rueda, “G. J.”, t. CLII, núm. 2393.

Sent. de 28 febrero 1984, M. P. José María Esguerra Samper, “G. J.”, t. CLXXVI.

Sent. de 4 marzo 1988, M.P. Héctor Marín Naranjo, “G.J.” t. CXCII, núm. 2431.

Sent. de 22 enero 1991, “G.J.” t. CCVIII, núm. 2447.

Sent. de 9 marzo 1995, M. P. Rafael Romero Sierra, “G. J.”, t. CCXXXIV, núm. 2473.

Sent. de 9 agosto 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta. “G. J.”, t. CCXXXVII, núm. 2476.

Sent. de 6 abril 1999, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 4931, “G. J.”, t. CCLVIII, núm. 2497.

Sent. de 11 enero 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp. 5208 .

Sent. de 21 enero 2002, M. P. Nicolás Bechara Simancas, exp. 5995.

Sent. de 8 febrero 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6758 .

Sent. de 23 septiembre 2002, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 6054.

Sent. de 9 febrero 2004, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 7000 .

Sent. de 13 diciembre 2006, M. P. Pedro Munar Cadena, exp. 47001 3103 002 1999 00385 01.

Sent. de 19 octubre 2009, M. P. William Namén Vargas, exp. 5001-3103-009-2001-00263-01.

Sent. de 5 abril 2011, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: exp. 66001-3103-003-2006-00190-01.

Sent. de 15 julio 2016, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. SC7814-2016, Rad. 05001-31-03-010-2007-00072-01.

Sent. del 15 diciembre 2017, M.P. Margarita Cabello Blanco. SC21801-2017, Rad. 05101 31 03 001 2011 00097 01.

b) *Corte Constitucional*

Sent. C-607 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Sent. C-662 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

Sent. C-227 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

c) *Laudo arbitral*

Distral S. A. (EMA) General Electric Canada Inc. vs. La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A., de 16 agosto 1995 (Cámara de Comercio de Bogotá).

CAPÍTULO XVIII*

LA COMPENSACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO PRIVADO**

MARIANA BERNAL FANDIÑO***

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ****

1. INTRODUCCIÓN

El pago es el modo natural de extinguir las obligaciones. Sin embargo, existen otras causas de desaparición de las relaciones jurídicas personales, entre ellas, la compensación, que es la modalidad extintiva más cercana al pago, pues el acreedor recibe una satisfacción inmediata respecto del interés involucrado en la relación obligatoria, aunque por una vía diferente a la originalmente establecida por las partes.

La compensación conduce a la extinción simultánea de dos obligaciones, y opera entre dos personas que son recíprocamente acreedora y deudora, una de otra¹. Se busca entonces “sopesar” las respectivas pres-

* Este escrito es un producto del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Contacto: m.bernal@uniandes.edu.co. Los autores agradecen la colaboración de Jorge Andrés Gómez Avendaño, en la investigación que sirvió de base para la elaboración de este texto.

** Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.556>.

*** Mariana Bernal Fandiño. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en derecho comercial y máster en derecho internacional privado de la Universidad de París II. Doctora en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

**** Arturo Solarte Rodríguez. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en legislación financiera de la Universidad de los Andes. Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca. Exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente, abogado en ejercicio y árbitro de los centros de arbitraje y conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín.

¹ PHILIPPE SIMLER, FRANÇOIS TERRÉ e YVES LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, pág. 1283.

taciones, de manera que si las dos obligaciones tienen el mismo valor, la extinción será total, mientras que, como ocurre con frecuencia, cuando la cuantía no sea idéntica, la extinción solamente será parcial y operará hasta concurrencia de la deuda que tenga un valor inferior.

Se trata de una institución del derecho de las obligaciones que tiene gran incidencia en la vida cotidiana de las personas, pues facilita y agiliza las transacciones, especialmente en el ámbito comercial. Además de que sirve de mecanismo para extinguir simultáneamente obligaciones recíprocas, la compensación tiene la particularidad de que puede cumplir una función de garantía patrimonial para ambas partes, entendida esta expresión en sentido amplio, pues el acreedor que encuentra satisfecho su interés por esta vía evita el riesgo de insolvencia de su deudor.

La regulación de la figura en el derecho positivo tiene una particular complejidad, que se deriva, en buena parte, de las diversas interpretaciones que los doctrinantes de la Edad Media realizaron respecto de los textos romanos, de lo que se originó, además, que la compensación tenga diferentes requisitos y efectos en sistemas jurídicos como el francés o el alemán, según se profundizará más adelante.

Para efectos de abordar la figura de manera completa, en este estudio se analizarán, en primer término, la naturaleza jurídica de la compensación, su justificación, su evolución histórica y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano; en una segunda parte, se presentará una visión general de la compensación en el derecho comparado, en las modernas iniciativas de reforma al régimen de las obligaciones y en los instrumentos internacionales de armonización del derecho de los contratos; el capítulo culminará con las conclusiones más relevantes que surgen del análisis realizado.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN

De manera general, se puede señalar que la compensación es un modo de extinción de las obligaciones que opera entre dos personas que simultáneamente ostentan, la una respecto de la otra, un crédito y una deuda exigibles, cuyo objeto es semejante u homogéneo, lo que conduce a que se considere que los acreedores se entiendan satisfechos y, por ende, a que se estime que los deudores quedan liberados de las respectivas obligaciones². En efecto, una vez se reúnen los requisitos consagrados

² El Consejo de Estado ha definido la institución jurídica objeto de estudio de la siguiente forma: “La compensación es un modo de extinción de las obligaciones recípro-

en la ley —como se analizará más adelante—, la compensación, según se ha indicado en una gráfica expresión, opera como una especie de “pago abreviado”³, lo que otros autores han explicado como un fenómeno de “neutralización”⁴ de las deudas, en el que las obligaciones recíprocas se extinguen total o parcialmente, según sea el caso, sin necesidad de que cada deudor ejecute de manera independiente la prestación que adeuda a su respectivo acreedor⁵.

De manera muy elemental se puede indicar, por ejemplo, que si A le debe a B \$ 100.000 y B le debe a A \$ 70.000, la deuda de B para con A se extingue totalmente y la obligación de A hacia B se cancela parcialmente, pues se reduce a los \$ 30.000 que finalmente A deberá pagar a B.

cas de las partes, que tiene por finalidad evitar un doble pago entre ellas y que se aplica en aquellos eventos en los cuales dichas partes son «acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o intercambiables entre sí». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 11 noviembre 2009, rad. 25000-23-26-000-2002-01920-02 (32666), C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ MARIO GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, en *Derecho de las obligaciones*, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes, tomo II, vol. 2, Bogotá, Editorial Temis, 2010, pág. 364. Se señala que algunos autores hacen referencia a un “doble pago abreviado” o a un “doble pago ficticio”, mientras que otros, como MESSINEO, critican este tipo de conceptualización al considerar que, por el contrario, lo que se presenta es una figura que permite “abstenerse” de pagar.

⁴ ATILIO ANÍBAL ALTERINI, OSCAR JOSÉ AMEAL y ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 677.

⁵ El profesor FERNANDO HINESTROSA ha explicado la compensación de la siguiente forma: “[...] 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 [...]”. FERNANDO HINESTROSA FORERO, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 809.

Como es suficientemente conocido, las relaciones jurídicas obligatorias son de carácter eminentemente transitorio⁶, pues su vocación principal es que se produzca la satisfacción del interés del acreedor y que, como consecuencia de la realización de su propósito, ellas desaparezcan del mundo jurídico. Esto ocurrirá, en general, cuando se presenta uno de los que se conocen como modos satisfactivos de extinción de las obligaciones⁷. No obstante, si el propósito principal que condujo a la creación de la obligación no se produce, por cuanto, de manera espontánea o forzada, el comportamiento del deudor no ha sido idóneo para satisfacer el interés del acreedor, el efecto que igualmente se debe producir es que la relación jurídica obligatoria deba desaparecer por la ocurrencia de otros modos o mecanismos extintivos, así no se realice el interés que motivó su creación, caso en el cual se alude a que ha actuado uno de los modos no satisfactivos de extinción de las obligaciones. Cabe recordar para el efecto el precepto que consagraba el artículo 37 de la antigua Constitución Política de 1886, en el sentido de que en Colombia “no habrá obligaciones irredimibles”, el cual, aun cuando no se reprodujo en la Carta Política de 1991, mantiene su vigencia como principio del derecho privado patrimonial.

En consecuencia, la compensación es un modo satisfactivo de extinción de las obligaciones, que puede actuar de manera total o parcial sobre las relaciones jurídicas involucradas, en el que se evidencia el carácter transitorio y la función principal que cumplen las obligaciones en el tráfico jurídico.

3. FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN

Varias razones se han esgrimido para dar justificación a la compensación como institución jurídica. Por una parte, la compensación conduce a la economía en las transacciones, pues se evita el inútil recorrido de que el deudor tenga que pagar el monto de su obligación al acreedor, y que, luego, este último tenga que pagar al primero lo que corresponda a su respectiva prestación, como si de una devolución se tratara. Esta utilidad

⁶ JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pág. 425. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 2011, rad. 11001-3103-012-1999-01957-01, M. P. William Namén Vargas.

⁷ JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ, *Obligaciones*, Bogotá, Editorial Legis, 2017, pág. 414.

práctica de la compensación ha conducido a que ella sea el fundamento de muy variados negocios jurídicos y de operaciones económicas que agrupan diversos contratos, particularmente en las actividades comerciales y financieras⁸. Por otra parte, se afirma que la compensación proporciona mayor seguridad en lo que atañe al efectivo recaudo de las obligaciones, pues con ella se evita que una de las partes deba soportar las consecuencias de la insolvencia de la otra. Ciertamente, en el caso de obligaciones que deban cumplirse simultáneamente, si una de las personas recibe el pago de su crédito sin cumplir al mismo tiempo lo que adeuda, la persona que pagó primero se encontraría en una situación desfavorable, pues tendría que asumir el riesgo de que la posterior satisfacción de su crédito se vea comprometida por la eventual insolvencia de su deudor⁹.

Adicionalmente, y con bastante razón, la doctrina extranjera ha destacado la conveniencia pública de la compensación, pues su reconocimiento en un determinado proceso judicial evita que, luego de su culminación, el acreedor que no recibió el pago deba iniciar un nuevo trámite para perseguir la satisfacción de su crédito¹⁰, con el consecuente desgaste de la administración de justicia. En todo caso, si bien la compensación interesa al orden social por los efectos positivos que genera se debe precisar que su regulación no es de orden público y, por tanto, las partes podrían pres-

⁸ “La compensación es la base de modernos servicios, como los de las tarjetas de débito y crédito, que permiten abonos a una cuenta (el banco es deudor) o cargos por el pago de bienes o servicios (el banco es acreedor), o los que prestan las cámaras de compensación, a través de las cuales tiene lugar el canje interbancario, mecanismo que consiste en que cada banco envía diariamente a la cámara los cheques recibidos que deben ser pagados por otros bancos, y espera los cheques a su cargo que debe pagarle a los otros bancos. La cámara abona o recarga a su cuenta los respectivos importes efectuando la compensación hasta concurrencia de los menores valores recibidos, produciendo un saldo por la diferencia”. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, cit., págs. 489-490. El Depósito Central de Valores (DCV) del Banco de la República, permite, entre otros, la compensación de operaciones con títulos valores (decr. 2520 de 1993, art. 22).

⁹ HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 2010, págs. 1229-1230.

¹⁰ “La compensación hace, además, inútil la acción judicial que a falta de pago cada uno de los recíprocos acreedores tendría que intentar ante los jueces que fuesen respectivamente competentes, con los crecidos gastos de dos litigios. Se sigue de esto que la compensación es de interés público, porque evita a lo menos un proceso [...]”. LUIS CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, Santiago, Imprenta Universal de Chile, 1986, pág. 491.

cindir de ella expresa o tácitamente, obviamente, mediante el ejercicio legítimo de la autonomía privada¹¹.

Igualmente se debe tener presente, como lo destaca Díez-PICAZO, que “la raíz última de la compensación, desde el punto de vista jurídico [se encuentra] en el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado. Así, se dice que es contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido [...]”¹².

Por todo lo anterior, la compensación se ha tornado en una institución jurídica de la mayor relevancia y de permanente aplicación práctica en el moderno tráfico jurídico.

4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPENSACIÓN

Se señala que el vocablo *compensación* tiene su origen en la expresión latina *pensare cum*, que hace referencia al procedimiento de pesar dos cosas, para compararlas y determinar su identidad o su diferencia¹³. En ese sentido el jurisconsulto MODESTINO indicaba: “*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”, para expresar que la compensación es la balanza recíproca de una deuda con un crédito¹⁴. Ahora bien, el origen de la compensación como modo de extinción de las obligaciones, al igual que muchas otras instituciones del derecho privado, se remonta al derecho romano, en particular a las reglas de procedimiento, y su introducción al sistema jurídico —al menos como conocemos la figura en la actualidad— no fue rápida ni pacífica, pues el procedimiento romano de la época antigua (*legis actiones*) se caracterizaba por el principio de unidad de la cuestión debatida en la *litis*, según el cual cada proceso debía corresponder exclusivamente a una demanda. En ese contexto, la figura de la compensación era inadmisibles en un principio como medio de defensa¹⁵.

¹¹ HINESTROSA FORERO, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., pág. 825. El autor hace referencia a la necesidad de que el pacto correspondiente obedezca a un interés legítimo y que no se presente abuso de posición dominante contractual.

¹² LUIS Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 2008, págs. 612 y 613.

¹³ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pág. 422.

¹⁴ LUIS CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, Santiago, Imprenta Universal de Chile, 1986, pág. 489.

¹⁵ “[e]s más, el derecho de la compensación en Derecho romano está ligado a la evolución del procedimiento. Por ello, no pudo tener lugar en el antiguo procedimiento

De conformidad con lo que señala la doctrina clásica, el derecho de oponer la compensación en el derecho romano fue reconocido paulatinamente en el curso de tres etapas sucesivas, ligadas a periodos distintos: el del derecho clásico anterior al emperador Marco Aurelio, el de la época correspondiente a su mandato, y el de la época justinianeas¹⁶.

En la primera etapa, la compensación se caracterizó por ser eminentemente convencional, pues, como se indicó, cada acción se limitaba a la posibilidad de exigir un crédito, con independencia de que entre los mismos deudor y acreedor existieran otras acreencias y débitos recíprocos. Sin embargo, dicha regla general tenía algunas excepciones y matices, como, por ejemplo, la de las acciones de buena fe derivadas de una operación sinalagmática¹⁷, la de los créditos del *bonorum emptor*¹⁸, o la de los débitos del banquero —*argentarii*—¹⁹.

de las *legis actiones*, porque la *compensatio* en origen estuvo vinculada a la estructura de la fórmula. En el procedimiento de las *legis actiones* no existían las *exceptiones*, por lo tanto, el único tipo de compensación posible era el convencional. Esto explica por qué tanto las Instituciones de GAYO (4.61 ss.) como las de JUSTINIANO (4.6.30) tratan la *compensatio* al referirse a la fórmula procesal de las acciones de buena fe y no entre las causas de extinción de las obligaciones [...]”. ALFONSO MURILLO VILLAR, “Extinción de las obligaciones por compensación. Una futura regulación europea de evidente origen romano”, en *Revista de Derecho Romano*, núm. 1, (2019): <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f63ccb02615b0a2381b464caf2f0fc2f>

¹⁶ “Durante mucho tiempo, la compensación no ha sido admitida en Derecho Romano más que en ciertas hipótesis y en condiciones determinadas. A partir de Marco Aurelio, su aplicación fue generalizada, y la reforma fue completada por Justiniano”. EUGENE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de la 9ª ed. francesa por José Fernández González, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2011, pág. 503.

¹⁷ CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 493.

¹⁸ “El *bonorum emptor* o comprador de la masa de bienes de un concurso debe demandar con descuento —*agere cum deductione*—, esto es, de manera que se condene al deudor únicamente en lo que resta, una vez deducido lo que debe a este el concursado. No es necesario que las prestaciones sean de la misma naturaleza, ni que el crédito contrario sea vencido. El descuento no se consigna en la intentio, sino en la *condemnatio*, lugar donde una *pluris petitio* no ocasiona riesgo”. JUAN IGLESIAS-REDONDO, *Derecho romano*, Barcelona, Editorial Ariel, 2004, págs. 319-320.

¹⁹ “Los banqueros (*argentarii*) pueden demandar a sus clientes solamente por el saldo que resulta de la deducción de los contracréditos homólogos (consistentes por lo general en dinero). No precisa que el contracrédito sea conexo”. MAX KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1982, pág. 239.

En la segunda etapa, por su parte, se reconoció la compensación como excepción o defensa, aunque limitada al ejercicio de la *exceptio doli*²⁰.

Con el advenimiento del emperador JUSTINIANO, se desarrolló la tercera etapa, que correspondió a la consolidación de la compensación como institución jurídica²¹. En efecto, JUSTINIANO dispuso que la compensación siempre operaría *ipso iure* —sin necesidad de oponer la excepción de dolo— en todo tipo de acciones, fueran estas reales o personales²², siempre que “[...] el crédito del demandado fuera líquido, entendiendo por tal aquel cuya existencia y extensión son o ciertas o fáciles de determinar; pero era el juez quien debía apreciar si el crédito tenía o no estos caracteres y podía dejarlo a un lado si exigía la compensación debates demasiado complicados y largos, quedando en este caso el demandado con su derecho a salvo para hacerlo valer en juicio separado”²³.

No obstante el desarrollo que alcanzó la figura en la época justiniana, con la llegada del medioevo el escenario fue diferente²⁴. En efecto, el derecho feudal de la temprana Edad Media se caracterizó por el extremo celo de los señores feudales en cuanto al juzgamiento de los asuntos de sus vasallos, comoquiera que esto les representaba una importante fuente de ingresos²⁵. En ese contexto, les resultaba conveniente desconocer la

²⁰ GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, cit., pág. 362.

²¹ “Justiniano amplió las posibilidades de compensación, por el hecho de que cuando es oponible un contracrédito al acreedor este no puede ya temer la pérdida de su crédito por efecto de la *pluris petitio* (*supra* 34 II 1). El importe de la deuda es ahora el saldo, la cantidad que el crédito del actor exceda del contracrédito del demandado. El juez habrá de deducir el contracrédito líquido, esto es, que puede ser el probado inmediatamente, y condenar tan sólo por el saldo resultante. Lo que se significa con la expresión *ipso iure* compensatur [...]”. MAX KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1982, pág. 240.

²² PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, cit., págs. 505-506.

²³ CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 495.

²⁴ “Durante los siglos V y siguientes, tal y como tuvimos ocasión de resaltar (cap. III), se produjo un decaimiento jurídico, un empobrecimiento del derecho, sometido a diversas dificultades que, desventuradamente, eclipsaron el brillo que había alcanzado en el marco de la granada etapa clásica del derecho romano”. CARLOS IGNACIO JARAMILLO, *El renacimiento de la cultura jurídica*, Bogotá, Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pág. 557.

²⁵ “A pesar de que el Derecho romano admitía la compensación y el Derecho canónico le había dado mayor amplitud admitiendo francamente la compensación legal, el Derecho feudal la rechazaba. Los señores eran extremadamente celosos de hacer juzgar

compensación, “[...] para que cada acreedor tuviera que cobrar a su deudor en proceso separado. Así cobraría, en cada proceso sobre la suma total de cada crédito, y no en un solo proceso en el que cobraría únicamente sobre el saldo de las sumas compensadas”²⁶.

Afortunadamente, aquella inequitativa práctica se logró superar gracias al desarrollo que tuvo el estudio de los sistemas de derecho romano y canónico, que se comenzaron a difundir por toda Europa a partir del siglo XI. Ciertamente, el redescubrimiento del derecho justiniano por los glosadores abrió paso a que los comentaristas hicieran el trabajo de adaptación de las antiguas instituciones romanas al tráfico negocial de la época²⁷. Poco a poco, entonces, la compensación comenzó a reconocerse nuevamente en el derecho europeo²⁸, hasta que se consagró definitivamente como institución jurídica de derecho positivo con la llegada de las codificaciones.

Debe destacarse, en todo caso, que las diferentes interpretaciones de los textos romanos que realizaron los glosadores y los posglosadores condujeron a diversas aproximaciones a la figura y esto se ve reflejado en los enfoques particulares que tienen, por una parte, la codificación de Napoleón y, por otra, el Código Civil alemán. En particular, la expresión *ipso iure*, referida a la manera en la que debía operar la figura, tuvo al menos tres interpretaciones relevantes²⁹. Así, AZZO y ACCURSIO sostuvieron que

por sus funcionarios los procesos de sus vasallos, lo que constituía una manifestación de su soberanía. No era para ellos un derecho honorífico solamente, usurpado a la corona real, era también una rama importante de entradas, pues en cada proceso se atribuían, a título de derecho de soberanía, una parte del valor de las cosas que se discutían en el litigio, llegando en algunos lugares hasta la quinta parte de su valor”. CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 497.

²⁶ GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, cit., pág. 364.

²⁷ JARAMILLO, *El renacimiento de la cultura jurídica*, págs. 556-564.

²⁸ “[...] [l]os doctores que los tribunales escuchaban como oráculos proclamaban altamente la doctrina de la compensación que se había conservado en los países de derecho estricto donde imperaba el Derecho romano y cuya justicia y conveniencia pregonaba el Derecho canónico. Hubo empeño en hacerla admitir en los países regidos por el Derecho consuetudinario nacional; y se consiguió. Los reyes, que no descuidaban la ocasión de recuperar sus prerrogativas y robustecían su autoridad, establecieron las «cartas de compensación», así como daban «cartas de rescisión»”. CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 498.

²⁹ HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. III, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 398.

la compensación debía oponerse en juicio y ser declarada por el juez con efectos retroactivos. BARTOLO, en cambio, afirmó que *ipso iure* significaba sin intervención del juez, por lo cual una declaración extrajudicial del interesado era suficiente para que operara la compensación. Una tercera interpretación se basaba en el carácter automático de la compensación, que operaría sin intervención del juez ni declaración de voluntad alguna.

Esta última interpretación fue acogida por el Código de Napoleón. En efecto, en virtud del trabajo de los juristas precursores de la codificación como CUJAS, DUMOULIN, DOMAT y POTHIER³⁰, principalmente, la regla según la cual la compensación debía operar de manera automática, por expreso mandato legal, quedó consignada en el artículo 1290 del Código Civil francés³¹, orientación esta que fue acogida por diversas codificaciones europeas y latinoamericanas.

Sin embargo, como se analizará en detalle más adelante, la reciente reforma del derecho de las obligaciones promulgada en Francia en 2016 modificó el carácter automático de la compensación para dar paso a una compensación que requiere declaración de la parte interesada para que pueda operar, aunque se le asignan efectos retroactivos a dicha manifestación con lo que se acoge la posición adoptada tradicionalmente por el derecho alemán. Por su parte, como igualmente se profundizará en acápite posterior, los instrumentos de armonización legislativa, como los Principios Unidroit, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (DCFR) se apartan de esa tendencia, optando por una compensación que opera a partir de la notificación y solo tiene efectos hacia el futuro.

No obstante los diversos enfoques anteriormente mencionados, se debe destacar, como lo afirma el profesor MARIO GAMBOA, que la compensación es en la actualidad una institución jurídica de carácter universal³².

³⁰ CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 498.

³¹ “La compensación se verifica de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, aun sin saberlo los deudores; ambas deudas se extinguen recíprocamente desde que existen al mismo tiempo, hasta la concurrencia de su importe respectivo. Esta regla escrita en el art. 1290 del Código civil es el rasgo esencial de nuestra compensación francesa moderna. La extinción de las deudas se realiza automáticamente, desde el momento mismo de su coexistencia, sin intervención alguna de la voluntad de las partes”. AMBROSIO COLIN y HENRI CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, tomo III, trad. de la última edición francesa por Demófilo de Buen, Madrid, Editorial Reus, 1924, pág. 220.

³² GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, cit., pág. 364.

5. LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO³³

Si bien la legislación colombiana no contempla una definición expresa de la compensación, el artículo 1714 del Código Civil describe el escenario fáctico que, unido a otros requisitos, da lugar a que opere el modo de extinción objeto de análisis: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

Según se enuncia en la parte final de la norma anteriormente citada, los artículos siguientes de la señalada codificación (arts. 1715 al 1723) consagran el marco regulatorio general de la compensación en el derecho privado colombiano.

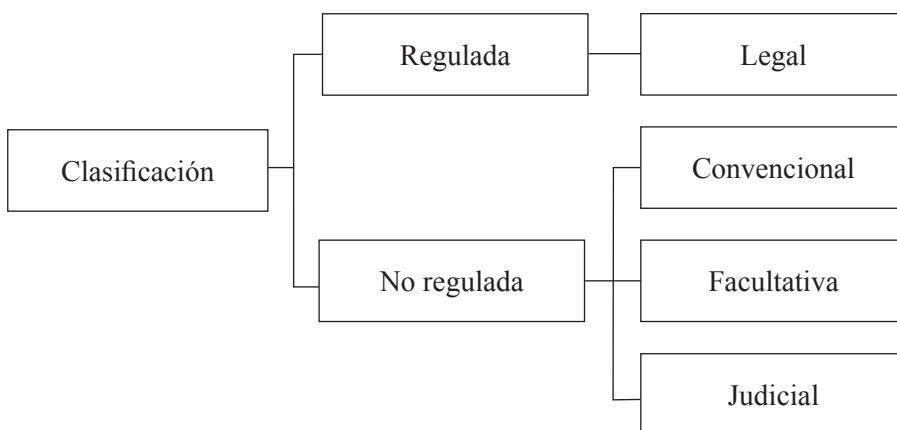
A) *Clases de compensación*

Tradicionalmente, la doctrina ha señalado que la compensación puede ser (i) legal —cuando opera por ministerio de la ley—; (ii) convencional —que deriva de la voluntad de las partes—; (iii) facultativa —cuando la parte de la que depende el cumplimiento de un requisito de la compensación facilita su cumplimiento—, o (iv) judicial —cuando se deciden en una sentencia judicial las pretensiones recíprocas de las partes enfrentadas en un conflicto—³⁴. Si bien la ley regula únicamente la compensación legal, la doctrina se ha pronunciado sobre las últimas tres modalidades, de la manera que se precisará en la gráfica de la página siguiente.

a) *Compensación legal*. Respecto de la compensación legal, la doctrina destaca que de conformidad con la ley dicha modalidad de extinción de las obligaciones se hace efectiva una vez se cumplan diversos requisitos, sin necesidad de que las partes lo consientan, o, incluso, a pesar

³³ El estudio que se desarrollará a continuación se contrae a la regulación de la compensación en el derecho privado colombiano. No se hace referencia a disposiciones particulares de otras ramas del derecho, como el derecho tributario o el derecho laboral, en los que la compensación de obligaciones tiene un régimen propio (ver al respecto, por ejemplo, en el art. 815 del Estatuto Tributario o los arts. 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo).

³⁴ VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, cit. pág. 1230. Ver también: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 31 enero 2014, Aljure Telecomunicaciones S. A. v. Comunicación Celular S. A. – COMCEL S. A. Árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias (presidente), Hernando Galindo Cubides y Felipe Andrés Cuberos de las Casas.



de que no tengan conocimiento de su existencia³⁵. En efecto, el artículo 1715 del Código Civil es claro en señalar que este tipo de compensación opera “[...] por el solo ministerio de la ley y aún sin el conocimiento de los deudores [...]”. Significa lo anterior que, desde el momento en que se cumplen los requisitos establecidos en la ley, la compensación opera *ipso iure*, es decir, de manera automática y sin necesidad de que las partes convengan algo al respecto³⁶.

No obstante lo anterior, es pertinente destacar que, en el marco de un proceso judicial, la automaticidad consignada en la norma antes transcrita no resulta enteramente aplicable en caso de que el interesado en utilizar la compensación como medio de defensa omita proponerla expresamente ante el juez. Lo anterior se debe a la regla contemplada en el artículo 282 del Código General del Proceso, según la cual al juez no le es dable reconocer de manera oficiosa las excepciones de nulidad relativa, prescripción y compensación³⁷, la que tradicionalmente se ha justificado en

³⁵ RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN, *Curso razonado de las obligaciones*, tomo II, Bogotá, Fundación Fondo de Publicaciones y Universidad Sergio Arboleda, 2001, pág. 950.

³⁶ “La compensación legal que opera por el ministerio de la ley, con o sin el consentimiento de las partes y que se encuentra regulada en el artículo 1715 del Código Civil [exige] unos requisitos como son: la fungibilidad, la liquidez y la exigibilidad de los créditos, opera *ipso iure* extinguiendo las obligaciones hasta su concurrencia”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 4 febrero 2016, Meltec S. A. v. Comunicación Celular S. A. COMCEL. Árbitros: Édgar Alfredo Garzón Saboyá (presidente), Roberto Borrás Polanía y Carolina Silva Rodríguez.

³⁷ BONIVENTO JIMÉNEZ, *Obligaciones*, Bogotá, cit., pág. 468.

el entendimiento de que tales figuras también podrían ser alegadas como pretensiones y que la falta de alegación podría implicar una renuncia tácita de la prerrogativa correspondiente. Por esta razón, la aplicación práctica de la compensación legal requiere de un pronunciamiento judicial derivado de la proposición de una excepción por parte del demandado, o bien de una pretensión³⁸ planteada por el demandante en ese particular sentido³⁹.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Empero esa, que es la regla general, no corresponde a un deber absoluto, como quiera que el mismo legislador, en el artículo 306 de la citada obra, consagró que «[c]uando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda».

”Ostensible es, pues, que en tratándose de hechos constitutivos de una excepción, esto es, de situaciones jurídicas concretas que enerven o desvirtúen total o parcialmente la pretensión, el juez está obligado a su reconocimiento oficioso, *salvo cuando se trate de la «prescripción, compensación y nulidad relativa»*, las cuales el sentenciador no puede motu proprio declarar, como quiera que en estos tres supuestos es siempre necesario que el demandado haya formulado expresamente la respectiva excepción en la contestación del libelo introductorio o de la reforma del mismo”⁴⁰ (énfasis añadido).

³⁸ “Lo anterior permite reiterar la posición del tribunal en el sentido de declarar que es viable la declaratoria de la compensación, aunque esta haya sido solicitada como pretensión, siempre y cuando se presenten los supuestos exigidos por la ley para la configuración de la misma, al paso que reitera la necesidad de que toda compensación legal opera por *ministerio iudicis*, es decir requiere alegación y decisión judicial”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 24 mayo 2006, Comercializadora y Constructora Integral Limitada c. Makro de Colombia S. A. Árbitros: Ernesto Gamboa Morales (presidente), Sara Ordóñez Noriega y Arturo Ferrer Carrasco.

³⁹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., pág. 816.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 10 marzo 2015, rad. 11001-31-03-030-1993-05281-01, M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz. Ver, en el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 2016, rad. 11001-22-03-000-2016-01284-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

La jurisprudencia civil ha señalado que si la compensación legal debe ser alegada, de esa circunstancia se desprende que dicha modalidad extintiva de las obligaciones puede ser objeto de renuncia⁴¹ —ya sea expresa o tácita— por parte del deudor que, siendo consciente de la existencia de la obligación, deja de oponerla en el proceso judicial. Al respecto, es indispensable distinguir lo que se podría denominar como una “renuncia a la compensación” de la “renuncia” a exigir el cobro de la respectiva obligación. En efecto, de conformidad con la ley, si el obligado ignora la existencia del crédito, tal “renuncia” a exigir su cobro no se puede desprender de la falta de proposición de la excepción. Así se colige del artículo 1719 del Código Civil, según el cual, “[...] el deudor que no la alegare [la compensación], ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas por terceros para su seguridad”. Ahora bien, en el supuesto en el que el obligado que conozca la existencia del crédito no proponga la excepción de compensación, consideramos, con el profesor OSPINA FERNÁNDEZ, que tal actitud omisiva no permite deducir la renuncia del deudor demandado a exigir de su acreedor el crédito que aquel tiene contra este, junto con sus garantías, salvo que de la manifestación respectiva o de su comportamiento se pueda desprender una consecuencia del mencionado tenor. En términos generales, si no se propone la excepción de compensación el efecto que de allí se deriva es que el juez no puede declararla de oficio, pero esta actitud del deudor demandado no

⁴¹ “Tratándose de excepciones de mérito o de fondo, se hace necesario alegar y probar, en el curso del proceso, los hechos que le sirvan de fundamento porque si el demandado se contenta con manifestar pura y simplemente que excepciona, no estaría, en verdad, planteando una contra pretensión y, por lo mismo, el juez se vería relevado de hacer consideración alguna al respecto. Es decir, cuando se trata de aquellas excepciones que el juez solo puede considerar a petición del demandado, es indispensable efectuar una circunstanciada descripción de los hechos que le sirvan de base a su defensa. Sin embargo, no puede olvidarse que, según lo preceptuado en el artículo 306 del C. de P. C., el juzgador está facultado para declarar de oficio las excepciones de mérito, sin importar que el demandado no las hubiere propuesto o alegado, o que el fundamento expuesto fuese distinto al que tuvo en cuenta el juzgador, o las denominare de manera diferente, salvo que, claro está, se trate de las de prescripción, *compensación* y nulidad relativa, las que no puede declarar sino a instancia de parte [...] *por cuanto, como lo ha dicho esta Corte, emanan de circunstancias que podrían originar una pretensión autónoma que el demandado puede renunciar a ejercer como tal [...]*” (énfasis añadido). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 16 octubre 1997, exp. 4534, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

conlleve *per se* la extinción del crédito que él, a su vez, tenga para con el acreedor demandante, el cual se conserva junto con sus accesorios, salvo en lo atinente a las garantías otorgadas por terceros los cuales no pueden verse perjudicados por la actitud del deudor que omite proponer la excepción de compensación⁴².

En relación con esta temática, FERNANDO HINESTROSA señala que la compensación opera *ministerium iudicis* en el sentido de que, reunidos los requisitos establecidos en la ley sustancial, se requiere alegación de la parte interesada y decisión judicial, y precisa que la declaración del deudor en el sentido de oponer la compensación es una *carga* de cuya inobservancia no se puede desprender la extinción de su crédito sino, simplemente, la imposibilidad de que el juez declare la extinción de su obligación por ese particular medio extintivo. “Se suele decir que así renuncia a la compensación, 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.)”⁴³.

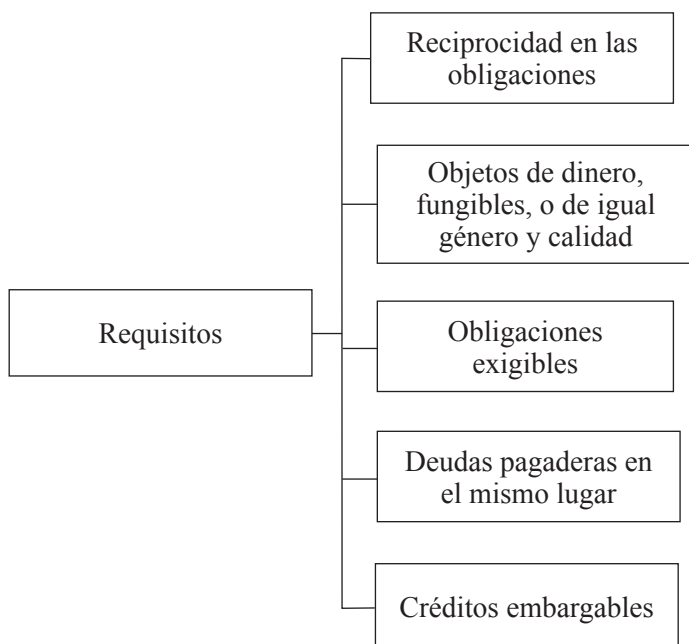
Precisado lo anterior, corresponde examinar a continuación los requisitos establecidos en el ordenamiento positivo para que la compensación legal pueda surtir efectos. Estos son, a saber, (a) que haya reciprocidad en las obligaciones; (b) que el objeto sea de dinero, fungible, o de igual género y calidad; (c) que las obligaciones sean exigibles; (d) que las obligaciones sean líquidas; (e) que ambas deudas sean pagaderas en el mismo lugar, y (f) que los créditos materia de la compensación sean embargables. (Ver gráfica de la página siguiente).

a') *Reciprocidad en las obligaciones*. De conformidad con el artículo 1716 del Código Civil, la compensación requiere que las dos partes sean recíprocamente deudoras y acreedoras. En ese sentido, para oponer la compensación se debe ser titular del crédito que se pretende compensar con la correlativa obligación de la contraparte⁴⁴, y, por tanto, no es posible

⁴² OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, cit., págs. 430 a 432.

⁴³ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., pág. 817.

⁴⁴ La justicia arbitral, al respecto, tiene dicho lo siguiente: “Cabe distinguir para precisar mayormente el concepto que se estudia, que no basta con que las partes sean recíprocamente deudoras y acreedoras, sino que además es menester que lo sean personalmente, lo que según ALESSANDRI implica «que sean obligaciones propias de las personas cuyas obligaciones se extinguen»”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 18 noviembre 1998, Aerolíneas Internacionales y Turismo Representaciones Limitada, Alitur Ltda. v. Air Aruba sucursal



compensar una deuda propia con un crédito ajeno⁴⁵. Por esta razón, los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 1716 del Código Civil señalan, respectivamente, que el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador⁴⁶; que el deudor de

en Colombia. Árbitros: Rodrigo Puyo Vasco (presidente), Jesús Vallejo Mejía y Javier Tamayo Jaramillo.

⁴⁵ “[...] Ambas partes no solo deben ser recíprocamente deudoras; es preciso, además, que lo sean a título personal, es decir, debe tratarse de obligaciones propias de los sujetos en cuyo favor opere la compensación. De ahí que si las deudas no son personales, aunque haya entre esas dos personas relaciones de acreedor y deudor, no puede operarse la compensación, y, por eso, el deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador [...]”. ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, vol. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 161.

⁴⁶ En todo caso, si el acreedor le cobra al fiador, este, obviamente, puede oponer en compensación lo que el acreedor le deba al garante. Y, de conformidad con el art. 2380 del C. C., el fiador puede proponer al acreedor la excepción de compensación que se haya presentado entre el acreedor y el deudor principal, pues se trata de una excepción de carácter real.

un pupilo no puede oponer lo que el guardador le deba a él —lo que se extiende a otros supuestos de representación legal—, y que “[n]i requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que estos se los hayan cedido” (art. 1716 del C. C., *in fine*).

En efecto, como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “[a]l margen de los demás requisitos que se exigen para que opere la compensación, es requisito *sine qua non* que las partes sean recíprocamente deudoras de créditos de una misma especie, como expresamente se exige en los artículos 1714 y 1716 del Código Civil, lo cual significa, como es de simple lógica, que ningún deudor puede oponer a su acreedor las deudas que este tiene con terceros, por la potísima razón de que por regla de principio nadie puede disponer de los derechos de los demás”⁴⁷.

De manera excepcional, sin embargo, la ley admite que el mandatario oponga la compensación al acreedor de su mandante, no solo de las acreencias de las que este sea titular, sino de los créditos propios del mandatario a cargo del acreedor de su mandante⁴⁸. Mediante esta excepción se pretende “[...] permitirle al mandatario prestar un servicio más eficaz a su mandante, si así lo quiere, y abreviar por ese medio la satisfacción de todas las obligaciones involucradas en esa situación particular”⁴⁹.

b’) *Que el objeto sea de dinero, fungible, o de igual género y calidad.* Es suficientemente conocido que para satisfacer el interés del acreedor se requiere que lo que el deudor ofrece en pago corresponda, de manera simétrica, al objeto debido en la respectiva relación jurídica obligatoria (C. C., arts. 1626 y 1627). En ese contexto, para que opere la compensación, produciendo la satisfacción del interés de los respectivos acreedores, resulta indispensable que las deudas recíprocas recaigan sobre objetos que sean idénticos o por lo menos semejantes (*homogéneos*, para una parte de la doctrina⁵⁰), pero en un grado tal que se produzca la mencionada

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 16 septiembre 2005, exp. C-1100131030321998-13220-01, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴⁸ Ley 57 de 1887, art. 1º; C. C., art. 1717.

⁴⁹ GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, cit., pág. 376.

⁵⁰ Utilizan esta expresión, entre otros, ALESSANDRI y SOMARRIVA, HINESTROSA y Díez-PICAZO. ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, vol. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, págs. 160 y 161; HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., págs. 821 y 822; y Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pág. 614.

satisfacción en los correspondientes titulares de los derechos de crédito. Por esta razón, el ordenamiento exige que las deudas recíprocas sean de dinero, de cosas fungibles, o de cosas de género de igual calidad⁵¹. Como consecuencia de lo anterior, se señala que no podría haber compensación legal respecto de obligaciones de cuerpo cierto, pues, de admitirse su procedencia, se condenaría al acreedor a tener que recibir como pago de su acreencia un objeto distinto al que se le debe. Por la misma razón, otro tanto cabe decir, en línea de principio, respecto de las obligaciones de hacer o de no hacer⁵².

Ahora bien, es evidente que si las dos obligaciones son pecuniarias, esto es, aquellas en las cuales la prestación consiste en la entrega de una cantidad determinada o determinable de dinero, la señalada homogeneidad de las prestaciones se advierte sin dificultad. El dinero, esto es, la unidad ideal de medida de los valores patrimoniales⁵³, como objeto de la obligación es un bien intercambiable o sustituible, y es el que refleja, de mejor manera, la utilidad de la compensación⁵⁴.

⁵¹ “[...] El fundamento de esta disposición está en que el acreedor no puede ser obligado a recibir en pago una cosa distinta de lo que se le debe, aunque la cosa ofrecida sea de valor igual o superior a la cosa debida; y como la compensación es un pago recíproco que se hacen las dos partes, un acreedor no puede ser obligado a recibir en compensación una cosa distinta de aquella que sería obligado a recibir en pago. Por consiguiente, no podría obligarse al acreedor de un cuerpo cierto y determinado a aceptar en compensación la deuda de cosas del mismo género de que es deudor: la deuda de un cuerpo cierto y determinado no es, pues, susceptible de compensación [...]”. CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 505.

⁵² EMILIANI ROMÁN, *Curso razonado de las obligaciones*, tomo II, cit., pág. 955.

⁵³ “Desde el punto de vista económico, dinero es el medio general de cambio. ‘Signos monetarios’ son objetos corporales (p. ej., billetes de Banco o monedas) que se dan y aceptan en el tráfico como medio general de cambio (‘dinero de tráfico’). Estos ‘signos’ en virtud de su función, representan la ‘materialización’ de un valor patrimonial. Por lo regular se ponen en circulación por el Estado o por una institución autorizada para ello por el Estado, p. ej., un Banco de emisión [...]”. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 174.

⁵⁴ Respecto de la compensación de obligaciones de dinero, se debe tener presente el art. 1260 del C. de Co. que, en el marco del contrato de cuenta corriente mercantil, permite la compensación de obligaciones en divisas extranjeras, estableciendo para el efecto que la tasa de cambio para hacer la respectiva conversión será la “vigente el día en que deba hacerse la inscripción del crédito en la cuenta”.

En cuanto a las cosas fungibles, debe advertirse que la fungibilidad en materia de compensación hace referencia a que las cosas debidas tengan características tales que ellas puedan ser intercambiables en el tráfico jurídico porque generan en el acreedor la misma satisfacción. Señala la doctrina nacional que “[p]ara saber si una cosa mueble es fungible o no, siempre es necesario compararla o relacionarla con otra. Si pueden sustituirse entre sí, por tener un valor igual, un mismo poder liberatorio y poseer identidades comunes, la cosa es fungible respecto de otra”⁵⁵. Debe recordarse que, según el artículo 663 del Código Civil, “[l]as cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”, con lo cual el ordenamiento parece identificar la fungibilidad con la consumibilidad, o, por lo menos, establece entre tales categorías una relación de género a especie. Este tratamiento, si bien ha sido criticado por la doctrina⁵⁶, no puede conducir a desconocer que la normativa efectivamente identifica lo fungible con lo consumible en algunos supuestos particulares, tales como el contrato de mutuo (art. 2221 del C. C.) o la figura del cuasiusufructo (arts. 823 y 848 del C. C.). Sin embargo, en el régimen de la compensación de obligaciones es claro que el criterio que se debe utilizar es el del carácter sustituible de las cosas, toda vez que, comparadas entre sí, cumplen una misma función en cuanto

⁵⁵ LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, 12ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2010, pág. 46.

⁵⁶ “El artículo 663 del C. C. define la consumibilidad, pero no la fungibilidad. Dice que las cosas fungibles son aquellas ‘de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan’; *a contrario sensu*, las no fungibles son aquellas que no se destruyen al hacerse de ellas el uso que le es propio. Pero, esto es definir las cosas consumibles y las inconsumibles. Por tanto consumible es la que perece en el primer uso que de ella se haga, los cereales. Cosa no consumible es la que no perece por el primer uso: un escritorio, un libro. La definición que da el citado artículo corresponde precisamente a este concepto, pero no al de cosas fungibles y no fungibles. Aquel es un concepto absoluto que no admite excepciones ni distinguos. Lo que se consume por el primer uso es siempre cosa consumible, en tanto que lo que no se consume por el primer uso siempre es cosa inconsumible. De esto se sigue que la consumibilidad y la inconsumibilidad atañen al orden material de las cosas. Cuando el artículo 663 habla de cosas de que no puede hacerse el uso conveniente sin que se destruyan, se refiere a la destrucción física, y por eso contemplan ese punto las cosas consumibles”. JOSÉ J. GÓMEZ, *Bienes*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 84. En sentido semejante: FRANCISCO TERNERA, *Bienes*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013, pág. 37; y VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, cit., págs. 45-47.

proporcionan al titular del derecho de crédito la misma satisfacción; la naturaleza simplemente consumible del objeto de dos obligaciones no las haría compensables *per se*, como ocurriría, v. gr., cuando las partes fueran recíprocamente acreedoras y deudoras, una de la obligación de entregar 10 kilos de trigo y la otra del deber de transferir 10 kilos de filete de pescado fresco.

Finalmente, las cosas de género de la misma calidad ciertamente permiten que se logre el propósito de la mutua satisfacción de las partes, pues compartiendo una misma clase o categoría cumplirían la finalidad señalada al identificarse también en la calidad. Al respecto se precisa, como lo destaca la doctrina clásica, que “[...] no podría operarse compensación entre la deuda de un caballo *in genere* y la deuda de un caballo andaluz, o entre la deuda de un caballo andaluz y un caballo inglés. Del mismo modo una deuda de vino de Conchalí de la cosecha de tal año, no sería compensable con una deuda de vino Lontué de tal cosecha; ni una deuda de vino de Burdeos con una deuda de vino de Borgoña”⁵⁷.

Se destaca que el supuesto normativo trata separadamente, por una parte, a las cosas fungibles, y, por la otra, a las cosas de género de la misma calidad, lo que ratifica que, en materia de compensación, el concepto jurídico de fungibilidad difiere del carácter genérico que puede tener el objeto de las obligaciones según el artículo 1565 del Código Civil, si bien, en muchas ocasiones, el supuesto más frecuente de cosas fungibles sea el de dos cosas del mismo género y calidad que, por esa misma circunstancia, al compararse una con otra otorgan al acreedor la misma satisfacción. Igualmente, como se ha señalado, la fungibilidad a que hace referencia el artículo 1715, numeral 1, del Código Civil no corresponde al concepto de consumibilidad con el que en otras disposiciones se utiliza aquella expresión, pues, se repite, lo fungible, en este contexto, hace referencia a lo que, comparado uno con otro, cumple la misma función pues otorga al acreedor una satisfacción semejante.

c’) *Que las obligaciones sean exigibles.* La figura de la compensación requiere que las obligaciones recíprocas sean exigibles, esto es, que su cumplimiento pueda ser demandado al respectivo deudor. Esta es la razón por la que se excluye la aplicación de la figura si una o ambas obligaciones son naturales, o si están sujetas a una modalidad que difiera la exigibilidad, como ocurre con las obligaciones sujetas a condición suspensiva —en las que incluso su existencia está diferida a que ocurra el hecho futuro e incierto—, o cuando ellas están sometidas a un plazo suspensivo.

⁵⁷ CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 507.

Conforme a lo que se ha señalado en la doctrina, por exigibilidad de las obligaciones se entiende “[...] aquella cualidad por virtud de la cual la obligación es reclamable en la vía judicial y puede, por consiguiente, dar lugar a una acción”⁵⁸. Por esta razón, si ambos acreedores no cuentan con la posibilidad de demandarse recíprocamente y con vocación de prosperidad por el pago de sus respectivos créditos, no procede la compensación entre sus respectivas obligaciones⁵⁹.

Resulta interesante el supuesto en el que de las obligaciones recíprocas una de ellas es pura y simple y la otra está sujeta a condición resolutoria. En tal situación, se considera que opera la compensación pues el carácter resoluble de una obligación no altera su exigibilidad. Considera la doctrina que, en tal caso, de presentarse con posterioridad el evento futuro e incierto del que dependía la obligación sujeta a condición resolutoria, este hecho generaría que se produzcan los efectos *ex tunc* de la resolución, entre ellos la retroacción de la compensación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, y, por tanto, que el acreedor de la obligación pura y simple pueda cobrar su crédito⁶⁰.

d’) *Que las obligaciones sean líquidas*. Con acierto, el profesor FERNANDO HINESTROSA ha indicado que “[u]na obligación es líquida cuando

⁵⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pág. 615.

⁵⁹ Así se dejó señalado, por ejemplo, en el laudo arbitral que puso fin a una controversia suscitada entre la Unión Temporal Concesión Vial los Comuneros y la Agencia Nacional de Infraestructura: “Por último, para el Tribunal también es claro que no se cumplió el requisito del artículo 1715 del Código Civil que las dos obligaciones fueran «actualmente exigibles». En este caso no podía tener lugar la compensación de pleno derecho anunciada por la ANI, teniendo en cuenta que solo uno de los acreedores, el concesionario, estaba en situación jurídica de hacer efectivo su cumplimiento, en tanto que la ANI no se encontraba en situación de compeler al concesionario a la ejecución de una obligación cimentada en un supuesto desplazamiento de obras atribuido a la Unión Temporal que no ha sido demostrado en este proceso arbitral y sobre la base de ejercicios financieros que adolecen de coherencia y liquidez, basados en un supuesto modelo financiero que, evidentemente, no era vinculante para las partes del Contrato de Concesión 001161 y el Otrosí 15 que adicionó su alcance físico”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 26 julio 2017, Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros v. Agencia Nacional de Infraestructura. Árbitros: Alfredo Fuentes Hernández (presidente), Antonio Gómez Merlano y Alfonso Beltrán García (con aclaración de voto).

⁶⁰ CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, cit., pág. 516. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, cit., pág. 382. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, cit., págs. 426 y 427.

de manera explícita se manifiesta qué, cómo y cuánto se debe [...]”⁶¹. En lo que atañe a la cuantía de las obligaciones objeto de la compensación, entonces, es indispensable que estas sean determinadas o determinables en una cifra numérica precisa, pues no sería posible compensar una deuda con otra sin tener claridad y precisión sobre el monto de la obligación que corresponde a cada uno de los recíprocos deudores. Para determinar cuándo una obligación es líquida se puede tener presente lo que se establece en el inciso 2º del artículo 424 del Código General del Proceso, que, si bien está referido a la ejecución por sumas de dinero, puede ser aplicado a las otras clases de obligaciones objeto de compensación: “[e]ntiéndase por cantidad líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas”.

e’) *Que ambas deudas sean pagaderas en el mismo lugar salvo que sean de dinero, y el que alega la excepción, pague el costo de la remesa.* De conformidad con el artículo 1723 del Código Civil, “[c]uando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean de dinero y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa”.

La disposición legal antes reseñada es coherente con las circunstancias existentes en la época de expedición del Código Civil, en las que la ejecución de las prestaciones por parte de personas ubicadas en domicilios distintos generaba dificultades de diversa naturaleza y costos que podían ser elevados, lo que, ciertamente, en la época presente no necesariamente se presenta y podría ameritar un tratamiento legal diferente. Igualmente, se debe tener en cuenta la regla legal atinente al domicilio para el pago, que, por regla general, corresponde al domicilio del deudor en el régimen civil (art. 1646 del C. C.), mientras que en la legislación comercial, tratándose de obligaciones de dinero, se asigna al domicilio que el acreedor tenga al tiempo del cumplimiento (art. 876 del C. de Co.).

f’) *Que los créditos materia de la compensación sean embargables.* Se ha sostenido que para que pueda operar la compensación legal es indispensable que los créditos implicados en la respectiva modalidad extintiva puedan ser embargados. Ciertamente, si un determinado bien se encuentra excluido de los activos que pueden ser objeto de disposición por parte de su titular y que, además, no puede ser perseguido por los

⁶¹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., pág. 822.

acreedores del deudor, tal derecho de crédito no podría ser compensado, teniendo en cuenta la concepción de la compensación como un “doble pago” abreviado⁶².

b) *Compensación convencional*. Si bien esta modalidad de compensación no se encuentra expresamente contemplada en la ley, las partes, en aplicación del postulado de la autonomía privada, se encuentran habilitadas para celebrar un negocio jurídico orientado a compensar sus recíprocas deudas, aun cuando no se cumplan, en rigor, los requisitos señalados en el artículo 1715 del Código Civil. Por tanto, debido a la discrecionalidad negocial de las partes, este tipo de compensación no requiere, a diferencia de la compensación legal, la estricta observancia de la homogeneidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones que serán objeto de compensación⁶³.

Como variante de esta clasificación, se ha planteado la compensación convencional para el futuro, o *pactum de compensando*, como aquel negocio jurídico en el que dos personas, ya siendo recíprocamente deudores y acreedores, o simplemente previendo tal escenario, convienen, de antemano, la compensación de las futuras obligaciones que entre ellos se llegaren a generar⁶⁴.

Frente a la posibilidad de ver en la compensación voluntaria una “remisión recíproca” de obligaciones, debe señalarse que la diferencia entre ambas figuras estará en la intencionalidad que tengan las partes, pues, como lo consagra la legislación colombiana en el artículo 1712 del Código Civil, la remisión o condonación, por regla general, tiene como fundamento el ánimo de liberalidad en el acreedor, lo que ciertamente no está presente cuando se conviene extinguir las obligaciones recíprocas por una

⁶² OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, cit., pág. 428.

⁶³ De manera didáctica la doctrina describe la figura de la siguiente manera: “*Convencional*. Se da esta especie de compensación cuando es la voluntad de ambas partes la que declara extinguida la obligación. Así, si Daniel le debe un televisor a Sebastián y este, a su vez, le adeuda un equipo de sonido, no puede operar la compensación legal por no reunir los requisitos; pero nada impide que Daniel y Sebastián acuerden dar por extinguidas sus obligaciones, compensando una deuda con otra. Es simple aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la realización de los negocios”. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, cit., págs. 1247-1248.

⁶⁴ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., págs. 813 y 814. En el mismo sentido, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 12 febrero 2004, Consorcio Buisness Ltda. v. Bellsouth Colombia S. A. Árbitros: Diego Muñoz Tamayo (presidente), Fernando Santos Silva y Aurelio Tobón Mejía.

compensación voluntaria, en la que, en la generalidad de los supuestos, el ánimo estará, más bien, en la voluntad de evitar el doble pago y los costos de las respectivas operaciones.

c) *Compensación facultativa*. Un sector de la doctrina hace referencia a la compensación facultativa como una modalidad distinta a la compensación convencional, en la medida en que se trata de un supuesto particular en el que una de las partes, por decisión propia, y estando habilitada para el efecto, renuncia a hacer valer un obstáculo que impediría la compensación legal⁶⁵. Esta clase de compensación encuentra su fundamento en el artículo 15 del Código Civil que autoriza la renuncia de los derechos que solo interesen a su titular. Por vía de ilustración se puede hacer referencia al caso del acreedor de un objeto de óptima calidad, que acepta que su crédito se compense con una deuda que otra persona tiene para con él de un objeto del mismo género, pero de baja calidad. Otro ejemplo estaría en el caso de un deudor de obligación a plazo no vencido y concedido exclusivamente a su favor, que acepta la compensación de esa deuda con una acreencia recíproca, ya vencida, renunciando al término establecido a su favor. Aunque algunos doctrinantes consideran que la compensación facultativa, en realidad, hace parte de la compensación convencional⁶⁶, no compartimos tal posición pues esta, como lo hemos señalado anteriormente, requiere del mutuo acuerdo entre las partes, mientras que la compensación facultativa exige solamente la voluntad de uno de los sujetos, sin que el otro pueda oponerse a dicha determinación.

d) *Compensación judicial*. En opinión de algunos autores⁶⁷, existiría una modalidad especial de compensación, denominada compensación judicial, que se presentaría en aquellos supuestos en los que en el desarrollo de un proceso judicial el demandado presenta contra el inicial demandante

⁶⁵ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, cit., pág. 813.

⁶⁶ Ver, por ejemplo, GAMBOA SEPÚLVEDA, *La compensación*, cit., pág. 372. Y EMILIANI ROMÁN, *Curso razonado de las obligaciones*, tomo II, cit., pág. 950.

⁶⁷ “No se trata de la excepción que el demandado propone en el proceso ejecutivo sobre la existencia de un crédito suyo contra el demandante, ya que en tal caso actúa la compensación legal. Se trata de un proceso de conocimiento donde el demandante busca que se declare un derecho suyo y se condene al demandado a pagarlo; y en ese mismo proceso el demandado alega un derecho que dice tener, usualmente, aunque no necesariamente, mediante demanda de reconvencción. El juez al proferir la sentencia y reconocer ambos derechos, debe declarar la compensación, con el fin de evitar mutuas demandas posteriores y producir una sentencia clara y eficaz. La equidad así lo impone”. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, cit., pág. 1249.

una demanda de reconvención, en la que proponga diversas pretensiones frente al inicial actor, que deberán ser decididas por el juez, conjuntamente con las de la demanda principal, en la sentencia que ponga fin al proceso. Es ciertamente un escenario diferente al de la compensación legal, en el que por economía procesal se deciden las demandas recíprocas en una sola sentencia, con el fin de evitar mutuas demandas posteriores⁶⁸, pero que no corresponde, en estricto sentido, a la modalidad de extinción de las obligaciones objeto de estudio, pues la referida conducta procesal se puede presentar también en controversias de carácter real como, por ejemplo, si el demandante propone una pretensión reivindicatoria y el demandado plantea, a su vez, una pertenencia.

B) Casos en los que no procede la compensación

Conforme a lo que se indicó en precedencia —al analizar el requisito de reciprocidad de las obligaciones para la compensación legal—, el artículo 1716 del Código Civil señala que el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador; que el deudor de un pupilo no puede oponer lo que el guardador le deba a él⁶⁹, y que uno de los deudores solidarios no puede compensar su deuda con un crédito que otro de los codeudores tenga para con el acreedor, salvo el supuesto de la cesión de la respectiva acreencia⁷⁰.

⁶⁸ Sobre el particular, se ha sostenido en sede arbitral: “[...] Sin embargo, como la parte convocada la ha alegado como excepción en la contestación a la demanda reformada y como pretensión en la demanda de reconvención, el Tribunal se reserva la potestad de darle aplicación bajo la figura de la llamada compensación judicial, la cual tiene lugar cuando habiéndose formulado una demanda de reconvención frente a la demanda principal, el juez, reconociendo la prosperidad de todas o de parte de las pretensiones del demandante y también del demandado —reconviniendo— efectúa la compensación en la sentencia”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 31 enero 2014, *Aljure Telecomunicaciones S. A. v. Comunicación Celular S. A. – COMCEL S. A.* Árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias (presidente), Hernando Galindo Cubides y Felipe Andrés Cuberos de las Casas.

⁶⁹ Valga destacar que este punto se circunscribe a los menores de edad, pues con la ley 1996 de 2019, las personas en situación de discapacidad se encuentran habilitadas para tomar decisiones con un sistema de apoyos.

⁷⁰ Se debe tener en cuenta, en todo caso, que, de conformidad con el art. 1579 del C. C., el codeudor solidario que efectivamente pueda compensar su deuda con el crédito que el acreedor tenga para con él, se subroga en las acciones del acreedor contra los restantes codeudores solidarios en lo que a cada uno corresponda según su cuota o parte en la deuda.

Precisado lo anterior, se debe tener en cuenta que no todas las obligaciones recíprocas entre dos personas son susceptibles de compensación. En el régimen del Código Civil colombiano, por razones de política legislativa, algunas obligaciones no son compensables. Este es el caso, por ejemplo, de la deuda de alimentos que el alimentante tiene para con el alimentario respecto de otras deudas que este tenga para con aquel (art. 425 del C. C.); la restitución de la cosa que haya sido injustamente arrebatada a su propietario; la restitución de la cosa que se ha dado en comodato o depósito, o el crédito derivado de una indemnización por un perjuicio derivado de un acto de violencia o fraude (art. 1721 del C. C.)⁷¹.

Merecen mención especial algunos de los supuestos contemplados en la norma antes señalada. Por una parte, algunos de ellos pueden hacer referencia a obligaciones de entregar objetos de especie o cuerpo cierto —como la restitución de la cosa dada en comodato—, respecto de las cuales difícilmente se puede concebir la forma en la que operaría la compensación, y que posiblemente encuentran explicación en la regulación justiniana de la figura en la que se podían compensar toda clase de obligaciones. Por otra parte, la improcedencia de la compensación del crédito por una indemnización derivada de un ilícito caracterizado por la violencia o por el fraude⁷² está justificada por algunos autores en el carácter sancionatorio que tendría la obligación reparatoria, explicación esta que no parece satisfactoria y que obliga a analizar los supuestos particulares, para definir en qué situaciones específicas se justifica realmente la improcedencia de la compensación⁷³. En todo caso, parece difícil que, de manera previa a

⁷¹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, tomo 1, cit., pág. 825.

⁷² Llama la atención que entre el inc. 2º del art. 1662 del C. C. chileno y el inciso 2º del art. 1721 del estatuto colombiano se presenta una pequeña diferencia, pues mientras que en el primero se hace referencia a que no puede oponerse compensación “a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables”, en el Código Civil colombiano se incluyó una coma luego de la palabra indemnización, con lo cual aparentemente se trataría de tres supuestos en los que no se podría dar la compensación: (i) la demanda de una indemnización; (ii) por un acto de violencia o fraude, y (iii) la demanda de alimentos no embargables. No obstante, la generalidad de la doctrina nacional solo distingue en la norma, cuyo origen estaría en el derecho español antiguo, dos supuestos: por una parte, el atinente a la demanda de una indemnización por un acto ilícito especialmente reprochable, y, por otra, el crédito por alimentos.

⁷³ MEDICUS, por ejemplo, señala lo siguiente: “Con arreglo al § 393 no es compensable el crédito procedente de una acción cometida ilícitamente. Lo que impide una especie

un juicio, la obligación indemnizatoria pueda ser compensada con otros créditos, en la medida en que aquella está caracterizada, en general, porque no es una deuda líquida o liquidable por simple operación aritmética.

Adicionalmente, según dispone el artículo 1720 del Código Civil, no es posible oponer en compensación un crédito embargado con una obligación adquirida después de materializada la medida cautelar. Tal prohibición tiene como legítimo propósito el evitar que, en virtud de la compensación, se genere un perjuicio a un tercero.

Por otra parte, aunque en íntima relación con lo anterior, las normas relativas a la reorganización y liquidación de empresas prohíben compensar las deudas a cargo de una empresa en estado de reorganización o liquidación, con los créditos que tuviere a su favor con alguno de sus acreedores en el proceso concursal. Sobre la materia, conviene destacar dos normas del régimen de insolvencia empresarial. En primer lugar, el artículo 17 de la ley 1116 de 2006, en el que, a partir de la presentación de la solicitud de reorganización se restringe la posibilidad de que los administradores puedan efectuar compensaciones de obligaciones a cargo del deudor; y en segundo término, el artículo 74 de la ley 1116 de 2006 que admite la revocación de los actos celebrados durante los dieciocho meses anteriores al inicio del proceso de reorganización empresarial, que perjudiquen a cualquiera de los acreedores, o que afecten el orden de la prelación de los pagos. La anterior prohibición no es una novedad de la ley de insolvencia empresarial, ni es exclusiva de los procesos allí contemplados. En realidad, desde hace ya algún tiempo, la anotada prohibición ha estado prevista en los procesos universales contra cualquier deudor insolvente con un claro objetivo: proteger el principio de la *par conditio creditoris*⁷⁴.

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente: “Para esta Corte, una compensación anterior al proceso liquidatorio que ope-

de venganza privada para un deudor incapacitado para el pago: el acreedor de un crédito incobrable, no puede cometer un delito contra su deudor (por ejemplo, molerle a palos) y luego surgida la acción de resarcimiento del deudor, quererla compensar con el crédito incobrable. ¡Inversamente, por supuesto, la puede cobrar el apaleado!”. DIETER MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, trad. por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995, pág. 132.

⁷⁴ GAMBOA SEPÚLVEDA, “La compensación”, cit., pág. 384.

rarse en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, al acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, este no entraría al prorrato a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias⁷⁵. Lo anterior no significa que la compensación se encuentre del todo vetada en los procesos de insolvencia. Por el contrario, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores, y se observen los requisitos señalados en la ley⁷⁶, la compensación facultativa o convencional podría llegar a ser aplicable en este tipo de escenarios⁷⁷.

C) *Efectos*

Si como hasta el momento se ha señalado, la compensación es un modo de extinción de las obligaciones que se realiza mediante una especie de pago abreviado, su efecto general no ha de ser otro que el de la extinción de las deudas recíprocas, de la misma forma en que ocurriría con el pago de cada una de ellas. De esa circunstancia, según se ha señalado en la doctrina nacional, se derivan los siguientes efectos⁷⁸:

a) Se extinguen las obligaciones hasta concurrencia de la que tenga la menor cuantía. En este contexto, la compensación puede ser *total*, cuando comparadas las dos obligaciones el resultado es que su cuantía es idéntica, o *parcial*, en la que hay disparidad de valores y, por

⁷⁵ Corte Constitucional, sent. C-403 de 2001.

⁷⁶ Por ejemplo, para el caso de los procesos contemplados en la ley 1116 de 2006, la compensación tendría que contar con la autorización expresa del juez del concurso.

⁷⁷ “Es verdad que dentro del proceso de liquidación existe la posibilidad de una compensación facultativa consagrada en el literal i) del numeral nueve del artículo 295 del Estatuto Financiero que de conformidad con los principios del Código Civil incluye dentro de las facultades concedidas al liquidador la posibilidad de compensar, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 26 junio 2006, Corporación Club el Nogal v. Banco del Pacífico S. A. - en Liquidación. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss (presidente), Gilberto Peña Castrillón y Jorge Suescún Melo.

⁷⁸ CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, cit., pág. 501.

tanto, se extinguen las obligaciones solo hasta concurrencia de la de menor valor.

b) Si la compensación es total, se extinguen los accesorios y garantías de las dos obligaciones. Si es parcial, solo se extinguen los del crédito de menor valor, subsistiendo los del crédito que se mantiene, respecto del saldo no compensado⁷⁹.

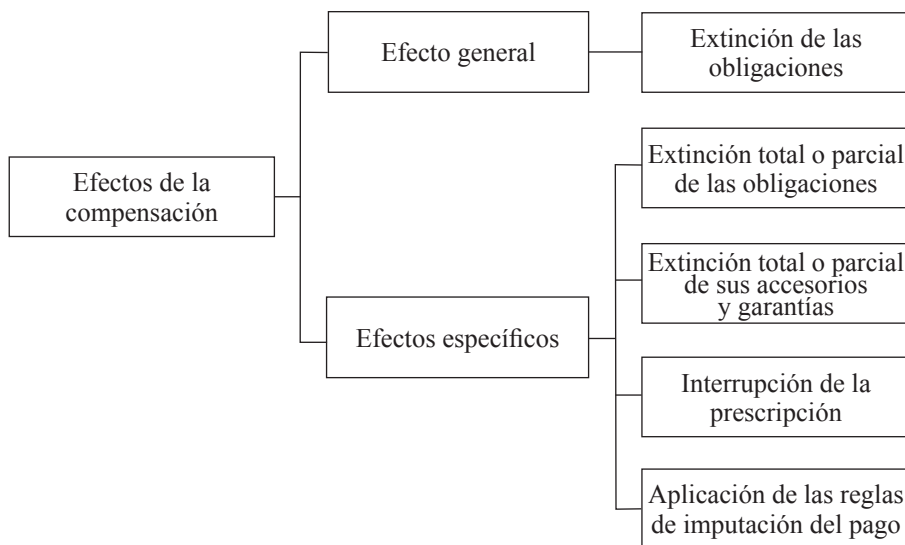
c) La compensación interrumpe el término de prescripción de los créditos. Este efecto tiene relevancia particular en la compensación parcial, respecto del plazo de prescripción de la obligación cuyo saldo reste por pagar luego de que haya operado la compensación.

d) Si hay varias deudas recíprocas entre las mismas partes o las dos obligaciones objeto de compensación se componen de capital e intereses, se aplican las reglas de la imputación del pago para efectos de determinar la forma en la que se realiza la compensación, asignando, por ejemplo, los valores inicialmente a intereses y luego a capital (art. 1722 del C. C.).

Cabe aclarar que el criterio de imputación de los pagos existente en el derecho civil y que señala que, en caso de falta de determinación por las partes, se imputan los pagos a las obligaciones “devengadas” antes que a las “no devengadas” (arts. 1654 y 1655 del C. C.) no tendría aplicación en materia de compensación, pues esta demanda como requisito el que ambas obligaciones sean exigibles. Por el contrario, el criterio mercantil, relacionado con la existencia o no de garantías respecto de las obligaciones para determinar la imputación de los pagos, sí podría ser aplicable en materia de compensación, pues este parte de la base de que ambas obligaciones sean exigibles (art. 881 del C. de Co.).

Por otra parte, en relación con la aplicación de las reglas de imputación del pago en materia de compensación se debe tener en cuenta que las disposiciones que hacen referencia a la iniciativa del deudor o del acreedor para determinar qué régimen se debe seguir (art. 1654 del C. C.) no se pueden aplicar de manera literal, pues ambos sujetos tienen la calidad de deudor y acreedor. Por tanto, el régimen pertinente dependerá de cuál de las partes sea la que proponga la excepción de compensación en juicio pues allí debe indicar a qué obligaciones se solicita aplicar el modo de extinción de las obligaciones de que se trata.

⁷⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, cit., pág. 437.



D) *Compensación y cesión de derechos*

De conformidad con el artículo 1718 del Código Civil:

“El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.

”Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación”.

Según se puede observar de la norma legal transcrita, el efecto que se puede derivar en materia de compensación cuando se presenta una cesión de créditos depende de si la compensación se opuso al momento de la notificación o aceptación de la cesión, toda vez que si el deudor no hace manifestación o reserva alguna cuando se cumple dicho proceso de enteramiento perderá el derecho a oponer posteriormente al cesionario la compensación que tenga respecto de los créditos que tuviera contra el cedente.

En ese contexto se precisa que la compensación se puede oponer en el acto de aceptación aun cuando el crédito contra el cedente se haya hecho exigible con posterioridad a la notificación de la cesión, pues lo relevante

es que el derecho tenga existencia con anterioridad al mencionado acto de notificación de la transferencia del derecho personal y que su exigibilidad ocurra antes de la aceptación. De lo anterior se desprende también, aunque parezca obvio señalarlo, que no podrá darse la compensación respecto de un crédito que se origine con posterioridad a la notificación de la cesión del derecho con el que pretende compensarse.

E) *La compensación en el derecho comercial*

Si bien no existe una norma específica que regule la compensación de obligaciones en el derecho mercantil colombiano, es claro que las reglas civiles anteriormente analizadas son aplicables directamente a las relaciones jurídicas comerciales en virtud de la trascendental regla contenida en el inciso 1º del artículo 822 del Código de Comercio, según la cual “[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, *modo de extinguirse*, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa” (cursiva fuera del texto original).

En ese sentido, los criterios, requisitos y efectos anteriormente analizados respecto de la compensación de las obligaciones en el derecho civil son aplicables a los negocios comerciales, dado que el estatuto mercantil no regula en forma específica este modo de extinguir las obligaciones. No obstante, se debe tener en cuenta que el Código de Comercio regula algunas aplicaciones particulares de esta modalidad de extinción de las obligaciones en el régimen de ciertos contratos, tales como el seguro (art. 1154), la cuenta corriente mercantil (art. 1245 y ss.), el mandato mercantil (art. 1277), la cuenta corriente bancaria (arts. 1385 y ss.), entre los más relevantes, y en la regulación de otras figuras, igualmente trascendentes en las relaciones mercantiles, como la cámara de compensación bancaria a la que se hace referencia en el régimen de los cheques (arts. 719 y 727, principalmente)⁸⁰.

⁸⁰ Dispone el art. 23 de la ley 31 de 1992, lo siguiente: “*Cámaras de Compensación*. El Banco de la República podrá prestar el servicio de compensación interbancaria, sin perjuicio de que los establecimientos de crédito puedan participar en la organización de cámaras compensadoras de cheques que se constituyan como sociedades de servicios técnicos y administrativos, sujetas en este caso a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria. // Corresponderá al gobierno nacional reglamentar el funcionamiento de las cámaras compensadoras de cheques”.

6. LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO, EN LAS MODERNAS INICIATIVAS DE REFORMA AL RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES Y EN LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

Al realizar un estudio comparado de la figura de la compensación se pueden distinguir tres grandes posiciones o tendencias: la de la codificación francesa de 1804, la germana plasmada en el BGB de 1900 y la anglosajona.

Revisaremos a continuación las características de cada una de ellas y su influencia en el derecho latinoamericano, para analizar posteriormente las propuestas de los instrumentos internacionales de *soft law* al respecto.

A) La compensación en el derecho francés

De conformidad con lo que anticipamos en la revisión histórica de la figura, CUJAS, DUMOULIN, DOMAT y POTHIER adoptaron de los glosadores y los comentaristas del derecho romano, una interpretación de los textos justinianeos según la cual la compensación se producía de pleno derecho, *ipso iure*, aun sin conocimiento de las partes⁸¹. Con fundamento en esta aproximación, se consagró la compensación en el Código de Napoleón, que inspiró, a su vez, a varias legislaciones tanto europeas, como es el caso del Código Civil español (arts. 1195 a 1202) y el anterior Código Civil italiano (arts. 1285 a 1295), como latinoamericanas, en los Códigos Civiles de Chile (arts. 1655 a 1664), Perú (arts. 2252 a 2263 del C. C. de 1852), Uruguay (arts. 1497 a 1500), Venezuela (arts. 1331 a 1341) y Colombia (arts. 1714 a 1723).

Debemos resaltar que la reforma efectuada al régimen de las obligaciones del Código Civil francés en el año 2016 modificó algunas reglas de la compensación, modernizándolas y ajustándolas a las posturas jurisprudenciales contemporáneas de la Corte de Casación. Aunque la compensación en el actual derecho francés continúa siendo un modo de extinción de las obligaciones de amplia aplicación en el tráfico jurídico, la reforma derogó el artículo 1290 del Código Civil que establecía que la

⁸¹ ROBERT JOSEPH POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, traducido de la edición francesa de 1824, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947, pág. 399. Igualmente, ver: HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, cit., pág. 398; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, tomo III, cit., pág. 220; JEAN CARBONNIER, *Derecho civil*, tomo II, vol. III, trad. de la 1ª edición francesa, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1971, pág. 210.

compensación operaba de pleno derecho, por ministerio de la ley, y aun sin el conocimiento de las partes. Actualmente, en el artículo 1347 se establece la necesidad de invocar la compensación para que esta opere, y se dispone que sus efectos se presentan desde que se reúnan las condiciones para que las obligaciones sean compensables. Sin embargo, los requisitos para la compensación no se modificaron, pues aún se requiere que las obligaciones recíprocas sean fungibles, líquidas, ciertas y exigibles. De esta manera, la reforma puso fin a un debate que se presentaba en el derecho francés entre quienes consideraban que la compensación operaba automáticamente de conformidad con el antiguo artículo 1290 del *Code* y la jurisprudencia que, de manera contraria a la literalidad del texto legal, exigía que se invocara la figura en cuestión para que produjera sus efectos.

Es pertinente destacar que, entre otras modificaciones, el artículo 1347-1 añadió que son fungibles las obligaciones de pagar sumas de dinero, aun cuando ellas estén expresadas en diferentes divisas, en la medida en que sean convertibles.

Adicionalmente, el artículo 1347-6 actualmente dispone lo siguiente:

“El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.

”El codeudor solidario puede prevalerse de la compensación de lo que el acreedor deba a uno de sus coobligados para hacer deducir la parte de este del total de la deuda”⁸².

De esta manera, el nuevo régimen legal consagra la posibilidad de que el garante oponga al acreedor la compensación que se haya presentado entre el acreedor y el deudor, así como la posibilidad del codeudor solidario de prevalerse de la compensación que opere entre el acreedor y uno de sus codeudores deduciendo su cuota parte.

Debe tenerse presente que en los códigos de influencia napoleónica la compensación es una figura cercana al pago, pero no una garantía —entendida esta expresión en sentido amplio—, a diferencia de la manera como se entiende en otros ordenamientos como se analizará a continuación.

B) *La compensación en el derecho alemán*

En el derecho germánico la compensación se realiza mediante declaración unilateral de voluntad de alguno de los deudores, que puede presentarse dentro de un proceso judicial o fuera de este. No opera en

⁸² Traducción propia.

este ordenamiento jurídico la compensación *ipso iure*, pues, como se ha señalado, se requiere que se realice una declaración por parte del interesado⁸³. Por lo anterior, la existencia de una situación de reciprocidad de obligaciones de similar naturaleza, líquidas y exigibles, no tiene efectos sin una declaración, por lo cual el titular del contracrédito no tendría ninguna excepción que alegar⁸⁴. Sin embargo, el fiador tiene una excepción dilatoria en caso de que el acreedor pueda satisfacer su prestación compensando una obligación que tenga con el deudor principal (§ 770 BGB).

Otra característica de la compensación en el derecho alemán es que sus efectos, luego de la manifestación de quien pretenda alegarla, se producen *ex tunc*. Aunque se requiera de una declaración y la figura no opere automáticamente, una vez se realice la declaración los efectos de este modo de extinción de las obligaciones se retrotraen al momento en que se hayan reunido los requisitos para que se presente la compensación⁸⁵. Encontraron así los pandectistas la manera de conciliar la necesidad de la declaración de la compensación por al menos una de las partes, con los textos romanos que hacían producir sus efectos desde la coexistencia de las deudas recíprocamente compensables⁸⁶.

Así como el Código de Napoleón influyó en varios códigos de la época, el Código Civil Alemán ha sido de gran influencia en los códigos

⁸³ “Podía pensarse que la cancelación o liquidación bilateral de los créditos recíprocos sin acto alguno de una de las partes dirigido a dicho fin liquidatorio se efectúa por ministerio de la ley (*ipso iure compensatur*). Esta era la opinión dominante en la doctrina científica del Derecho común en el siglo XIX [...]. El BGB, apartándose de esa doctrina, exige una declaración de compensación y, en tanto esta no haya tenido lugar, cada parte tiene la facultad de cumplir efectivamente su obligación y exigir de la contraparte la prestación debida o ceder su crédito o disponer de él de otra forma [...]”. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 427. En el mismo sentido, ver: LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, *Tratado de derecho civil*, tomo II, vol. I, trad. de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1944, pág. 335 y MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, cit., pág. 129.

⁸⁴ ROSA MIQUEL SALA, “Compensación de créditos”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por Sixto Sánchez Lorenzo, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pág. 1698.

⁸⁵ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil*, tomo II, vol. I, cit., pág. 346. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, cit., pág. 134.

⁸⁶ BASOZABAL ARRUE, “Claves para entender la compensación en Europa”, cit.

y reformas posteriores de varias legislaciones, como es el caso del Código suizo de las obligaciones (art. 124); el Código Civil de los Países Bajos (art. 6:127), el Código Civil japonés (art. 506); el Código Civil peruano (art. 1288); el Código Civil y Comercial argentino (art. 924), entre otros.

C) *La compensación en el derecho anglosajón*

En el sistema jurídico del *common law* la compensación se asimila a la figura del *set off*, que no se considera un derecho sustantivo sino un remedio que asegura el pago de una deuda o la ejecución de una obligación cuando existen demandas recíprocas y simultáneas entre las mismas partes⁸⁷. No se trata entonces de un modo de extinguir las obligaciones, ni es una forma “abreviada” de pago, pero algunos lo consideran una garantía pues privilegia a los titulares de créditos recíprocos frente a terceros que adquieran derechos sobre estos después de que se presente la situación de reciprocidad⁸⁸.

En el sistema del *common law* se alude a cinco variedades de compensación: el *independent set off*, el *contractual set off*, el *current account set off*, el *equitable set off (transaction set off)*, y el *insolvency set off*, cuya aplicación se dará dependiendo de las circunstancias⁸⁹.

El *independent set off* no tiene efectos retroactivos en el sistema del *common law* pues solo surte efectos con la sentencia judicial y únicamente puede alegarse como un “escudo”, esto es, una defensa dentro de un proceso, más no extrajudicialmente. Sin embargo, las partes pueden pactar esa posibilidad mediante el *contractual set off*, de gran utilidad particularmente en el tráfico jurídico comercial y financiero, en virtud del cual se acuerda que en caso de que se presenten obligaciones recíprocas entre ambas partes, en lugar de que cada una realice el pago, la parte con la deuda de mayor importe deberá pagar a la otra la diferencia entre los dos montos⁹⁰.

Esta posibilidad contractual, al igual que el uso cada vez más frecuente del *equitable set off*, en el que la compensación opera por declaración

⁸⁷ EDWARD TUTTLE, *Standard encyclopedia of procedure*, V. XXIII, Chicago, L. D. Powell, 1920, pág. 572.

⁸⁸ BASOZABAL ARRUE, “Claves para entender la compensación en Europa”, cit.

⁸⁹ MIQUEL SALA, “Compensación de créditos”, cit., pág. 1694.

⁹⁰ PHILIP R. WOOD, *Set-off and netting, derivatives, clearing systems*, vol. 4, Londres, Thompson, 2007, pág. 81.

unilateral de una parte, aproxima la figura a la compensación del derecho civil continental, pues sus efectos se producen extrajudicialmente⁹¹. En el derecho de la *equity* se considera contrario a la justicia que una persona reclame una obligación a otra que es a su vez su acreedor, lo que justifica que, aunque por lo general el *set off* tenga una configuración procesal, en el marco de la *equity* una parte pueda oponer la compensación aún por fuera del proceso⁹².

D) *La compensación en los instrumentos internacionales de armonización legislativa*

Diversos instrumentos internacionales del denominado *soft law*, tales como los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (DCFR), han optado por una posición diferente a la consagrada en las codificaciones del derecho alemán o francés respecto de la compensación de obligaciones recíprocas.

Según los principios Unidroit (arts. 8.1 a 8.5), la compensación no opera *ipso iure* sino que surte sus efectos en el momento de la notificación, siguiendo la postura de los países influenciados por el derecho alemán. No obstante, a diferencia de estos, en el planteamiento de los principios Unidroit no se considera que la compensación tenga efectos retroactivos pues las deudas se extinguen a partir de la notificación (art. 8.5), si en ese momento se encuentran reunidas las condiciones requeridas para que opere la figura⁹³. Se precisa, además, en el párrafo (1) del artículo 8.4, que se deben indicar en la notificación las deudas que serán el objeto de la compensación. Si en un plazo razonable no se señala cuál es la obligación sobre la que se realizará la compensación, la otra parte puede hacerlo. Si ninguna de las partes especifica la obligación respecto de la cual pretende que opere la compensación, esta se referirá “a todas las obligaciones proporcionalmente” (art. 8.4, párr. 2).

⁹¹ JOSEP SOLÉ FELIU, “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la de los textos de *soft law* europeos”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2017, pág. 12: <http://www.indret.com/pdf/1329.pdf>

⁹² SOLÉ FELIU, “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la de los textos de *soft law* europeos”, cit.

⁹³ Centro de Estudios de Derecho Comparado, *Principios Unidroit*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pág. 326.

Los comentarios a los Principios Unidroit explican esta situación con un ejemplo: A vende regularmente un producto a B y en una fecha determinada B le exige a A el pago de USD 50,000 para saldar un crédito; en esa fecha B le debe a A el valor de unos bienes objeto de tres contratos entre ellos, por USD 40,000; 35,000 y 45.000. Si en la notificación no se declara respecto de qué deuda se pretende ejercer la compensación y la otra parte no lo especifica en un tiempo razonable, por compensación se extinguirá la deuda del primer contrato hasta un monto de USD 16,670; la del segundo negocio jurídico hasta un monto de USD 14,580 y la del tercer contrato hasta por USD 18,750.

Otra de las características de la compensación en la regulación de los principios Unidroit consiste en la exigencia de que se trate de “prestaciones de igual naturaleza”, que es un concepto más amplio que el de deudas fungibles o de género que se utiliza en otros ordenamientos, como el colombiano. Así, dos obligaciones de entregar vino del mismo viñedo pero de diferente cosecha podrían ser objeto de compensación al ser obligaciones de la misma naturaleza aun cuando no se consideren fungibles⁹⁴.

Respecto de las obligaciones pactadas en monedas diferentes, aunque no se trate de prestaciones de igual naturaleza, debido a la finalidad armonizadora de estos principios, destinados, además, a servir de referencia para transacciones internacionales, en el artículo 8.2 de los Principios Unidroit se brinda una solución permitiendo la compensación “siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte solo podrá pagar en una moneda determinada”. No obstante, se debe tener en cuenta, según los comentarios a los principios, que si en el contrato se establece expresamente que una parte debe pagar su obligación en una moneda determinada, esa parte no puede compensar su deuda con la de la otra parte si se pactó que esta debe ejecutar su propia deuda en una moneda diferente⁹⁵.

Por su parte, los PECL establecen en su artículo 13:104 que “la compensación se opera por notificación a la otra parte”, con lo cual se opta por una compensación que se hace efectiva mediante declaración unilateral. Acerca de los efectos de la figura objeto de estudio, el artículo

⁹⁴ Centro de Estudios de Derecho Comparado, *Principios Unidroit*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pág. 318.

⁹⁵ Centro de Estudios de Derecho Comparado, *Principios Unidroit*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pág. 323.

13:106 establece que los efectos se producen *ex nunc* (“desde ahora”) al consagrar que “desde la notificación, la compensación extingue las obligaciones hasta la concurrencia de la menos onerosa”.

Finalmente, el DCFR, en sus artículos III.-6:101 y siguientes, ha optado por un sistema de compensación que no exige sentencia judicial para que se produzca el efecto extintivo y establece que los efectos de la compensación no tienen carácter retroactivo, pues la extinción de las obligaciones opera desde el momento de la notificación, siguiendo el planteamiento de los Principios Unidroit y de los PECL, posición que al parecer es la predominante en la doctrina del derecho comparado⁹⁶.

Esta tendencia coincidente en los mencionados instrumentos de armonización legislativa se diferencia en algunos aspectos de los ordenamientos jurídicos francés o alemán, y de las codificaciones de otros países que los siguieron, pues para estos, como se ha señalado, los efectos de la compensación se producen desde el momento en que concurren los presupuestos para que las obligaciones sean compensables y no desde la notificación.

7. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

Mucho se ha discutido acerca de la conveniencia de que la compensación de obligaciones opere en forma automática, pues el efecto *ipso iure* que, según se ha señalado, proviene del derecho romano en cuanto que en la época justiniana no fue necesario proponer la *exceptio doli*, para un sector de la doctrina se deriva de una inadecuada interpretación de las antiguas reglas que delinearon la figura, que, según señalan, se referían a los efectos retroactivos de la compensación mas no establecían que ella operara por virtud de la ley sin necesidad de declaración de alguna de las partes⁹⁷.

Evaluable el régimen establecido en las codificaciones que marcaron las tendencias legislativas en Europa y América Latina y las modernas propuestas de reforma al derecho de obligaciones, consideramos que la compensación por declaración judicial o extrajudicial parece más adecuada que la compensación automática, pues evita los conflictos que se

⁹⁶ BASOZABAL ARRUE, “Claves para entender la compensación en Europa”, cit.

⁹⁷ FELIPE OSTERLING PARODI, *¿Cómo opera la compensación en el derecho civil comparado?*, *Derecho PUCP*, vol. 5, 1967, pág. 50.

pueden presentar cuando las partes ni siquiera tienen conocimiento de la extinción de sus obligaciones recíprocas⁹⁸.

Compartimos la opinión de quienes consideran que la compensación por declaración reduce la litigiosidad respecto de las obligaciones recíprocas y su eventual extinción, ya que elimina la exigencia de que ella se plantee necesariamente como una excepción en un proceso judicial, aumenta las posibilidades de compensación de créditos respecto de la compensación automática y, además, le permite a las partes decidir si efectivamente desean compensar sus obligaciones recíprocas y establecer cuándo les conviene hacerlo⁹⁹.

Una regulación futura podría entonces concentrarse menos en la regulación de la compensación legal y más en los límites de la compensación convencional, con especial cuidado en la protección de los derechos de terceros.

De manera particular, en el derecho colombiano convendría modificar la compensación automática pues el ordenamiento jurídico nacional no es coherente respecto de sus efectos, a pesar de la automaticidad de la compensación consagrada en el Código Civil. En efecto, como ya se ha señalado, de conformidad con las normas sustanciales la compensación extingue de pleno derecho las obligaciones, aun sin conocimiento del deudor o del acreedor (art. 1715 del C. C.). Sin embargo, el artículo 282 del Código General del Proceso establece que los jueces deben reconocer las excepciones a que haya lugar si los hechos están probados, salvo los casos de *compensación*, prescripción y nulidad relativa pues estas deben alegarse. Resulta contradictorio que el juez no pueda reconocer la extinción de una obligación por compensación, que, en principio, ya habría operado según la norma sustancial, sino que se requiera que la parte interesada necesariamente plantee la excepción correspondiente.

Adicionalmente, en el tratamiento de las obligaciones solidarias con pluralidad pasiva, el Código Civil consagra en su artículo 1716, inciso 4º, que “[n]i requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor;

⁹⁸ Desde las primeras ediciones del *Régimen general de las obligaciones* (1976), el profesor GUILLERMO OSPINA se manifestaba en desacuerdo con el régimen de la compensación legal incorporado en el Código Civil y se declaraba partidario de acoger la regulación del derecho alemán en la que la figura depende de la declaración del interesado. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, cit., págs. 440 a 442.

⁹⁹ BASOZABAL ARRUE, “Claves para entender la compensación en Europa”, cit.

salvo que estos se los hayan cedido”. La norma citada contraviene el efecto *ipso iure* de la compensación, al menos en cuanto a la reducción de la deuda solidaria en el porcentaje de la cuota del codeudor respecto del que operó la compensación —no en la de los otros obligados—, pues en los ordenamientos en los que la compensación opera automáticamente, alegarla supone poner de presente la extinción de la obligación, esto es, que ella ya no existe. Esta disposición refleja lo dispuesto en el Código de Napoleón en su artículo 1294 que fue derogado y reemplazado, como se mencionó, por el artículo 1347 de la reforma de 2016.

Aunque se han señalado algunos argumentos a favor de los efectos retroactivos de la compensación, además del peso de la tradición romana, como la voluntad presunta de las partes, las razones de equidad que están involucradas en la figura o la importancia de proteger la confianza en la posibilidad de la compensación¹⁰⁰, consideramos que resulta conveniente revisar esta posición, pues otorgarle a la compensación efectos desde la declaración del interesado soluciona varias dificultades, como las anteriormente anotadas, y brinda mayor seguridad jurídica.

Los problemas derivados de la causación de los intereses moratorios, la cláusula penal o las demás consecuencias de la mora del deudor frente a la efectividad de la compensación son la regla general de la obligación exigible y no pagada, lo que llevaría a la celeridad de los interesados en declarar la compensación y evitaría que dilataran la situación generando inseguridad en las transacciones posteriores a la concurrencia de los requisitos de la compensación.

Por otra parte, respecto de los requisitos que se deben cumplir para que opere la compensación sería conveniente que se modificara la norma que alude a que las respectivas obligaciones sean “de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad”, dadas las confusiones y debates que se han generado en el derecho nacional por las relaciones entre los conceptos de fungibilidad, consumibilidad y genericidad, para dar paso, más bien, a una regla de carácter general como la incorporada en los principios Unidroit que señala que las dos obligaciones deben ser de “igual naturaleza”.

Finalmente, resultaría pertinente eliminar algunas excepciones a la procedencia de la compensación que no tienen explicación plausible,

¹⁰⁰ BASOZABAL ARRUE, “Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso*, Coordinado por Eugenio Llamas Pombo, Madrid, La Ley, 2006, pág. 148.

como varios de los supuestos a los que se refiere el inciso 1º del artículo 1721 del Código Civil¹⁰¹, en cuanto que varios de ellos no corresponden a obligaciones que según los criterios generales del artículo 1715 puedan ser objeto de compensación. De la misma manera, si se establece que la compensación habrá de operar por declaración de parte y no de manera automática, sería indispensable revisar algunas otras de las excepciones y restricciones que contiene actualmente la regulación del Código Civil y que están basadas en la automaticidad que el derecho sustancial consagra para la efectividad de este modo de extinción de las obligaciones.

8. CONCLUSIONES

La compensación es un modo de extinguir las obligaciones de carácter satisfactivo y es una institución de gran utilidad para agilizar el tráfico jurídico, en especial, en materia mercantil.

La doctrina distingue entre la compensación legal, la convencional, la facultativa o la judicial. En Colombia, el Código Civil únicamente regula la compensación legal, pero esto no impide que las otras modalidades puedan tener aplicación, salvo la denominada “compensación judicial” que, en estricto sentido, no es un modo de extinción de las obligaciones.

Los antecedentes de la compensación se encuentran en el derecho romano, en el cual se estableció su carácter *ipso iure*. Las diversas interpretaciones que se le dieron a esa expresión originaron a su vez distintas maneras de regular la figura en el derecho comparado, lo que se refleja en que en algunos sistemas jurídicos la compensación opera automáticamente, como se plantea en el derecho sustancial colombiano, mientras que en otros se requiere de declaración o notificación.

Las tendencias de los instrumentos de *soft law* para la armonización del derecho de los contratos se inclinan por exigir la notificación para que opere la compensación y que sus efectos no sean retroactivos, sino que se produzcan solo a partir del respectivo acto de comunicación de la parte interesada.

Una propuesta de modernización de la compensación en Colombia se debería inclinar por eliminar su carácter automático, que, además de

¹⁰¹ “No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando perdida la cosa, solo subsista la obligación de pagarla en dinero”.

presentar varias inconsistencias con las reglas procesales en el ordenamiento jurídico actual, no ayuda a reducir la litigiosidad respecto de las obligaciones recíprocas y su extinción. Una regulación futura debería concentrarse menos en la regulación de la compensación legal —salvo en la necesaria precisión de sus requisitos y excepciones—, y más en los límites de la compensación convencional con especial cuidado en la protección de los derechos de terceros.

9. BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

- ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL y VODANOVIC, ANTONIO: *Tratado de las obligaciones*, vol. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; AMEAL, OSCAR JOSÉ y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M.: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- BASOZABAL ARRUE, XABIER: “Claves para entender la compensación en Europa”, en *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 4/2009: http://www.indret.com/pdf/680_es.pdf
- “Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso*, coordinado por Llamas Pombo, Eugenio, Madrid, La Ley, 2006.
- BONIVENTO JIMÉNEZ, JOSÉ ARMANDO: *Obligaciones*, Bogotá, Editorial Legis, 2017.
- CARBONNIER, JEAN: *Derecho civil*, tomo II, vol. III, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971.
- Centro de Estudios de Derecho Comparado: *Principios Unidroit*, Bogotá, Ibáñez, 2019.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Derecho civil. Obligaciones*, tomo III, Santiago, Imprenta Universal de Chile, 1986.
- COLIN, AMBROSIO y CAPITANT, HENRY: *Curso elemental de derecho civil*, tomo III, Madrid, Editorial Reus, 1924.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 2008.
- EMILIANI ROMÁN, RAIMUNDO: *Curso razonado de las obligaciones*, tomo II, Bogotá, Fundación Fondo de Publicaciones y Universidad Sergio Arboleda, 2001.
- ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN: *Tratado de derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1944.

- GAMBOA SEPÚLVEDA, MARIO: “La compensación”, en *Derecho de las obligaciones*, coordinado por Castro de Cifuentes, Marcela, tomo II, vol. 2, Bogotá, Editorial Temis, 2010.
- GÓMEZ, JOSÉ J.: *Bienes*, Bogotá, Publicaciones Externado de Colombia, 2001.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- IGLESIAS-REDONDO, JUAN: *Derecho romano*, Barcelona, Editorial Ariel, 2004.
- JARAMILLO, CARLOS IGNACIO: *El renacimiento de la cultura jurídica*, Bogotá, Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- KASER, MAX: *Derecho romano privado*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1982.
- LARENZ, KARL: *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON y MAZEAUD, JEAN: *Lecciones de derecho civil. Parte segunda*, vol. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- MEDICUS, DIETER: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, trad. por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995.
- MIQUEL SALA, ROSA: “Compensación de créditos”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por Sixto Sánchez Lorenzo, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- MURILLO VILLAR, ALFONSO: “Extinción de las obligaciones por compensación. Una futura regulación europea de evidente origen romano”, en *Revista de Derecho Romano*, núm. 1, 2019, Universidad del Salvador: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f63ccb02615b0a2381b464caf2f0fc2f>
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 2001.
- OSTERLING PARODI, FELIPE: “¿Cómo opera la compensación en el derecho civil comparado?”. *Derecho PUCP*, vol. 5, 1967.
- PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de derecho romano*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2011.
- POTHIER, ROBERT JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947.
- SIMLER, PHILIPPE; TERRÉ, FRANÇOIS y LEQUETTE, YVES: *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002.
- SOLÉ FELIU, JOSEP: “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la de los textos de soft law europeos”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2017: <http://www.indret.com/pdf/1329.pdf>
- TERNERA, FRANCISCO: *Bienes*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- TUTTLE, EDWARD: *Standard Encyclopedia of Procedure*, V. XXIII, Chicago, L. D. Powell, 1920.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO: *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 2010.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO: *Bienes*, Bogotá, Editorial Temis, 2010.

B) *Jurisprudencia*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 11 noviembre 2009, rad. 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666), C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Corte Constitucional, sent. C-403 de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 16 octubre 1997, exp. 4534, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 16 septiembre 2005, exp. C-1100131030321998-13220-01, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 2011, rad. 11001-3103-012-1999-01957-01, M. P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 10 marzo 2015, rad. 11001-31-03-030-1993-05281-01, M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 2016, rad. 11001-22-03-000-2016-01284-01, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

C) *Laudos arbitrales*

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 31 enero 2014, Aljure Telecomunicaciones S. A. v. Comunicación Celular S.A. – COMCEL S. A. Árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias (presidente), Hernando Galindo Cubides y Felipe Andrés Cuberos de las Casas.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 4 febrero 2016, Meltec S. A. v. Comunicación Celular S. A. COMCEL. Árbitros: Edgar Alfredo Garzón Saboyá (presidente), Roberto Borrás Polanía y Carolina Silva Rodríguez.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 24 mayo 2006, Comercializadora y Constructora Integral Limitada c. Makro de Colombia S. A. Árbitros: Ernesto Gamboa Morales (presidente), Sara Ordóñez Noriega y Arturo Ferrer Carrasco.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 18 noviembre 1998, Aerolíneas Internacionales y Turismo Representaciones Limitada., Alitur Ltda. v. Air Aruba sucursal en Colombia. Árbitros: Rodrigo Puyo Vasco (presidente), Jesús Vallejo Mejía y Javier Tamayo Jaramillo.

- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 26 julio 2017, Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros v. Agencia Nacional de Infraestructura. Árbitros: Alfredo Fuentes Hernández (presidente), Antonio Gómez Merlano y Alfonso Beltrán García (con aclaración de voto).
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 12 febrero 2004, Consorcio Buisness Ltda. v. Bellsouth Colombia S. A. Árbitros: Diego Muñoz Tamayo (presidente), Fernando Santos Silva y Aurelio Tobón Mejía.
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 31 enero 2014, Aljure Telecomunicaciones S. A. v. Comunicación Celular S. A. – COMCEL S. A. Árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias (presidente), Hernando Galindo Cubides y Felipe Andrés Cuberos de las Casas.
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de 26 junio 2006, Corporación Club el Nogal v. Banco del Pacífico S.A. - en Liquidación. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss (presidente), Gilberto Peña Castrillón y Jorge Suescún Melo.

CAPÍTULO XIX

LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO*

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.**

1. AGRADECIMIENTO Y SUMARIO ESBOZO DEL TEMA

Con suma complacencia, en su oportunidad, recibimos la cordial invitación de la reputada Universidad de los Andes, en particular de la dinámica profesora Marcela Castro de Cifuentes, dueña de nuestro antiguo respeto intelectual y personal, con el propósito de participar en esta iniciativa académica, sin duda de la mayor relevancia, encaminada a examinar los aspectos más salientes del derecho de obligaciones. Esta temática siempre ha ocupado un sitio de preferencia en la ciencia jurídica, hasta el punto de que ha sido identificada como su ‘columna vertebral’, como el corazón del derecho. Tal concepción, en puridad, es exacta, amén de justiciera, toda vez que es una disciplina estructural, por antonomasia, que permea, directa o indirectamente, todo el cosmos jurídico, tal como lo reconocen propios y extraños, aunque algunos lo hagan, *sotto voce*, como suele suceder en tantos temas concernientes al áureo derecho privado, derecho de derechos. Al fin y al cabo, es solar, como quiera que todo lo ilumina, que todo lo irradia y alcanza. Nuestra renovada venia entonces a tan señera ciencia.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.557>.

** Profesor, miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado y exdecano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Arbitro nacional e internacional. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Instituto Colombiano y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, de la Red *Ius Civile Salmanticense* (Academia Salmantina de Civilistas Latinoamericanos), del *Centro di Studi Giuridici sui Diritti dei Consumatori* de la Universidad de Perugia, y Socio Honorario de la *Società italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, SISDiC.

Por consiguiente, dada la valía de este interesante proyecto académico, nos sumamos a él con vibrante entusiasmo, a la par que profundo agradecimiento, conocedores, además, del granado grupo de profesores invitados, lo cual garantiza la calidad de esta publicación, con excepción de esta contribución, *per se* modesta, que tiene como confesado propósito pasarles revista a los aspectos cardinales de uno de los temas de mayor significación en la esfera obligacional moderna.

Nos referimos a la transacción en el derecho privado, examinada desde sus distintas perspectivas y dimensiones, un instituto que, no obstante haber estado presente en el discurrir de la enriquecida historia del derecho, pues no es novel, sigue vigente y altivo, incluso con más arrestos, lo que se explica por la expansión negocial, mejor explosión, no solo en el interior de cada una de las naciones que conforman el orbe, sino en el campo internacional, merced a la globalización, a la mundialización, rectamente entendidas. De allí que estemos en presencia de una figura dinámica, de indiscutida actualidad, lozanía y utilidad, llamada a cumplir una de las más elevadas misiones: la pacificación, pues su materia prima es la controversia, la desavenencia, las diferencias interpartes, en sí mismas, llamadas a fenecer, para evitar que el conflicto, existente o por existir, llegue a su fin, o se evite, respectivamente, en una actitud democrática y racional, propia de una sociedad que, civilizadamente, es capaz de dirimir o solucionar sus diferencias, al margen de la socavante e ilegítima “justicia por mano propia”, tal como se verá.

Rechazamos pues la violencia, la fuerza, la justificación procedimental, la idea de que, sin tregua, todo debe ser judicializado, so pretexto de la inejecución prestacional y, en cierto modo, de que el único llamado a dirimir cualquier controversia es el juez. Lectura que, con el respeto debido, es errónea, puesto que la transacción es paradigma de concertación, de civilidad, de buen juicio, de pacificación y, aun, ello es medular, de consideración de cara al aparato judicial, que además de no ser mesiánico, realmente es limitado; de manera que evitar conflictos, o la sustracción de ellos, conforme a las circunstancias, siempre resultará de recibo, aun para la judicatura. Por eso la sentencia judicial no puede ser elevada a la categoría de *prius*.

Así las cosas, cabe señalar que, por la vastedad del tema en comentario y por la entendible limitación de espacio, muy propia de una obra colectiva, hemos optado por seleccionar los puntos de mayor interés e importancia académica —y también práctica— lo que implica, necesariamente, sacrificar algunos temas, que en ocasión ulterior, confiamos editar, motivo

por el cual hoy presentamos una versión más acotada del texto original que, por las señaladas y justificadas razones, *in extenso*, no es posible publicar, publicación que, articuladamente, empero, esperamos hacer en su oportunidad, en consideración a la deferencia y comprensión de la Universidad de los Andes.

Tal laborío, en honor a la realidad, ha sido el resultado de una investigación de mayor espectro, realizada por el autor en la esfera académica y también institucional y profesional, muy especialmente en el interior del grupo de investigación en Derecho Civil y Comercial de la querida Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, gracias a la colaboración constructiva del señor Sergio Rojas Quiñones, aventajado estudiante de la Facultad a la sazón (y hoy reconocido profesor de la misma), que pertenece a dicho grupo, en asocio de otros distinguidos profesores nacionales e internacionales que le dan singular brillo, los cuales se han sumado a la pléyade de exponentes del *ius privatum* que, sin quiebre, han reiterado su confianza en la valía e incidencia de esta disciplina que, sin pasiones e ingenuidad, esperamos trascienda la eternidad. A ella ha retornado entonces su hora.

Por todo ello, entonces, se justifica el estudio de tan penetrante temática, situada en la esfera del derecho de obligaciones y contratos, tanto más en los tiempos que corren en los que, con indiscutida razón, se han afianzado aún más los mecanismos de solución alternativa de conflictos, en los que la transacción ocupa un destacado sitio, a lo que se agrega el papel que la misma ha tenido y seguirá teniendo en la ‘Pandemia’ que nos correspondió vivir (COVID-19), tan desestabilizadora que ha generado una serie de secuelas evidentes en la esfera humana, pero también en la económica y en el campo del Derecho de obligaciones y contratos, tan sensible a las crisis, máxime teniendo en cuenta la envergadura de esta demencial emergencia sanitaria, de suyo inédita.

Al fin y al cabo, en medio de tanta perplejidad y desesperanza, la transacción se ha convertido y continuará siéndolo en la ‘pospandemia’ en un útil, conveniente y oportuno remedio para paliar algunos de sus devastadores efectos en el ámbito patrimonial, en cuyo caso precaver futuros litigios, o culminar algunos de los ya iniciados, en efecto, será fundamental, mejor nuclear, en esta difícil etapa de la humanidad, la que, *a posteriori*, será superada, no nos cabe la menor duda, pero en el ínterin, es cierto, la transacción cumplirá una loable y humanística misión, aliviando tantas necesidades y urgencias, confirmando, superlativamente, su bienhechor cometido —el que se puede ver en todo caso eclipsado, si

como se expresa ulteriormente se abusa o se obtienen ventajas indebidas, antijurídicas y manifiestas del estado de necesidad, y de la ‘urgencia’, lo que invita a proceder con cautela y con escrupulosa buena fe—.

No en vano, en estas condiciones y en esta aciaga situación, el contrato en referencia se convierte en uno de los instrumentos con los que cuentan los interesados que, de la mano de instituciones como los deberes de cooperación y de renegociación emergentes de la áurea buena fe, tan en boga, y con razón, y de las figuras como la excesiva onerosidad sobreviniente —o imprevisión contractual—, y la frustración de la finalidad del contrato, entre otras más, integran una más amplia y útil ‘caja de herramientas’ de la que ellos disponen, en lo pertinente y, en su defecto el juez, como uno de los actores que igualmente pueden contribuir decididamente en los tiempos difíciles que corren, signados por la vigencia y afianzamiento de un nuevo orden o cultura contractuales, presidido por una cosmovisión inscrita en el personalismo contemporáneo —que no individualismo— y en el neo-humanismo, escoltada por los valores constitucionales que realzan la centralidad de la persona y su dignidad, la genuina *ratio* del Derecho, y no al contrario.

Por último, importa indicar que, para la segunda edición de esta magna obra, hija del encomiable esfuerzo de la profesora MARCELA CASTRO, a quien tanto respetamos, haremos uno que otro agregado menor, con miras, sobre todo, a incluir algunas recientes jurisprudencias de la H. Corte Suprema de Justicia, a la par que puntuales referencias doctrinales y al Derecho comparado, en especial al Derecho argentino, en el que se reformó profundamente su legislación de Derecho privado (Código Civil y Comercial).

Otro tanto haremos respecto de la reforma procesal introducida a la transacción por el Código General del Proceso, y a las normas que, en el reciente Proyecto de Código Civil preparado por la prestigiosa Universidad Nacional de Colombia, se dedican al contrato en comento, iniciativa que, sin perjuicio de los naturales y convenientes ajustes que toda ‘primera versión’ supone, tiene la virtud de situar la problemática del Derecho de obligaciones y contratos en la dirección correcta, esto en la de la unificación de los negocios jurídicos civiles y mercantiles, la que respetuosamente consideramos prioritaria, puesto que su escisión o bipartición, a nuestro humilde juicio, luce ciertamente inconveniente, por cuanto no encontramos hoy razones o argumentos que se tornen convincentes, a la par que razonables para ello, según tuvimos ocasión de indicarlo a espacio en nuestra reciente publicación titulada: *La modernización del derecho privado en Colombia*. Codificación, dispersión

legislativa, descodificación y recodificación del derecho civil y comercial' (Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2020).

De esta manera, abogando por la unificación en mención, el contrato de transacción pertenecería, a modo de *unicum*, a la categoría del Derecho de las obligaciones y contratos unificado (unidad), como debe ser, sin estimular lecturas divisorias o separatistas: Derecho civil y derecho comercial, y peor aún, encaminadas, en algunos regímenes, a su doble e inconsecuente regulación codicística.

Todo esfuerzo razonable por su anhelada unicidad, por su cuidadoso y responsable ensamble, en nuestro entender es bienvenido en el futuro, esfuerzo, en lo posible, igualmente predicable del Derecho privado y del Derecho procesal, que en ocasiones, sin deber serlo, navegan por océanos diversos, cuando en estas temáticas, como corresponde, debería reinar la sinergia, la articulación, muy especialmente en temas entera y orgánicamente conectados, como en el caso de la transacción, titular de dos dimensiones: una sustancial y una procesal, que tienen que dialogar e interactuar fluidamente y en armonía con la Constitución Política y con los valores vertebrales y superiores que la informan, para nada indiferentes al *ius privatum*, máxime tratándose del Derecho de los contratos, tan permeados por ellos.

2. PROLEGÓMENOS

Conscientes de la trascendencia de la investigación y la academia en el desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, sin perjuicio del valor que *ab antique* ha tenido siempre, a la par que de la superación de aquel enfoque acentuadamente pragmático y simplista que en ciertas ocasiones parece enseñorearse en el derecho y que, erróneamente, cree en la práctica como única vía, nos aventuramos en este nuevo estudio que, sin pretensión de exhaustividad —habida cuenta de la envergadura del tema— y sin perjuicio de la anunciada publicación posterior, de mayor amplitud, tiene, como confesado propósito, abordar una fértil temática en el marco del derecho privado: la transacción, la cual se analizará desde una perspectiva en la que, en estricto rigor, se ha procurado integrar un examen panorámico o *in globo*, dado su carácter polifacético y variopinto. No es fortuito que haya sido objeto de copiosa jurisprudencia, a la par que prolíferos estudios doctrinales, los cuales han tenido como mira elucidar tan intrincada figura, pincelando sus rasgos más descollantes; esbozando sus notas más particulares y aludiendo, en forma constante, a su desarrollo legal, *jurisprudencial* y doctrinal.

Ahora bien, entrando ya en materia, sea lo primero acotar que la transacción es una figura, sin duda, polifacética como se indicó, y también muy útil, razón por la cual su estudio acucioso y detallado, además de un imperativo académico y profesional para el abogado, constituye una herramienta práctica de insoslayable valor jurídico y, cómo no decirlo, de indubitable incidencia fáctica, pues con mayor frecuencia se pasea en la *praxis* judicial y extrajudicial. Así, hoy, la transacción se erige a sí misma como institución de obligatorio reexamen, máxime si se tiene presente su intrincada naturaleza, objeto de numerosos estudios de carácter nacional e internacional, cada uno de los cuales aboga por tesis diversas dentro de un prolífero campo de discusiones que, dada su complejidad, no hallan una respuesta única e inmediata. No en vano, con potísima razón, se ha dicho de ella que, “en la legislación y la doctrina, asoma su rostro esquivo y fugitivo a través de los siglos, como si su figura volandera no quisiera dejarse apresar por los entomólogos jurídicos. En la práctica su aplicación se estimula con la carestía de la justicia y la rapidez y flexibilidad de los negocios”¹.

Con más veras en punto tocante con el estudio del derecho de las obligaciones, como quiera que, en sentido lato, una de las múltiples perspectivas desde las cuales puede abordarse la figura es precisamente como modo especial de “extinción” de las relaciones obligatorias, razón por la cual su importancia en esta materia sube de tono.

Así las cosas, en este estudio nos proponemos realizar un examen panorámico de los principales rasgos de la transacción con una perspectiva tridimensional en la que destacarán, como es pertinente, sus tres aristas más salientes, esto es, como modo de extinguir las obligaciones, como contrato y como renovado mecanismo alternativo de solución de controversias, comenzamos por un breve comentario alrededor de su importancia y cometido en la *praxis* jurídica actual que por ninguna circunstancia erosiona su sustrato académico o científico, realmente sobresaliente.

3. IMPORTANCIA, COMETIDOS CARDINALES Y VENTAJAS DE LA TRANSACCIÓN

La transacción, a la par que caleidoscópica en cuanto a su enriquecida naturaleza jurídica, como se observará, acusa una notoria importancia en

¹ ANTONIO MOXÓ RUANO, “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, en *Revista de Derecho Privado*, t. XXXIV, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, enero-diciembre de 1950, pág. 673.

el tráfico contemporáneo, apreciable sin mayores esfuerzos y elucubraciones: por una parte, y sin perjuicio de las múltiples discusiones que, de antiguo, se han gestado en torno a su referida naturaleza, cuando se admite que *ex lege* la transacción constituye un modo singular de “extinguir” obligaciones, se hace paladino su importante función en procura de evitar la “perpetuidad” o la excesiva prolongación obligacional; y por otra, es basilar, como útil mecanismo alternativo de solución de conflictos, porque *in casu*, se habilita un escenario idóneo para deponer y, a veces, doblegar los ánimos de las partes en contienda, dotando de certeza y estabilidad, *a posteriori*, a lo que, *in primis*, ha estado signado por la incertidumbre, evitando de este modo la floración de la controversia judicial, en sí misma dilatada y generadora de los riesgos propios de un proceso, mediante un ejercicio de mutuo reconocimiento y de recíprocas concesiones que, en lugar de oponer y polarizar a las partes, les permite, en inequívoca apología a la civilidad y a la razonabilidad humana, cesar la contienda que las escolta, esto es doblar la página en lo que al diferendo o conflicto atañe.

Si la sentencia judicial es considerada como una elocuente manifestación del orden y de la paz social, por contribuir decididamente a ella, qué se podría decir de la transacción que, por definición, está llamada a evitar el litigio, o a terminarlo, voluntariamente.

Sobre este particular, concordando con esta lectura de la transacción, FEDERICO PUIG PEÑA afirma que, “[...] la realidad ha mostrado siempre que las controversias judiciales son fuente inagotable de disgustos, trances sumamente desagradables y dispendiosos sin fin. En ocasiones, dada la trascendencia de los hechos que se ventilan en el proceso judicial, las partes siguen adelante, pese a todos esos inconvenientes; pero, en otras, la solución armónica se impone, y entonces surge a la vida la transacción que, por su finalidad, es conocida desde las antiguas legislaciones. El dicho popular «más vale un mal arreglo que un pleito bien ganado» ha inspirado y aconsejado a los litigantes el dirimir la controversia por procedimientos pacíficos, y unas veces dan un paso atenuado, sustituyendo el proceso judicial por otro extrajudicial, y otras adoptan una decisión definitiva ante la transacción [...]”².

Del mismo modo, en términos próximos, realzan la valía de la transacción en la actualidad, los connotados profesores peruanos, FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, al indicar que, “No duda-

² FEDERICO PUIG PEÑA, *Compendio de derecho civil español*, t. IV, Contratos, Madrid, Ediciones Pirámide, 1976.

mos en afirmar que la importancia práctica de la transacción es enorme, puesto que no solo se trata de un medio extintivo de obligaciones, sino que comprende aspectos particulares que la delimitan como una de las figuras más ricas y complejas de nuestro ordenamiento jurídico. Su utilidad, por otra parte, ha venido siendo asumida por la sociedad en general, ya que las personas suelen recurrir a la transacción para solucionar sus controversias. Todos conocemos la antigua y siempre vigente frase «Más vale un mal arreglo que un buen juicio». Ignoramos sus orígenes; es más, tal vez resulte imposible determinarlos. Pero de lo que sí estamos seguros es que quien la pronunció por primera vez debe haber conocido lo complejo, costoso e incierto de un proceso judicial”³.

En consecuencia, en tanto modo de extinguir *ex lege* las obligaciones (primera expresión de la importancia del acuerdo *sub examine*, como se anticipó, aun cuando no pacífica, en la medida en que no toda la doctrina considera que, en efecto, el acuerdo transaccional constituya un arquetípico modo extintivo del deber de prestación)⁴, la transacción es un instituto que, en principio y al margen de la arraigada discusión que ello suscita, le permite al sujeto pasivo de la relación negocial o al que, virtualmente, funge de tal, ponerle fin a esta y, por consiguiente, liberarse de las prestaciones que, aun cuando discutidas o inciertas, tiene a su cargo. De allí que no puede perderse de vista que “[...] en fin de cuentas, la relación jurídica crédito-obligación tiene de suyo una vigencia temporal, que está llamada a ser breve, inclusive en aquellas variedades en las que su duración es valiosa para el acreedor [...]”⁵, razón por la cual, como ya se sugirió, resulta del todo inadmisibles una relación obligatoria irrestricta o no acotada en el tiempo, *a fuer* que prolongada o eterna, evidenciándose con ello la capital importancia de la transacción.

Ahora bien, de acentuada significación y pertinencia, aun cuando supera los confines que, en obsequio a la concisión, limitan este escrutinio, es también la función definitoria de la transacción, entendida, a su turno,

³ FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, “La transacción”, en Dialnet-La transacción-30385321.pdf. Dianet.unirioja.es, pág. 390.

⁴ Cfr. ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, *Obligaciones*, Universidad La Sabana y Editorial Temis, Bogotá, 2020, pág. 950, quien observa que la transacción, “[...] más que un modo de extinguir obligaciones, es un camino para arreglar voluntariamente, entre las partes mismas involucradas en una diferencia, un litigio pendiente o uno eventual [...] El tema es más propio del estudio de las diferentes formas contractuales”.

⁵ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 351.

como mecanismo alternativo de resolución de controversias, infortunadamente muy comunes y extendidas en el mundo del derecho⁶. Al respecto, cabe acotar que, en efecto, la transacción se dibuja a sí misma como un instrumento mediante el cual las partes en contienda pueden deponer los ánimos, ceder en parte sus pretensiones y reconocer —de algún modo— los intereses de la contraparte, para ganar también en certeza en cuanto al cumplimiento, al menos parcial, de las prestaciones en su favor⁷.

⁶ Sobre este particular, bien afirma ROBERTO VALDÉS SÁNCHEZ, que frente a la natural incapacidad de la justicia ordinaria para resolver la totalidad de los conflictos que, a diario, aquejan a las relaciones humanas, “[...] es preciso —como respuesta a la necesidad de lograr la justicia como principio de vida civilizada en comunidad— acudir, con el mismo propósito de solucionar los conflictos en forma eficaz y oportuna, al empleo de las alternativas a dicha justicia ordinaria que la ley, en buena hora, consagra para tal efecto. Estas alternativas —también llamadas medios, métodos o sistemas alternos para la solución de conflictos— existen desde los orígenes de nuestra civilización y su empleo se ha venido desarrollando hasta llegar a tener plena eficacia legal. El ser parte de una sociedad que vive esta situación y nuestro convencimiento en cuanto a que el ejercicio del derecho en la era actual se orienta definitivamente hacia la solución más pronta y efectiva del conflicto, nos permite señalar los siguientes elementos que explican la razón de ser de este libro (y, en consecuencia, del estudio de la transacción): a) el conocimiento y la aplicación práctica de estas alternativas constituye un tema de interés universal; b) la legislación colombiana y buena parte de la normativa universal tienen en su repertorio un número interesante de estas alternativas. Es así como en Colombia y en los demás países cuya estructura jurídica tiene su origen en el antiguo derecho romano se tienen como alternativas a la justicia ordinaria para la solución de conflictos a la transacción, la conciliación, la mediación, la amigable composición, la regulación por expertos y el arbitramento; c) en el contexto del régimen legal universal la ley colombiana vigente sobre estas alternativas tiene un buen fundamento normativo [...] d) el conocimiento jurídico de estas alternativas debe partir del estudio de la transacción —que a lo largo de este trabajo denominamos contrato de transacción— en primer lugar porque ella constituye la primera de estas alternativas que en el tiempo puede practicarse por cuanto solo exige la intervención de quienes son parte en el conflicto y, en segundo lugar, porque de su estudio se desprende la materia transigible, elementos sobre el cual recae la práctica de estos sistemas [...]”. (*La transacción. Solución alternativa de conflictos*, Santa Fe de Bogotá, Legis, 1997, págs. 7-8).

En el mismo sentido, sintéticamente el profesor italiano ENRICO DEL PRATO, confirma que “[...] antes de delinear sus premisas y su ámbito, debe considerarse a la transacción en el marco de los instrumentos para la solución de las controversias”. “La transazione (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1992, pág. 814.

⁷ SILVIA TAMAYO HAYA explica, sobre la finalidad de la transacción, que “[...] como punto de partida que oriente el camino de esta tarea, debe atenderse en primer término

Desde esta última perspectiva, recientemente la Corte Suprema de Justicia expresó que “[...] la transacción como tal es un mecanismo auto compositivo de conflictos, en virtud del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”⁸.

En estas circunstancias, entonces, los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general, y la transacción, en particular, previenen que una controversia, *in concreto*, llegue a los estrados judiciales y ponga en movimiento a la administración de justicia, economizando tiempo y esfuerzos que, por las vicisitudes que en la actualidad socavan a la judicatura —a pesar de su empeño y diligencia—, implican un desgaste evitable para las partes, un “derroche de jurisdicción”, como en el lenguaje judicial se suele expresar.

Como acertadamente lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia, “[...] la transacción, que el Código de Procedimiento Civil identifica como una de las formas de terminación anormal del proceso, es a la vez una manera civilizada y pacífica de finiquitar de modo total y vinculante los

a la posibilidad de que ante un litigio o falta de seguridad sobre una relación jurídica privada materializada en un conflicto de intereses, pueda evitarse mediante la actividad entre los interesados por la vía extrajudicial del arreglo amistoso, a través de un contrato denominado transacción. Con el mismo se tiende a evitar toda controversia, entendida aquélla como divergencia, disputa o debate, esto es, como situación en la que se encuentran dos personas que sostienen tesis diferentes respecto a una determinada relación. Las partes llegan a un arreglo, el cual se obligan a respetar en un futuro, con el fin de zanjar estas discusiones y dejar así al margen los inconvenientes judiciales. Es efectivamente su función normal la de evitar un posible pleito a través de una solución armónica y avenida, mediante un acuerdo de voluntades capaz de resolver un conflicto jurídico sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional. Viene a prestarse de esta forma como herramienta para evitar la litis, aunque no es éste su fin exclusivo. Su finalidad puede concretarse también no ya en la evitación del pleito, sino en poner fin a uno ya comenzado, como se desprende del propio texto de la ley. Por consiguiente, estaremos ante un supuesto de transacción tanto si la cuestión litigiosa ha entrado ya a formar parte de un verdadero proceso judicial como si se limita a resolver desacuerdos que aún no han dado origen a actos judiciales [...]”. (*El contrato de transacción*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pág. 26). A lo anterior, la autora agrega que “[...] es de reseñar la trascendencia del mantenimiento de la paz acorde con la justicia dentro de la comunidad en cuanto que es en este fin donde confluye con la transacción, en la que también podemos decir que la controversia finaliza con una paz negociada; se pretende poner fin a las enemistades en busca de armonía y paz [...]”. (*Ibid.*, pág. 28).

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. SC418-2018 de 1º marzo 2018, rad. 2011 00434.

litigios judiciales y extrajudiciales, o al menos de reducirlos en cuanto a su contenido litigioso, porque como bien lo autoriza el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, la transacción puede versar sobre la totalidad de las mismas, bien por el contenido de su objeto, ora por el aspecto subjetivo, o sea porque solo se celebra entre algunos litigantes, siempre y cuando no se esté en presencia de un litisconsorcio necesario [...] el acuerdo transaccional sustituye la jurisdicción, porque autocompone el conflicto de intereses, es mecanismo alternativo para resolver la disputa [...]”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, auto de 5 noviembre 1996, exp. 4546).

Esta grandilocuente ventaja, en la que coinciden académicos, juzgadores y litigantes, ha adquirido igualmente especial resonancia desde la óptica constitucional y legal, en la medida en que la resolución pacífica de las controversias no constituye, una simple preocupación de los particulares en conflicto o de un determinando sector, sino que, muy por el contrario, constituye un asunto que involucra al Estado, en razón de que es un propósito normativo, una especie de *desideratum* incardinado en la propia Constitución Política y en el Código General del Proceso, entre otros ordenamientos, tendiente a que se logre la resolución de las disputas por medios pacíficos y siempre civilizados. En realidad, el propio entramado constitucional, que desde el preámbulo mismo aboga por valores como la paz y la justicia —los cuales constituyen también ineluctables principios constitucionales—, consagra estas diversas alternativas de resolución de conflicto, lo que explica que EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, comentando el artículo 116 de la Constitución Política, expícite que resulta sumamente amplio en punto tocante con las alternativas para la resolución de conflictos, no pudiendo entonces afirmarse, en paladina contradicción con lo anterior, que la transacción no sea un mecanismo alternativo de solución de conflictos cobijado por la Carta Superior⁹.

⁹ EDGARDO VILLAMIL P., pone de presente que “[...] el artículo 116 constitucional, piedra angular del derecho constitucional procesal, no refleja cosa distinta a la tendencia acogida de una justicia amplia y conciliadora, en la que hay un espacio muy amplio para mecanismos de resolución de disputas diferentes a la jurisdicción como tal; se trata entonces de una disposición que sirve de asidero constitucional para legitimar un sinnúmero de metodologías de orden público o privado que, como tal, procuran dirimir una controversia a través de una persona diferente al juez. Es, en fin, el espacio del arbitraje, la conciliación, la amigable composición, la transacción y, en general, el arreglo y la cooperación pacíficas [...]”. (*Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, pág. 61).

Pero las indiscutidas bondades en comento ciertamente no se agotan en el mero interés particular de los sujetos¹⁰, como si se tratara de un

En similar sentido, ha expresado la Corte Suprema que el asunto por ella juzgado, en lo particular, “[...] trasciende los lindes puramente legales y adquiere ribetes de marcado sabor constitucional [...]. Porque es incontestable que a quienes se arrebató la posibilidad de entrar en calma y antes que luchar prefieren buscar caminos alternos para extinguir sus diferencias, además de que conllevaría la eventual violación de las normas sustanciales que rigen la transacción o de la especie de acuerdo o conciliación que cupiese, es evidente que paralelamente hiere de modo grave principios superiores [...] Cuando las partes, empero, antes que prolongar el ambiente hostil que las enfrenta, entran en concordia y tantean poner término al litigio, las cosas cambian significativamente de colorido. Están ellas en el pórtico de la avenencia, quizás el bien que más debiera codiciar el hombre, y, como tal, digno de encomio antes que de rechazo. El derecho a la paz no se puede arrebatar y podrán ejercerlo las partes por sí y ante sí. Esto, que ya de suyo se ofrece como lo más racional, adquiere el rigor de lo incuestionable cuando hoy se quiere poner el mayor acento posible en la autocomposición de los pleitos; a lo que parece, el asunto ha adquirido tal dimensión que ya no solo se conforma con aplaudir los arreglos a que lleguen efectivamente las partes contendientes, sino que se crean mecanismos para estimular y promocionar toda una filosofía pacificadora, y de hecho no es poca la normatividad que ha creado diversos métodos alternativos de solución de conflictos. Así, por contrapartida, se desestimula la pendencia y la querella, factores desestabilizantes de cualquier organización social. Por todo ello es que causa perplejidad que, como en el caso de ahora, el Estado, a través de los juzgadores de instancia, haya dado de mano a tan legítimo derecho de las partes. Trastocándolo todo llegaron a considerar implícitamente que esa función juzgadora se cumple aun a regañadientes de las partes, y que aunque estas hayan decretado una tregua no decae su obligación de pronunciar el fallo, porque así se lo habían suplicado desde el comienzo; dicho esto de otro modo, que iniciado un pleito no hay sitio para el armisticio. No se cae en la cuenta, así, que el Estado está para apaciguar la contienda, mas no para encenderla o reavivarla [...]” (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 2006, exp. 1987-07992-01).

¹⁰ La profesora TAMAYO HAYA también se refiere a una meridiana función pública de la transacción; al respecto sostiene que, “[...] puesto que la pugna entre los hombres viene a repercutir en toda la sociedad, la solución pacífica de los conflictos viene a convertirse lógicamente en interés colectivo; no de otra manera puede entenderse que tenga un carácter público [...]” (*op. cit.*, pág. 28).

Cabe precisar que, con apoyo en lo señalado, no se quiere significar que la solución de las controversias mediante sentencia judicial no implique un medio pacífico de resolución de disputas, en la medida en que la providencia judicial constituye, *recta via*, un prototípico instrumento de paz; lo que realmente se quiere significar es que la transacción permite también la solución pacífica de la *litis*, *lato sensu*, pero sin necesidad de la intervención o la mediación de un tercero que, como el juez, imponga la solución,

instrumento individualista a ultranza, habida cuenta de que la transacción contribuye también a la anhelada descongestión de la nobilísima rama judicial, a lo que se suma que una sociedad sin tanta conflictividad es la primera beneficiada, por todo lo que ello supone, de suerte que, rectamente entendida, ella coadyuva al cumplimiento de los “[...] fines esenciales del Estado”, entre otros, “[...] servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes [...], y asegurar la convivencia pacífica” (Const. Pol., art. 2º).

Por tanto, “[...] la utilidad de la transacción es innegable. Evita procesos dispendiosos de incierto resultado, todo el mundo sabe que «más vale una mala transacción que un buen pleito». Pero la medalla tiene su reverso; las lentitudes y los gastos del procedimiento llevan a muchos litigantes cuyo derecho es indiscutible a preferir la transacción a una solución judicial [...]”¹¹. Y también contribuye a la paz social, como se acotó, en clara sintonía con la *filosofía pacificadora* que la caracteriza.

Además, un repaso panorámico de los distintos mecanismos alternativos de solución de controversias revela, a las claras, una ventaja nuclear que ofrece el acuerdo transaccional, cual es, justamente, la posibilidad de llegar a una resolución directa y, de ordinario privada, del diferendo en la que ambas partes, mediante acuerdo y la negociación recíproca, obtienen un determinado provecho, que ha sido fruto de la concertación, y no de “[...] la imposición”, determinación o juicio de un tercero en sede judicial: el juez (heterocomposición), lo que avala su pertinencia, pues “[...] tales mecanismos, métodos o instrumentos, de igual manera, gozan del respaldo de la sociedad y del ordenamiento jurídico, de suerte que no son clandestinos o paganos, ni tampoco medios llamados a subvertir el sistema de administración de justicia, ni a menoscabar los legítimos intereses de la ciudadanía [...]”¹².

en sede judicial. Ello, como se analizará en numeral posterior, ahorra los costos sociales inherentes al litigio y a la controversia, a la par que les brinda la posibilidad a los particulares de valerse de sus propios medios para destrabar, confiadamente, el conflicto que entre ellos ha surgido. Desde esta perspectiva, como se ha dicho de cara a otras hipótesis, no hay nada más natural que deshacer las cosas como se hicieron.

¹¹ HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, vol. IV, Parte tercera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pág. 619; cfr. EUGENIO VÁSQUEZ GUNDÍN, *Quintus Mucius Scaevola. Código Civil español*, t. XXVIII, arts. 1790-1856, Madrid, Reus, 1953, pág. 271.

¹² CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *Solución alternativa de conflictos en el seguro y reaseguro*, Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Asociación Internacional de Derecho de Seguros —AIDA—, Javegraf, 1998, pág. 40.

Insístase, entonces, en que la transacción es dibujada, lisa y llanamente, como un importante instrumento de *pacificación social*¹³, a la par que como un medio de *descongestión judicial*, moldeado, sin duda, a partir de un espíritu cívico y, en línea de principio, justo y equilibrado, en el que las partes reconocen su estado de incertidumbre y hesitación respecto de un asunto litigioso que no judicial (que son dos cosas diversas, como se anotará), en el que se encuentran involucradas, y a partir de ese reconocimiento, morigeran, matizan, aligeran, flexibilizan o atenúan sus pretensiones, cediendo en parte frente a los intereses contrarios, en aras de obtener certeza o claridad, *in futurum*, respecto de los intereses propios. Lo cual, sin duda, constituye una conducta por demás loable, *a fuer* de deseada y completamente admitida por el derecho, en la medida en que no es más que una paladina y manifiesta evidencia de la capacidad, de suyo aquilatada, que tienen las partes para resolver sus propias controversias.

En apretada síntesis, manifestemos que el acuerdo de transacción resulta medular, por decir lo menos, desde la perspectiva jurídica y social. En primer término, porque puede llegar a «extinguir» —según la concepción que se acoja—, una relación obligacional, evitando la perpetuidad del vínculo que liga formal o virtualmente al deudor. Y en segundo término, en la medida en que contribuye a asegurar una solución extrajudicial a las controversias reinantes y, en esa medida, a pacificar las disputas y, correlativamente, a descongestionar la administración de justicia, urgida de acciones más decididas a cargo del Estado y de los particulares (titulares de derechos).

Desde esta última perspectiva, además, se confirma que el contrato en la posmodernidad, en el marco del llamado ‘nuevo orden contractual’

¹³ Dice el profesor VÁSQUEZ GUNDÍN, en sus comentarios al Código Civil español, que “[...] la transacción es un instrumento de paz alcanzada [...]” de todos los medios de poner fin a los debates, el más venturoso (*le flux heureux*) es la transacción, por la que cada uno sacrifica una parte de las ventajas posibles ante el riesgo de perder más y los sinsabores de un litigio prolongado y quizá pródigo de inquietudes, por lo cual ese contrato merecerá siempre especial favor en las leyes llamadas predominantes que buscan la paz de las familias [...]” (*op. cit.*, pág. 246).

De igual manera, el profesor francés ALAIN GHOZI, señala: “Por su naturaleza, la transacción constituye un contrato, un contrato cuya especificidad radica precisamente en su función: sirve para pacificar relaciones litigiosas”. “Sobre el efecto declarativo de la transacción. Elementos para un diálogo imaginario con el Rector Fernando Hinestrosa”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pág. 150.

vigente ('nueva cultura contractual'), y el de transacción lo es, reviste indubitada connotación social, toda vez que la contratación privada no solo interesa a las partes, sino a la comunidad en general, dejando de ser entonces un instrumento meramente de interés particular.

De allí que hoy se aluda a un 'civismo contractual' en la contemporaneidad¹⁴, toda vez que como lo expresó con acierto el connotado profesor argentino, Don JORGE MOSSET ITURRASPE, "No resulta exagerado afirmar que, al igual que la propiedad, el contrato está en función social, debiendo los celebrantes atender al objeto fin individual y también al social. Se habla, por ello, de un 'civismo contractual' [...] La nueva concepción acerca del contrato responde a una nueva concepción del derecho más atenta a la 'idea social', pero no implica menoscabo o destrucción de la institución" contractual¹⁵.

4. DIFERENTES APROXIMACIONES A LA FIGURA DE LA TRANSACCIÓN:

ETIMOLÓGICA, CORRIENTE, NORMATIVA, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

Como reiterativamente se ha afirmado, la *transacción* es una figura pluriforme o proteiforme, y caleidoscópica, razón por la cual su conceptualización, en lugar de ser única, realmente es diversa, de tal suerte que no puede predicarse su unicidad¹⁶.

Así, en lo que atañe a la etimología del término *transacción*, conviene reseñar que esta proviene del latín *transigere*, que significa 'terminar o concluir algo', sentido en que precisamente lo aborda y contextualiza la legislación nacional y, en la mayoría de los casos, también la internacional, obviamente con notables excepciones.

¹⁴ JEAN CARBONNIER, *Derecho civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pág. 264, distinguido autor gallo que expresó que este 'civismo contractual' "[...] comprende la consideración teórica del orden público y las buenas costumbres".

¹⁵ JORGE MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1984, págs. 280 y 284.

¹⁶ El profesor ALBALADEJO, entre otros, subraya lo variopinto que resulta esta figura, lo que explica los múltiples usos y las connotaciones que reviste en el tráfico jurídico contemporáneo (MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, vol. II, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977, págs. 437-438); en el mismo sentido se pronuncia el profesor SANTOS BRIZ quien, después de un recorrido por los escarpados senderos de la misma resalta algunos de los elementos omnipresentes en cualquiera de sus definiciones (JAIME SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, t. IV, Teoría y práctica, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado 1973, pág. 576). Cfr. MOXO, *op. cit.*, pág. 673.

En efecto, de acuerdo con la referida advertencia, la voz *transacción* suele emplearse, en el lenguaje jurídico-técnico patrio, como un modo extintivo de las obligaciones, es decir, como una forma o manera de ponerle fin a la relación obligacional u obligatoria, en plena concordancia con el prístino sentido con el que, en lo medular, se le concibió en el memorable derecho romano y del que deriva, precisamente, su concreta y arraigada denominación jurídica¹⁷.

Ello, sin duda, se acompasa con el sentido que le asigna la legislación positiva, por ejemplo, el Código Civil colombiano, que, en el artículo 2469, define a la figura en cita como “[...] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio o precaven un litigio eventual [...]”¹⁸, norma que está conectada con el artículo 1625, numeral 3, de la misma codificación, la que la cataloga como uno de los diversos modos de extinguir las obligaciones¹⁹.

El artículo 2044 del Código Civil francés, por su parte, la concibe como “un contrato por el cual las partes terminan una cuestión pendiente o impiden una que pueda nacer”, definición que, como pone de presente el profesor español CASTÁN TOBEÑAS, revela solamente el resultado de la transacción, pero no el medio para lograrlo²⁰. Este defecto, se ha erigido

¹⁷ En el *Digesto* justinianeo y en el *Edictum* de ULPIANO se le atribuye el aludido sentido extintivo con el que se le identifica hoy; por eso, en lo pertinente, expresaba tan recordado jurisperito: “qui transigi, quasi re dubia, et lite incerta neque finita transigir [...]” (*Digesto*, ley 1ª del libro L y *Edictum* de ULPIANO). La ley 38, por su parte, rezaba “[...] *transactio, nullo dato vel retento sev promiso, minimi procedi* [...]”.

¹⁸ Sobre la noción estructurada por el art. 2469 del C. C., ha señalado la jurisprudencia que en ella “[...] no está comprendida toda la esencia de la transacción; esa definición no abarca todos los casos; hay que adicionarla con el caso contemplado en el artículo 2478, y decir que la transacción puede tener también por objeto un litigio terminado por sentencia judicial cuando esta no es conocida por los litigantes que celebraron la transacción [...]”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1920, “G. J.”, t. XXVIII, pág. 29.

¹⁹ Dicha concepción dual, sin duda, constituye prueba fehaciente de lo pluriforme y varía que parece la transacción, vista desde el Código Civil patrio, no solo como un modo de extinguir las obligaciones, más allá de su real pertinencia, sino como una arquetípica modalidad o tipo contractual, visión que, en punto tocante con su naturaleza jurídica, resulta harto controversial, lo que justifica un análisis individual y detenido, que haremos luego en este ensayo.

²⁰ Dice el profesor CASTÁN TOBEÑAS que “[...] se objetó a esta definición que solo ponía de relieve el resultado, no el medio por cual se obtiene, y, consiguientemente, no diferenciaba esta operación de otras muchas que pueden tener esa misma finalidad de prevenir o resolver un litigio [...]”. (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil común y floral*, t. IV, Madrid, Reus, 1977, pág. 736).

en detonante de múltiples críticas de parte de los más reconocidos doctri-
nantes franceses, entre quienes destacan los profesores AMBROSIO COLIN
y HENRI CAPITANT, para quienes “[...] esta definición es absolutamente
insuficiente, puesto que otras muchísimas operaciones comparten con
la transacción ese efecto de prevenir un litigio o de dar fin de él, como
sucede, por ejemplo, con el desistimiento, la confirmación, el compromiso
en árbitros, la delación de juramento, etc. [...]”²¹.

El Código Civil español, a su turno, la define en el artículo 1809, como
un “[...] contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo
cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término
al que había comenzado”.

En el mismo sentido, el proyecto de Código Civil español de 1836,
en el artículo 1635, disponía que la transacción era un “[...] convenio por
el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el
litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pen-
diente [...]”, mientras que el proyecto de 1851, elaborado por don FLO-
RENCIO GARCÍA Y GOYENA —conocido y muy tenido en cuenta por don
Andrés Bello—, en particular el artículo 1713, la entendía como un “[...]
convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o
después de haberse promovido el pleito sobre ellas [...]”²².

²¹ AMBROSIO COLIN y HENRI CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Reus, 1955, pág. 986. Los hermanos MAZEAUD también están de acuerdo con las críticas planteadas por COLIN y CAPITANT; en opinión de aquellos, “[...] la definición del artículo 2044 es incompleta. DOMAT, en el que se inspiraron los redactores del Código Civil, subraya otro carácter esencial de la transacción: la concesión consentida por cada una de las partes [...] y BIGOT-PRÉAMENEAU, en el curso de los trabajos preparatorios, destacó ese requisito [...] Por eso la jurisprudencia ha completado la definición del Código Civil exigiendo la reciprocidad de concesiones y sacrificios [...]”. (MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 618).

²² *Vid.* DIEGO ESPÍN CANOVAS, *Manual de derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, pág. 732. Respecto del concepto funcional de transacción en el derecho español, los profesores LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, afirman que “[...] dos son los elementos o los presupuestos necesarios para que un contrato pueda calificarse como transacción: por una parte que se trate con él de evitar la provocación de un pleito o de poner término al que ya estaba comenzado; por otra parte, que los sujetos para conseguir esta finalidad den, prometan o retengan recíprocamente alguna cosa [...]”. (LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, pág. 425). Nótese que los profesores en mención hacen hincapié en el cometido de *evitación* o *culminación* que se persigue con el acuerdo transaccional.

La codificación uruguaya, redactada por don TRISTÁN NARVAJA, que entró en vigencia el 1º de enero de 1868, a su turno, dispone que “la transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Cualquiera que sea la entidad del objeto u objetos sobre que verse la transacción, se requiere para su validez que conste por acto judicial o por escritura pública o privada”.

El Código Civil alemán de 1900 (BGB), en el artículo 779, expresa que la transacción es “el contrato por el cual se pone fin a la diferencia o incertidumbre de las partes sobre un negocio jurídico, mediante concesiones recíprocas”.

El Código Civil italiano de 1942, a su vez, define a la figura en comento como “[...] un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones ponen fin a una litis ya comenzada, o previenen otra que puede surgir entre ellas. Con las recíprocas concesiones se pueden crear, modificar o extinguir incluso relaciones diversas de aquella que ha formado el objeto de la pretensión y de la contestación de las partes”, definición esta última que tiene como manantial y referente, en lo aplicable, la contenida en el Código Civil italiano de 1865, a cuyo tenor la transacción es “[...] un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado [...]”. Esta definición contrario a la definición francesa, no solamente señalaba el resultado de la transacción, sino los medios para lograrla.

El Código Civil portugués de 1967, de igual modo, dispone que “la transacción es un contrato por el cual los contratantes previenen o terminan un pleito, cediendo uno de ellos o ambas parte de sus pretensiones, o prometiendo uno al otro alguna cosa en trueque del reconocimiento del derecho discutido”.

La codificación civil de Brasil, muy reciente por cierto, pues data de 2002, prescribe en el artículo 840 que “*es lícito a los interesados prevenir o terminar un litigio mediante concesiones mutuas*”.

Ahora bien, en lo que toca al diario vivir, la locución ‘transacción’ no se asocia al mismo significado que se le confiere en el derecho, habida cuenta de que es una expresión utilizada, de ordinario, para referirse a las operaciones bancarias, bursátiles o comerciales, de suerte que cuando un sujeto afirma que *realizará una transacción*, se entiende que acudirá al sistema financiero para efectuar algún movimiento de recursos, ya sea mediante bancos directamente, cajeros electrónicos o del consabido tráfico

financiero electrónico, entre otros, no siendo muy común considerar, desde el ángulo en referencia, que con tal expresión, se quiere significar un acuerdo mediante el cual se pone fin a una *res litigiosa et dubia*, entre dos o más sujetos, como es propio del significado jurídico y técnico de ella²³.

Expresado de otro modo, el vocablo *transacción*, en el mundo de los negocios, o en el lenguaje cotidiano, no especializado, denota la realización de una negociación cualquiera, y más concretamente, de carácter bursátil o financiero.

La jurisprudencia, por su parte, ha manifestado que “[...] la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual [...] lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo o equivalente [...]”²⁴.

La doctrina, aun cuando aproximada, tampoco es unánime en torno al significado del concepto en comentario; el profesor HINESTROSA la entiende como un “[...] arreglo amigable de conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones [...]”²⁵, sin que por ello, claro está, desconozca que es también una forma alternativa para la solución de controversias²⁶. ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, por otro

²³ Los hermanos MAZEAUD afirman que “[...] se utiliza la palabra transacción en sentidos diferentes. Dentro del lenguaje corriente, transacción significa, o bien una convención cualquiera; o bien más concretamente una operación mercantil o bursátil [...]”. (MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 618). El profesor BOFFI BOGGERO se percata también de ello, razón por la cual sostiene que “[...] dentro del tráfico jurídico se puede apreciar una acepción corriente, de preferencia negocial, según la cual es dable mencionar las «transacciones de bolsa» y muchas otras que le son afines; una técnica que excede el campo obligacional para internarse en otras áreas del derecho; y también otra técnica, pero más circunscrita, que es el objeto de este capítulo [es decir, la transacción como modo de extinguir las obligaciones] [...]”. (LUIS M. BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. IV, Buenos Aires, Astrea, 1977, pág. 407). Cfr. FRANCISCO PELÁEZ, *La transacción. Su eficacia procesal*, Buenos Aires, Bosch, 1987, págs. 3-4.

²⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 junio 1939.

²⁵ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 721.

²⁶ Cabe anotar que el concepto ofrecido por el profesor HINESTROSA, a primera vista, parece adolecer de un defecto estructural, habida cuenta de que no incluye el elemento de las *concesiones o sacrificios recíprocos* —*aliquid datum, aliquid retentum*— que, como se verá, es la médula misma del contrato de transacción, a juicio de la *communis*

lado, la define como “[...] un contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, celebradas extrajudicialmente, precaven un pleito futuro o ponen término a un pleito actual [...]”²⁷. OGAYAR AYLLÓN igualmente sostiene que la transacción es “[...] el contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado [...]”²⁸, tesis que, en lo esencial, comparte el profesor FRANCISCO PELÁEZ²⁹; CARLOS LAGOMARSISMO entiende también que se trata de un contrato por medio del cual se precave un litigio futuro o se pone término a un litigio actual³⁰; y, por último, en gracia de la brevedad, el profesor DOMÉNICO BARBERO afirma que “[...] la transacción es un contrato con que las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin una litis o previenen una litis que puede surgir entre ellas [...]”³¹.

A la luz de las anteriores nociones, se desprenden entonces dos rasgos que, en lo esencial, singularizan y caracterizan la transacción, a saber:

- En primer lugar, su naturaleza contractual, lectura que, aun cuando no es unánime, conforme se observará, suele estar presente en la mayoría de las descripciones, tanto legales, como doctrinales y de jurisprudencial, de manera que, a menudo, es abordada como un *acuerdo de voluntades* que, mediante el reconocimiento de la situación de incertidumbre o dubitación en que se hallan las partes, a la par que de las concesiones recíprocas que realizan en virtud de la convención o negocio jurídico de la transacción, ponen fin a un litigio en curso o precaven un potencial litigio en el futuro.

- En segundo lugar, su naturaleza y cometido extintivo que, *lato sensu*, en lo toral, por regla general —como quiera que no todos reconocen

opinio; ello, sin embargo, se explica en que, para tan ilustre profesor, la transacción no requiere concesiones recíprocas. (HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 739-740).

²⁷ ARTURO ALESSANDRI, *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1988, págs. 232-233.

²⁸ OGAYAR AYLLÓN, “Artículos 1809 a 1821 del Código Civil y ley de arbitrajes de derecho privado”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, Dir.), t. XXII, vol. II, Madrid, 1979, pág. 12.

²⁹ PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 6. También esta de acuerdo con la tesis en mención, ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 437.

³⁰ CARLOS LAGOMARSINO, *La transacción. Estudios jurídicos sobre la transacción*, Caracas, Febretón, s. f, pág. 7.

³¹ DOMÉNICO BARBERO, *Sistema de derecho privado*, t. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 520.

este carácter extintivo—, implica una doble manifestación y concepción institucional: extinción de “obligaciones” o de relaciones virtualmente obligatorias, dadas las concesiones recíprocas consentidas por las partes—lo que un sector de la doctrina llama: *renuncias parciales*— y, evidentemente, extinción, terminación o finiquito del pleito que, con fundamento en dichas relaciones—real o figuradamente—obligatorias existe, o pudo llegar a existir, según las circunstancias.

Así pues, la figura de la transacción puede catalogarse, en principio, y en consonancia con una extendida opinión, como un contrato en virtud del cual dos o más personas, inmersas o envueltas en una situación de incertidumbre y hesitación respecto de derechos y obligaciones, consienten en poner fin a un litigio pendiente o precaver la floración de un litigio futuro, mediante puntuales de concesiones recíprocas.

Al respecto, en lo que concierne a su naturaleza contractual, la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento reciente, sintéticamente concluyó que, “[...] la transacción como tal es un mecanismo auto compositivo de conflictos, en virtud del cual «las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual», que por su carácter contractual está sometido a las reglas de eficacia y validez de los negocios jurídicos”³².

5. UBICACIÓN DE LA FIGURA DE LA TRANSACCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CODIFICACIÓN CIVIL

Ahora bien, en lo que dice relación con su ubicación metodológica en los Códigos Civiles de los distintos ordenamientos jurídicos, en general, conviene acotar que no existe uniformidad, habida cuenta de lo intrincada y también polifacética que resulta la transacción, a la par que de la convergencia de criterios diversos, en sí mismos respetables, por parte de los codificadores (ANDRÉS BELLO, DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, TRISTÁN NARVAJA, etc.), lo cual explica, inicialmente, la existencia de cuatro tratamientos metodológicos disímiles, a saber³³:

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. SC418-2018 de 1º marzo 2018, rad. 2011 00434. Cfr. JOSÉ ARMANDO BONIVENTO J., *Obligaciones*, Bogotá, Legis, 2017, pág. 414.

³³ RAMÓN PIZARRO y CARLOS VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones* 3, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pág. 587.

- El que se inclina por regular la transacción como un contrato nominado, además de típico; este es el caso de la mayoría de los códigos, a emulación del modelo francés, que, se sabe, comulga con una visión del acuerdo *transaccional* entendido como un negocio jurídico de naturaleza típicamente contractual. Así lo hacen el Código Civil de México (art. 2944), el de Venezuela (art. 1713), el de Chile (art. 2446), el de España (art. 1809), el de Uruguay (art. 2147), el de Alemania (art. 779) e Italia (art. 1965), entre varios, incluido el colombiano, sin perjuicio de anotación posterior.

Criticán esta posición quienes, a su juicio, consideran que la transacción no es un auténtico o genuino *contrato*, sino que, por el contrario, es hijo de una naturaleza o progenie diversa, ora porque no crea obligaciones, *stricto sensu*, ora porque en realidad se trata de actos conexos o coligados, o simplemente porque en ella no concurren y, por ende, no tienen presencia los elementos propios de todo contrato.

- Algunos pocos Códigos siguen esta última tesitura y sitúan entonces a la transacción en el acápite correspondiente a los negocios jurídicos, *in genere*, pero no en la que regula los acuerdos contractuales, *in concreto*. Así, los ordenamientos abanderados de esta concepción “[...] han considerado que el lugar más adecuado para legislar sobre la transacción es la parte general, dentro de la *sección* de los actos y hechos jurídicos, como figura convencional extintiva de cualquier tipo de relación jurídica [...]”³⁴.

- Otras codificaciones, a su turno, de acuerdo con el carácter o naturaleza extintiva asignada a la transacción, la clasifican como un modo de extinguir las obligaciones y, en consecuencia, la sitúan en la esfera de la teoría general de la relación jurídica obligatoria (el Código Civil de Brasil, por ejemplo).

Los que censuran esta metodología lo hacen con fundamento en que, en su opinión, no es de la esencia de la transacción el que ella extinga obligaciones, habida consideración de que puede celebrarse un acuerdo de transacción cuyas concesiones recíprocas no incluyan, en principio, la extinción —ya sea total o parcial— de una relación jurídica obligacional. Así, sostienen que el carácter extintivo de la transacción, rectamente entendido, se predica del *pleito o el litigio pendiente o futuro*, mas no necesariamente de una obligación, como tal.

³⁴ *Ibid.*

- Finalmente, hay legislaciones que adoptan un esquema mixto, en el que se sitúa a la transacción, por una parte, en el acápite correspondiente a los contratos y, por la otra, en la sección que regula los modos de extinguir las obligaciones. Así sucede, con los Códigos Civiles chileno, colombiano y ecuatoriano.

También es muy diversa la técnica legislativa de cada codificación, en particular; así, hay algunas legislaciones que dedican treinta o más artículos a la regulación de la figura, como el Código Civil argentino u otros, como el Código Civil francés o el Código Civil colombiano, solamente destinan entre quince y veinte artículos a los aspectos fundamentales de la transacción. El Código alemán la regula solamente en un artículo, y en el vértice enteramente opuesto, el Código suizo de las Obligaciones, no la regula y desarrolla, en forma expresa.

También es diversa la forma en que se ha abordado en el derecho del *Common Law*, en el que se atribuye un significado diferente a la transacción, como quiera que se le concibe como uno o varios “[...] actos o acuerdos que tienen alguna conexión entre ellos, en los que más de una persona se ve involucrada y por virtud del cual se produce una modificación en el mundo jurídico [...]”³⁵. Con esta perspectiva, la transacción permea, en general, todo el ámbito del derecho contractual anglosajón.

Así las cosas, nótese entonces que la metodología y la técnica con que buena parte de los ordenamientos jurídicos del orbe regulan la transacción distan mucho de la univocidad y homogeneidad, habida cuenta de que la abordan a partir de múltiples y disímiles ángulos, lo cual obedece, se itera, a la caracterización y proyección tan heterogénea y diversa de la transacción, signada “[...] por su rostro esquivo y fugitivo [...]”³⁶, motivo que dificulta su encuadramiento o inserción en un molde específico y único. Lejos pues se está, en esta materia, de la unanimidad, o por lo menos, de la pervivencia de un esquema que goce de arraigada, generalizada e indiscutida acogida. Con todo, si de establecer tendencias se tratare, hay que reconocer que la idea de concebir a la transacción como contrato es la más extendida.

³⁵ HENRY CAMPBELL BLACK, *Black's law dictionary*, St. Paul (Minn), West Publishing Co, 1951, pág. 1668. Baker v. S.A. Healy Co., 302 Ill. App. 634, 24.

³⁶ ANTONIO MOXÓ RUANO, “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, *op. cit.*, pág. 673.

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRANSACCIÓN

Objeto de acerada discusión, por demás reiterativa en los distintos estudios teóricos de la transacción, como se ha pincelado, es la naturaleza jurídica que reviste la figura en comentario³⁷.

Y es que esta no es una cuestión exenta de acentuada controversia, como quiera que indagar por la naturaleza jurídica de la transacción, *grosso modo*, es indagar por la genuina esencia del acuerdo *transaccional*, es decir, por lo que resulta vertebral, desde un punto de vista jurídico, de la figura en referencia³⁸. Por eso entonces no se trata de una cuestión de poca monta, o simplemente de gimnasia intelectual. Muy por el contrario, la labor de establecer la mencionada naturaleza jurídica consiste, términos más, términos menos, en hallar su médula, esto es, aquello que, en ninguna circunstancia puede faltar, lo cual, huelga decirlo, es de incontestable complejidad, en tratándose de una figura tan variada, como se anticipó³⁹. No es,

³⁷ Dentro de las múltiples obras que estudian el acuerdo *transaccional*, la gran mayoría de ellas, es cierto, dedican un acápite especial a dilucidar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la transacción, definición que es de suma importancia si se tienen presentes los efectos prácticos que la adopción de una u otra concepción trae consigo; precisamente por ello, el profesor PELÁEZ sostiene que “[...] la naturaleza constituye uno de los puntos más controvertidos en la teoría de la transacción. Independientemente de la postura que adoptemos no podemos desconocer una realidad: la transacción es una especie de forma apta para contener las más variadas prestaciones y contenidos [...]”. (FRANCISCO PELÁEZ, *La transacción. Su eficacia procesal*, op. cit., pág. 91). JORGE CARRERAS LLANSANA expresa igual opinión; a su juicio, “[...] por su propia naturaleza, que podríamos llamar atípica, la transacción permite incluir en su seno una gran variedad de figuras contractuales [...] sin que por ello pierda su naturaleza transaccional [...] la transacción aparece entonces como un plus, por el que las partes robustecen y definen las otras figuras contractuales [...]”. (JORGE CARRERAS LLANSANA, “La solución de conflictos”, en *Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Comerciales, Ministerio de Economía y Comercio, 1981, págs. 322-323).

³⁸ El *Diccionario de la Lengua Española* define la naturaleza de algo, como la “[...] esencia y propiedad característica de cada ser [...]”. Así, la búsqueda de la naturaleza jurídica del instituto objeto de análisis implica preguntarse qué es lo que jurídicamente resulta imprescindible y omnipresente en cualquier forma de transacción; cuestión que, se itera, es de suma dificultad cuando se trata de una figura de tantas aristas, como la estudiada.

³⁹ Sobre la importancia de la indagación en torno a la naturaleza jurídica de la transacción, sostiene la profesora TAMAYO HAYA que “[...] es de resaltar la trascendental importancia que este debate en torno a la naturaleza de la transacción tuvo y tiene a lo largo de la historia, no ya como una cuestión teórica o abstracta, sino como un aspecto

por tanto, un ejercicio meramente teórico, por relevante que pueda resultar en la esfera dogmática, sino de indiscutida incidencia práctica, de manera que su concreción tiene asignados específicos y autonómicos efectos.

Es así que, mientras que algunos sostienen que se trata de un auténtico contrato de prestaciones correspectivas, otros afirman que se trata de negocios jurídicos unipersonales que, aunque coligados o conexos, son jurídicamente independientes⁴⁰; pero la controversia no finaliza allí, puesto que sobre la naturaleza de la transacción, se discute también si esta es o no un título que presta mérito ejecutivo para acudir ante la jurisdicción con el propósito de exigir el cumplimiento de las obligaciones de ella emanadas, y también se controvierte si se trata, en rigor, de un acto dispositivo, constitutivo, traslativo, o meramente declarativo. Todas estas indagaciones no solamente irradian sus efectos en el plano de la teoría general de la transacción, sino que influyen, decididamente, en su aplicación práctica y, por contera, en su utilización en el tráfico jurídico, conforme se esbozó. Precisamente por ello, a continuación, realizaremos algunas someras consideraciones en torno a estos interrogantes.

A) *¿Es la transacción un contrato o una serie de negocios jurídicos unipersonales conexos o coligados?*

Esta duda surge con ocasión de las reflexiones que FRANCESCO CARNELUTTI, con diáfana claridad, otrora expuso en su artículo intitulado

del que se quieren derivar numerosas consecuencias prácticas de gran envergadura (así, por ejemplo, hablar de una naturaleza declarativa o de la permanencia del título anterior puede tener consecuencias en orden a la novación, responsabilidad por evicción, resolución por incumplimiento, aplicabilidad de cláusula penal [...]). De ahí que ahora nuestra investigación se centre en los problemas que la misma produce, no tanto por las disquisiciones teóricas que podamos realizar por las consecuencias que puedan derivarse, en su caso, de la adopción de una determinada postura. En efecto, intentar definir su naturaleza jurídica nos es útil desde el momento en que nos permite alcanzar resultados prácticos capaces de disipar muchas de las dudas existentes sobre el tema [...]". (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 247).

⁴⁰ El profesor HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ reconoce, de antemano, el carácter variopinto de la transacción, advirtiendo, que su calificación no se puede agotar en el hecho de afirmar que se trata de un acuerdo contractual, pues, como lo evidencia el propio Código Civil colombiano, a esta figura se le puede también abordar como un modo de extinguir las obligaciones, lo que revela y también confirma la complejidad que su estudio reviste (HERNÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010, pág. 1288).

“La transazione e un contratto?”, en el que expuso que la transacción no podía ser vista como una modalidad contractual específica, porque, en su esencia, no existe verdaderamente un asentimiento homogéneo sobre un objeto común —*duorum in idem placitum consensus*—⁴¹; por el contrario, dice, lo que sucede en la realidad es que cada una de las partes en contienda, por medio de un negocio unipersonal, esto es, que se perfecciona con la mera manifestación de una sola voluntad, renuncia parcialmente a parte de sus pretensiones, a la par que reconoce, también parcialmente, las pretensiones de la contraparte en la controversia, todo lo cual, claro está, realiza bajo la condición de que dicha contraparte actúe de la misma manera: renuncie a aquella parte de su pretensión que la otra no quiso reconocer, y reconozca la pretensión contraria en aquello que la otra parte no quiso renunciar⁴². Por tanto, se trataría de dos actos que, como implican renunciaciones y reconocimientos, son, estrictamente, actos unipersonales que recaen sobre objetos diferentes, pero que están condicionados a que la otra parte haga lo propio; en pocas palabras: se trataría de negocios jurídicos unipersonales, conexos o coligados⁴³.

⁴¹ FRANCESCO CARNELUTTI, “La transazione e un contratto?”, en *Rivista de Diritto Processuale*, t. VIII, 1953, págs. 13 y ss. El profesor PELÁEZ expone la tesis del profesor CARNELUTTI con claridad, en los siguientes términos: “[...] la contractualidad de la transacción ha sido puesta en duda por CARNELUTTI, en un artículo donde expresaba sus objeciones frente a la doctrina mayoritaria y el derecho positivo. La postura carneluttiana se basa en esencia en que no se da en la transacción el *duorum in idem placitum consensu* y que no es bilateral. Las dos partes de la transacción, renunciando parcialmente a la pretensión, y, parcialmente reconociéndola, no quieren la misma cosa; los dos negocios son heterogéneos, no homogéneos. La renuncia y el reconocimiento están recíprocamente condicionados; la renuncia al reconocimiento y el reconocimiento a la renuncia. La tesis se ve más claramente pasando al campo de las recíprocas concesiones, que crean, modifican o extinguen relaciones distintas de aquella que ha formado objeto de la pretensión y negación de las partes. Así, señala CARNELUTTI que: si Ticio reclama a Cayo el pago de un crédito; Cayo resiste; después transigen con la renuncia de Ticio a la pretensión, ya que Cayo renuncia a su vez a la pretensión de pago de un crédito contra Sempronio. No hay *consensus in idem*. O bien, Ticio renuncia a la pretensión de pago de un crédito contra Cayo a condición de que Cayo le done su casa. La transacción, pues, consiste en la combinación de dos negocios condicionados, de los cuales uno en todo caso es la renuncia total o parcial a la pretensión sustentada en la litis, o el reconocimiento total o parcial de la misma pretensión [...]”. (PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 9).

⁴² *Ibid.*

⁴³ CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 13. Acerca del alcance y noción de este tipo de contratos, véase la sent. de la C. S. de J. de 18 septiembre 2007, con ponencia del suscrito.

Un ejemplo del propio maestro italiano ilustra la mencionada tesitura con mayor claridad: supóngase una eventual controversia entre Cayo y Ticio, en la que el primero cree tener derecho a 100 reses del segundo, mientras que este cree, por su parte, que es Cayo quien le debe 30 conejos; en tal caso, la transacción se configuraría en la práctica si, por ejemplo, Cayo renunciara a 20 de las reses que, a su juicio, le debe Ticio, recibiendo solo 80, pero reconoce también que debe a Ticio 10 de los conejos que este reclama; mientras que Ticio, en contrapartida, reconoce que debe a Cayo 80 reses (reconoce la pretensión contraria en aquello que Cayo no quiso renunciar) y renuncia a los otros 20 conejos que Ticio no reconoció. Nótese que, en opinión del autor, no hay pues un consentimiento sobre un objeto común: lo que habría serían dos actos unipersonales de renuncia y reconocimiento recíprocamente condicionados.

Pero la exposición del profesor CARNELUTTI, con todo el respeto que nos merece y que le merece a la dogmática contemporánea, en general, a nuestro juicio no resulta de recibo, habida consideración de que en ella se olvida un aspecto estructural, amén que definitivo, en la controversia materia de estudio, cual es precisamente el relativo a la verdadera dirección en que debe hacerse el examen del asentimiento; en efecto, la declaración de voluntad en el contrato de transacción, no se hace cognoscible solamente en aquellos aspectos sobre los cuales las partes ceden en la polémica o fragor del acuerdo negocial. La verdadera y completa expresión de la *voluntas*, por demás locuaz y palmaria a partir de un análisis global de la conducta e intención de las partes —*communis intentio*— al transigir, gira en torno a su voluntad en cuanto a poner fin al litigio pendiente o precaver el litigio eventual mediante unas concesiones recíprocas, sobre las cuales, valga acotarlo, también consienten⁴⁴.

⁴⁴ Esta posición, contradictoria respecto de la tesis del profesor CARNELUTTI, es sostenida, además que por ANTONIO GULLÓN, por otros autores modernos. Así, MOXÓ considera que se trata de un arquetípico contrato, razón por la cual afirma que “[...] los que hacen de la transacción un sucedáneo del acto de jurisdicción (RISCH) la sitúan en la parte general, y aún podrían dejarla fuera del derecho civil. También en la parte general puede colocarse si se atiende a su múltiple contenido (el mismo RISCH) o se la considera como tutela o autoprotección de los derechos subjetivos. O, a semejanza de la donación —otra figura equívoca—, como hechos concretos de atribución patrimonial, precisión hecha de si generan o no obligaciones (BEKKER, UNTERHOLZNER). Encajada en la amplia categoría del negocio jurídico se ha catalogado en la innocua clase de los negocios liquidatorios, o en la más expresiva de los llamados de fijación o accertamento. VON THUR y ENNECCERUS, entre los negocios declaratorios, en oposición a los que suponen atribuciones patrimoniales. Pero la inmensa mayoría de legislaciones y autores la tratan

En otros términos, y como a la sazón lo dijo el profesor ANTONIO GULLÓN, las partes en el acuerdo de transacción consienten en cuanto a que desean hacer cesar cualquier posibilidad de litigio o controversia judicial, mediante unos medios específicos o concesiones recíprocas: es ese, en puridad, el punto sobre el cual se asiente y, por ende, consiente y, en consecuencia, es esa la base o sustrato del acuerdo transaccional, sin necesidad de acudir a una visión reduccionista de tal acuerdo, de suyo más dilatado y omnicompreensivo, a lo que es menester agregar, *stricto sensu*, que las concesiones en cuestión, que las dejaciones en comento, son fruto de una negociación concertada y no de la floración de actos unipersonales, desconectados o insulares. Al fin y al cabo, forman parte de la cadena o tejido transaccional.

Así las cosas, no es dable afirmar que la transacción se integra a partir de negocios jurídicos unipersonales en los que no media consentimiento alguno, como quiera que, en la realidad, se reitera, sí hay un genuino acuerdo de voluntades para terminar el litigio pendiente o precaver el eventual, lo que genera que el negocio sea pluripersonal y el fruto de un armónico intercambio volitivo, manantial del aludido consentimiento.

Entendido así, resulta patente que en el caso de la transacción, media, sin lugar a dudas, un acuerdo o concurso de voluntades individuales —que no aisladas o divorciadas— en lo tocante a la extinción o la evitación del litigio pendiente o de uno futuro y con los medios o concesiones en cuya virtud las partes acceden a no acudir al aparato judicial o a no continuar con la litis, según las circunstancias. Sobre este punto, en particular, convergen las voluntades correspondientes, manifestadas por cada una de las partes en la negociación y, en consecuencia, alrededor de él aflora

como contrato [...]”. Moxó, *op. cit.*, págs. 673-674. El profesor LUIS MARÍA REZZÓNICO, a su turno, afirma que “[...] dentro de los actos jurídicos y del concepto amplio del artículo 1137, la transacción ofrece los caracteres de un verdadero contrato [...]”. (LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Manual de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1959, pág. 320). En el mismo sentido se pronuncia el profesor VALVERDE, para quien la discusión entre si la transacción era un pacto o contrato estaba zanjada en la actualidad (optando por la opción de contrato), razón por la cual era una controversia que solo tenía interés, a su juicio, para los romanistas (CALIXTO VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, t. III, Valladolid, Edit. Cuesta, 1974, págs. 703-704). Al respecto, con una perspectiva histórica, JUAN IGLESIAS, revela cómo en el derecho clásico ya se consideraba que la transacción era un contrato (JUAN IGLESIAS, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1979, págs. 454-456).

el consabido consentimiento, base y nervio del contrato de transacción, al igual que de todos los contratos, en general.

Por consiguiente, no cabe duda de que mediando un acuerdo volitivo, directa y reflexivamente encaminado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, como sucede en el caso de la transacción, esta pueda calificarse como un prototípico contrato. De allí que si las partes consienten extinguir un litigio *in actus* o *in potentia*, mediante concesiones recíprocas, resulta meridiano que con ello extinguen, modifican y, eventualmente, crean relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial (v. gr., obligaciones) y, por contera, resulta también patente que ese acuerdo de voluntades, en armonía con lo señalado, constituirá entonces un auténtico contrato, inmerso en el cosmos jurídico.

Dicha conclusión no se altera, so pretexto de la lectura limitativa que algunos autores le asignan al contrato, en sí mismo considerado, como típico generador de obligaciones, únicamente, pero en caso alguno respecto de la modificación o extinción de ellas, cometidos que, de por sí, expresan, no le son propios, en razón de que ellos le atañen a la convención, que funge de género, u a otra figura, si se prefiere, pero no al *contractus*, dueña de una misión específica: generar obligaciones, nada más. Por restrictiva, respetuosamente no podemos suscribir tal argumentación en atención a que, de acuerdo con una generalizada tendencia contemporánea, a la que adherimos, el contrato es polifuncional y, por tanto, llamado a cumplir diversas misiones, de suerte que su arquitectura no se agota en el plano gestacional, sino que sirve igualmente para la modificación como para la extinción de relaciones jurídicas, no siendo necesario acudir, por lo menos ahora, al manido binomio “contrato” y “convención”, como ejes autónomos, con tareas disímiles⁴⁵.

⁴⁵ En la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, en punto tocante a la naturaleza contractual de la transacción, se afirma que “[...] nosotros, que asignamos al concepto de contrato un ámbito amplio, comprensivo tanto del acto jurídico bilateral que hace nacer como del que transforma, o extingue obligaciones, consideramos que la naturaleza jurídica de la transacción es contractual. En efecto, compartiendo la tesis de SPOTA, pensamos que contrato es el acto jurídico bilateral y patrimonial. Por lo tanto, la transacción que es acto jurídico bilateral y patrimonial, es un contrato. Nuestro Código establece en su artículo 832 que «la transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, habiéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas» [...]” (BERNARDO LERNER; MANUEL OSORIO Y FLORIT; CARLOS OBAL; ALFREDO BITBOL, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, pag. 342). MOXÓ, *op. cit.*, pág. 674. En el mismo sentido se pronuncian los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN, para quienes “[...] la transacción es siempre un contrato [...]” (*op. cit.*, pág. 426); J. M., SANAHUJA, *Consideraciones sobre*

Efectivamente, ni el Código Civil, ni el Código de Comercio colombianos, escoltados por autorizada doctrina nacional, ni en el derecho comparado, en general, se admite —a rajatabla— tal diferenciación. Todo lo contrario, en virtud de la importancia, dinámica y fuerza asignada al contrato, sobre todo en los tiempos que corren, sin hesitación uno de los pilares sobre los que descansa la ciencia del derecho, en desarrollo de la autonomía privada, diamantino reconocimiento de la iniciativa de los particulares, vital en todas las democracias. Por eso es que posturas reduccionistas no se acompañan con el protagónico papel asignado al contrato, tanto en el ámbito jurídico, como en el social y en el económico, de suyo en auge, en todos ellos.

Sobre el particular, sea lo primero recordar que una parte de la doctrina sostiene que en el régimen jurídico colombiano, dada la confluencia de distintas ideologías jusprivatistas, se consagran diferentes definiciones del concepto de *contrato*, según si se está frente a un asunto civil o comercial así, dicen los defensores de esta tesis, en el régimen civil se entiende por contrato todo *acuerdo de voluntades destinado a generar obligaciones*⁴⁶, mientras que en el régimen comercial se le define como un *acuerdo de voluntades destinado a constituir, regular o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial*. Esta distinción, además de otras tantas implicaciones, conduce a que en materia civil, quienes defienden esta tesis, el contrato sea una especie de las convenciones, en general, al paso que en materia comercial, contrato y convención son sinónimos.

En efecto, sostienen los abanderados de la teoría en comento, que *convención* es todo acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, razón por la cual, si se concibe el contrato como un acuerdo de voluntades destinado a generar obligaciones, este será, lisa y llanamente, una especie del género de las convenciones, las cuales, en tanto acuerdo de voluntades, tienen un

la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea, Madrid, Editorial Revista Derecho Privado, 1945, pág. 231; BUTERA, en *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di MARIANO D'AMELLO, pág. 274.

⁴⁶ El art. 1495 del C. C. dispone lo siguiente: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Esta definición, como se examinará en un aparte posterior, ha sido criticada por la doctrina nacional, por lo que se propone una definición diferente. C. S. de J., sents. de 19 febrero 2003, exp. 6571; 22 junio 1995, exp. 4227; GUILLERMO OSPINA y EDUARDO OSPINA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 43.

espectro mucho más amplio que el de los contratos, porque no solo crean obligaciones, sino que constituyen, modifican o extinguen cualquier clase de relación jurídica patrimonial. Por el contrario, si se entiende al contrato como un acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de carácter patrimonial, como justamente lo entiende el régimen comercial, resulta claro que, en tal sentido, contrato y convención serán expresiones sinónimas.

Como se esbozó, hay que manifestar que, respetuosamente, nos distanciamos de dicha tesis, como quiera que, en nuestro entender, es artificiosa la distinción entre contrato y convención. Los dos conceptos, en la legislación civil —como muestra el art. 1495 del C. C. colombiano— y en la comercial, son teleológicamente simétricos, *stricto sensu*, razón por la cual el debate separacionista, así planteado, es inconducente y contrario a la legislación positiva, tanto vernácula, como foránea, pues a la transacción se le reconoce el *status* de contrato.

Además hay autores de reconocida trayectoria en el derecho civil, como son, sin duda, los hermanos MAZEAUD, que van más allá al afirmar que la naturaleza contractual de la transacción se hace evidente por el simple hecho de generar, el acuerdo transaccional, una obligación muy concreta: la obligación de no alegar por la vía judicial el asunto sobre el cual ya se transigió, obligación de no hacer que, en opinión de los citados autores, emana de la negociación en referencia, como tal suficiente para erigirlo en un indiscutido contrato, aun de cara a la tesis más restrictiva⁴⁷.

Vale la pena agregar que esta posición en la que se le asigna al acuerdo transaccional naturaleza contractual, es la que legal, jurisprudencial y doctrinalmente campea en el ordenamiento jurídico patrio; así, el ya citado artículo 2469 del Código Civil colombiano define a la transacción como un contrato y luego agrega que “[...] no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia a un derecho que no se disputa [...]”; en el mismo sentido, potísima y abundante jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reafirmado la posición en comento. La doctrina, en su gran mayoría como en su oportunidad se expuso, define también a la transacción como un contrato —bilateral—, afirmando que el consentimiento en este caso en particular gira en torno a la cesación o

⁴⁷ Afirman los hermanos MAZEAUD, que “[...] la transacción es un contrato en el sentido preciso de la palabra; ya que crea una obligación de no hacer: la de no acudir a la justicia o la de no continuar un procedimiento en curso [...]”. (MAZEAUD. *op. cit.*, pág. 619).

evitación de un litigio presente o futuro, mediante las concesiones recíprocas que efectúan las partes.

B) *¿Es el contrato de transacción un modo de extinguir las obligaciones?*

Ahora bien, además de contrato, la transacción constituye, desde un punto de vista estrictamente jurídico-preceptivo, un modo de extinguir las obligaciones, bien entendido, aunque el tema tampoco es pacífico⁴⁸.

En efecto, parte de la médula misma del contrato de transacción consiste precisamente en que mediante este se pueden dar por terminadas, ya sea total o parcialmente, obligaciones predecesoras cuya desaparición o sacrificio integra parte de las concesiones recíprocas a que se comprometen las partes con el propósito de transigir y, evidentemente, con miras a dar por terminada la contienda judicial en curso o aquella que potencialmente podría surgir en el futuro; así, las partes, en un ejercicio de mutuo reconocimiento y recíproca colaboración, optan por *sacrificar* o alterar parcialmente las obligaciones a su cargo y los correlativos derechos de crédito de que gozaban, para que fluya o se desenvuelva el correspondiente acuerdo transaccional.

Lo anterior, claro está, no significa en la totalidad de los casos la transacción se erija como un inequívoco modo de extinción de obligaciones, aun cuando sí lo haga en un número apreciable de casos, en la medida en que en ciertas ocasiones podrá suceder que las concesiones recíprocas sean de naturaleza exclusivamente declarativa y no extintiva —como en el acápite posterior se desarrollará con algún detalle—. Sin embargo, se itera que en la generalidad de los casos las concesiones recíprocas —*aliquid datum, aliquid retentum*— a que se comprometen las partes implicarán la extinción de obligaciones, aunque el concepto de extinción suponga, *de facto*, cierto grado de incerteza, detonante del referido acuerdo transaccional

⁴⁸ Muestra de ello, desde un punto de vista estrictamente legal, es el art. 1625 del C. C. col., de conformidad con el cual se considera la transacción un modo de extinguir las obligaciones. La jurisprudencia ha reconocido también esta doble naturaleza como contrato y como modo de extinguir las obligaciones al afirmar que “[...] [el acuerdo transaccional] se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley considera y trata como una convención y como un modo de extinguir las obligaciones [...]”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 mayo 1966.

Prueba evidente de lo anterior la proporciona el artículo 1625 del Código Civil colombiano, el que literalmente cataloga a la transacción como un *modo de extinguir las obligaciones*, no quedando duda del diseño con que primigeniamente la concibió ANDRÉS BELLO, criterio que también ratifica la doctrina. Así, el profesor HINESTROSA sostiene que “[...] 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. De ahí en adelante la relación entre las partes estará remitida a los términos de la transacción y regida por esta [...]”⁴⁹.

Idéntica posición es defendida por reconocidos autores foráneos, como LÓPEZ DE SANTAMARÍA, o BOFFI BOGGERO, en cuya opinión “[...] mediante la transacción, se extinguen obligaciones litigiosas o dudosas [...]”⁵⁰.

Del mismo modo, los profesores peruanos FELIPE OSTERLING P. y MARIO CASTILLO F., aseveran que, “[...] dado que esta figura supone una relación jurídica previa entre las partes, de la cual ha surgido algún asunto dudoso o litigioso, se trata que por medio de las concesiones recíprocas (que pueden desde luego crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia), se extingan obligaciones mutuas entre las partes. En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura, reside en una extinción de obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esa forma se zanja una discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica como un medio extintivo de obligaciones, lo cual, repetimos, no implica negarle su condición jurídica de contrato, ni mucho menos de acto jurídico”⁵¹.

⁴⁹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 746. Cfr. Tribunal de Arbitramento Occipetrol v. Lukoil. Laudo arbitral de 14 octubre 2009.

⁵⁰ Al respecto, afirma BOFFI BOGGERO, refiriéndose al régimen argentino, que “[...] el artículo 832 indica que, mediante la transacción, «se extinguen obligaciones litigiosas o dudosas». Todo acto jurídico tiene un fin inmediato, y la transacción, acto jurídico, tiene el suyo. El tema se vincula con el objeto, ya que la intención se vuelca en él y le integra, el que alude a las consecuencias, el que se relaciona con los caracteres. En la transacción se producen consecuencias variadas, pero el Código ha hecho mérito en textos expresos del carácter extintivo. Uno es el párrafo transcrito del artículo 832, otro lo constituye el artículo 850, para el que el acto transaccional «extingue los derechos y obligaciones que las partes hubieren renunciado». De todos modos, en la transacción se extingue un estado de incertidumbre y se abre otro de certeza [...]”. (BOFFI BOGGERO, *op. cit.*, pág. 435).

⁵¹ FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, *La transacción*, *op. cit.*, págs. 407 y 408.

No cabe duda, entonces, que en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la transacción, esto es, su autónomo significado y esencia jurídica, además de contrato generador de obligaciones, esta puede también verse, en palmaria consonancia con su diversidad, como modo de extinguir las relaciones jurídicas obligatorias, cuestión que resulta por demás entendible y admisible, si se tiene presente que, en estricto rigor y sana lógica, despojar del efecto extintivo de obligaciones al acuerdo *subexamine*, conduciría, sin lugar a dudas, a la caída en desuso de la figura, porque se limitaría, en forma protuberante, la posibilidad de acordar las concesiones recíprocas a que cada una de las partes se obliga con el contrato.

Con todo, hay que reconocer que la regla, en la *communis opinio* y en la legislación comparada, consiste en considerar la transacción un contrato, es decir, poner acento en su etiología y no en su resultado o desdoblamiento.

C) *¿Es la transacción un acto declarativo, dispositivo, traslativo o constitutivo?*

Para concluir este aparte, no quepa la menor duda de que, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la transacción, el asunto más candente del debate es el que se encamina a determinar si ella es de carácter declarativo, dispositivo, traslativo o constitutivo. Esta cuestión, además de teórica, es especialmente práctica, toda vez que de la respuesta que se le dé al interrogante en mención penderán secuelas de incontestable trascendencia, como la consensualidad plena y, por ende, general, o la solemnidad del acuerdo transaccional y la fijación de su alcance en el tráfico jurídico. Así, como se anticipó, se discute si en todos los casos la transacción extingue obligaciones —en sentido lato—, o si simplemente implica un acto de reconocimiento de una situación en la que, *ab initio*, se hallan las partes.

Sobre este particular, valga decir que a lo largo del devenir histórico de la transacción, en lo capital, han sido cuatro las tesis que, en forma áspera y controversial, han campeado en la escena de la jurisprudencia y la doctrina, a saber⁵²:

- *La tesis declarativa*⁵³ que, en lo esencial, sostiene que mediante la transacción no se crean ni transfieren derechos entre las partes del acuerdo

⁵² Sobre cada una de las teorías en torno a la naturaleza jurídica de la transacción, desde la perspectiva en referencia, *vid.* TAMAYO HAYA, *op. cit.*, págs. 252-329.

⁵³ MOXÓ RUANO realiza una explicación muy detallada de las implicaciones de la teoría declarativa, específicamente de cara a las necesidades de la *praxis* jurídica a las

transaccional, sino que simplemente se consagran una serie de declaraciones *inter partes* en virtud de las cuales se reconoce o declara el verdadero estado de los derechos y de las obligaciones a cargo de cada uno⁵⁴, de suerte que resulta siendo, en sí, una *aclaración negocial* respecto de una o varias relaciones jurídicas determinadas, que siempre serán las mismas⁵⁵.

que responde el contrato de transacción; sobre el particular, *vid.* MOXÓ RUANO, *op. cit.*, págs. 684-689. Cfr. BUTERA, *op. cit.*, pág. 273; FRANCO CARRESI, “La transazione”, en *Trattato di diritto civile italiano*, Filippo Vassalli, vol. IX, t. III, fasc. IX, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1954, págs. 2-5.

⁵⁴ Los hermanos MAZEAUD lo expresan, desde un punto de vista descriptivo (aun cuando no están en un todo de acuerdo con la tesis) con diáfana claridad; así, afirman que “[...] en el derecho francés, la transacción es, tradicionalmente, un acto declarativo, su efecto no consiste en transmitir o en crear derechos entre los contratantes, sino en reconocer la existencia de derechos preexistentes; la transacción no tiene efecto traslativo, sino efecto declarativo [...]”. (MAZEAUD, *op. cit.*, págs. 629-630). Cfr. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958 pág. 136.

⁵⁵ “Se ha discutido mucho sobre el carácter traslativo o simplemente declarativo de la transacción. Frente a la antigua teoría que mantenía el carácter traslativo conforme al aforismo *transigere est alienare*, hoy día prima la opinión de que la transacción no atribuye derechos nuevos, sino tan solo produce el reconocimiento de derechos que ya pertenecía [*sic*] a cada parte y que, por tanto, es un acto puramente declarativo [...]”. (ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, pág. 732). Esta tesis es defendida también por COLIN y CAPITANT. “[...] una característica esencial de la transacción es que no es un acto traslativo, sino declarativo de derechos. Si se supone, por ejemplo, que dos partes que se disputan una herencia, llegan a ponerse de acuerdo en dejarla en manos de una de ellas, a cambio de una suma de dinero que el adjudicatario abonará al renunciante, el beneficiario de esta renuncia será considerado como si siempre hubiera sido el único propietario. Lo que la transacción le ha proporcionado no ha sido la herencia, sino el desestimiento [*sic*] de su adversario [...]”. (COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 989). Por su parte, Díez-PICAZO y GULLÓN, sostienen que “[...] al dirimir el litigio o controversia, la transacción declara, fija y da certeza de las relaciones jurídicas existentes entre las partes o, lo que es lo mismo, la transacción posee un valor declarativo o de fijación [...] a nuestro juicio, la transacción no constituye una nueva fuente de la relación jurídica, sino que coexiste con la antigua fijándola o aclarándola. Frente a los terceros, en cambio, la cosa varía. Por regla general puede decirse que, de la misma forma una sentencia no afecta por principio a los terceros que no han litigado, tampoco la transacción les es oponible, ni puede perjudicar sus derechos. Sin embargo, los terceros pueden legítimamente considerar la transacción como existente en sus relaciones con las partes y considerar que mediante ellas las partes han creado entre sí una nueva relación jurídica [...]”. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 427).

En ese sentido, dispone el artículo 2160 del Código Civil uruguayo que “por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen los derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella recae. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que lo hace a garantizarlas, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni importa un título propio en qué fundar la prescripción”. Idéntica disposición contiene el artículo de la codificación brasilera en su artículo 843, a cuyo tenor en la transacción “[...] solo se declaran o reconocen derechos”.

GULLÓN comulga con esta idea, al afirmar con precisión que, “[...] la función convencional de la transacción se ciñe a la fijación convencional de los derechos por obra de las partes, que declaran con un valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida. Viene a ser la transacción una nueva fuente de la relación, no en el sentido de que sustituye una nueva, sino que coexiste con ella aclarándola [...] lo que sucede es que en la transacción se refunde o se repite la fuente primitiva y la relación de ella dimanada una vez despojada de toda incertidumbre que le daba la controversia [...]”⁵⁶.

SANAHUJA, por su parte, sostiene que “[...] por la legalidad de su esencia, la transacción es declarativa [...] en ese sentido, la doctrina, desde hace tiempo, ha rectificado el viejo aforismo *transigere es alienare*, basada en que la transacción es en el fondo una verdadera enajenación de derechos, de cosas, realizados por las concesiones mutuas. La mayoría de los autores modernos estiman que la transacción es un acto declarativo de derechos, fundándose en que en ella no hay intención recíproca de transferir y adquirir la propiedad, sino de renunciar a una pretensión sobre una cosa o derecho determinado [...]”⁵⁷.

Este criterio, que además de mayoritario en la actualidad, de vieja data ha sido sostenido por la doctrina a partir del siglo XVI como una reacción al feudalismo, particularmente al llamado “retracto feudal”, el *profit de vente* y el *profit censuel*⁵⁸; así, autores como TIRAQUEAU, HAINUT y MOXÓ,

⁵⁶ ANTONIO GULLÓN, *La transacción*, op. cit., pág. 71. Cfr. Moxó, op. cit., págs. 686-687.

⁵⁷ SANAHUJA, op. cit., pág. 235. Vid. Moxó RUANO, op. cit., pág. 684.

⁵⁸ Al respecto afirma GULLÓN que “[...] va a ser en Francia y en su siglo XVI donde y cuando, como consecuencia de la reacción apasionada contra la feudalidad, se convierte la transacción en puramente declarativa para evitar determinados derechos feudales. *D'Argentre* “pasa por ser el sostenedor más decidido de la teoría declarativa. Al comentar el artículo 166 de la Costumbre de Bretaña, se dice: *sed ego sic judico ne tum*

en consonancia con reiterativa doctrina contemporánea, consideran que, en efecto, la naturaleza y esencia misma de la transacción constituye simplemente en declarar —tal vez, en sentido más figurado, aclarar— el verdadero alcance de los derechos sobre los cuales se transige, sin crear, modificar o extinguir relación jurídica alguna, sino simplemente, precisando o delimitando lo que anteriormente era difuso, controversial, incierto y, en consecuencia, virtualmente diverso⁵⁹.

Nótese, además, que en tratándose de un acto declarativo, según esta tesis, la transacción tendría un efecto retroactivo; así, “[...] en principio, todo acto declarativo tiene efecto retroactivo, o sea, el derecho preexistente que se reconoce surte efectos no desde el acto declarativo sino desde la fecha en que se originó ese derecho. En consecuencia, la transacción de carácter declarativo tiene efecto retroactivo. Y por lo mismo, los derechos reales constituidos sobre el inmueble disputado por la parte que en virtud de la transacción es reconocida como propietario de él, quedan a firme, se confirman y consolidan, y los constituidos por la otra parte se desvanecen y anulan [...]”⁶⁰.

quidam videre novum titulum tribui, sive dimittatur res sive transferatur se eum qui rem ese transactione abtinuit, rem habere videri, ex eo titulo quem in lite deduxerant el allegaverat [...] para el jurista francés, quien obtenía una cosa por transacción parecía obtenerla por el mismo título que alegó [...]”. (GULLÓN, *op. cit.*, pág. 57).

⁵⁹ Cfr. MOXÓ RUANO, *op. cit.*, págs. 678 y 686; los hermanos MAZEAUD explican acerca del surgimiento de la teoría traslativa que “[...] los juristas del antiguo derecho pusieron en claro ese carácter para evitarle a las partes el pago del impuesto de transmisión. Han dado de ello la siguiente explicación: por renunciar una parte a su pretensión, el derecho de la otra, que existía con anterioridad y que tan solo estaba encubierto por esa pretensión, se afirma retroactivamente: la transacción reconoce ese derecho, lo afirma, lo declara; no lo crea: *non est titulus, sed tituli confessio* (D’ARGENTRÉ, *Costumbre de Bretaña*, cap. II, art. 266); no lo hace adquirir; se limita a ponerle fin a la controversia: *sola liberatio controversiae* (DUMOULIN, *Comentarios sobre la costumbre de París [...]”*. (MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 629).

⁶⁰ ANTONIO VODANOVIC, *Contrato de transacción*, Santiago de Chile, Ediar-Conosur, 1985, pág. 37. Los MAZEAUD, aun cuando no suscriben del todo la tesis de la transacción como acto declarativo, como se advirtió, también sostienen el carácter retroactivo, habida cuenta de que en su opinión, “[...] la transacción, por acto declarativo, surte efecto retroactivo. Los derechos reales que la parte hubiera constituido sobre el inmueble litigioso de que lo declare propietario la transacción quedan, pues, confirmados; y los constituidos por la otra parte, quedan anulados retroactivamente; pero no es cierto sino en las relaciones de las partes entre sí, por ser inoponible la transacción a los terceros [...]”.

Ahora bien, circunscribiendo lo examinado al caso colombiano, conviene agregar que la Corte Suprema de Justicia, mediante potísima y reiterativa jurisprudencia, se había inscrito, con algunos matices, en la tesis que aboga por estimar que la transacción era esencialmente un acto dispositivo, tal como lo revelan diversos pronunciamientos desde 1926 hasta 2006, aproximadamente, año en el cual, sin embargo, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria migró de tesitura, pues explícitamente afirmó que “[...] la transacción no es *per se* un acto dispositivo y menos un gravamen. Puede ser que en esto estribe el error. La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver un futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas. Acordados en eso, la transacción es perfecta a los ojos de la ley. La transacción es eminentemente declarativa, en cuanto comporta el anuncio de que ya no se quiere más pendencia, de suerte que si la disputa está judicializada, las partes tienen que someterse a los requisitos que para el efecto establece el Código de Procedimiento Civil, para que el juez decida con conocimiento de causa su aprobación [...]”⁶¹.

Esta posición, disímil frente a la concepción que de antaño, se insiste, había caracterizado a la Corte Suprema, irradia también sus efectos en la órbita práctica, como quiera que, al no constituir en estrictez un acto dispositivo, la transacción se erigiría en un contrato cuya nota saliente sería la consensualidad, regla general en tratándose de negocios jurídicos de derecho privado; así mismo, siendo su efecto declarativo, no es dable considerar la transacción como justo título para la prescripción adquisitiva, habida cuenta de que no es apto, *per se*, para la transferencia de derechos⁶².

• *La teoría traslativa*: de origen mucho más antiguo al de la teoría declarativa, sus cimientos se hallan en el antiguo aforismo romano en virtud del cual *transigere est alienare*, locución cuya inteligencia confiere un efecto netamente traslativo al acuerdo transaccional, el cual, con esta perspectiva, no es visto ya como un contrato que simplemente aclara, acota o precisa los derechos y obligaciones a cargo de las partes, sino como un acuerdo que produce una modificación de la situación jurídica preexistente, dadas las concesiones recíprocas a que se obligan las partes; mutuos sacrificios que “[...] implican siempre disposición, renuncia, desaparición de derechos de cada uno de los patrimonios de los transigentes. A este

⁶¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 2006.

⁶² Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pág. 733; COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 990; MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 630.

respecto, dice CHEVALIER, que las renunciaciones no recaen solamente sobre las acciones o pretensiones, sino sobre los mismos derechos fundamento de aquellas [...]”⁶³. Tesis sostenida también por los hermanos MAZEAUD, que sostienen que la concepción declarativa de la transacción es, en su entender, una concepción muy limitada y artificiosa, cuyo acierto pende de una ficción insostenible en la práctica, cual es la concepción de que la transacción no modifica relación jurídica alguna; dicen los reconocidos doctrinantes franceses que la falsedad de tal idea aflora en la práctica, al comprobar la verdadera intención de las partes, la cual es, por regla general, modificar sus relaciones para precaver un litigio pendiente o futuro y, en consecuencia, no es meramente declarativa sino que, *por el contrario*, es traslativa⁶⁴. En ello parece coincidir ARTURO VALENCIA ZEA: “[...] el contrato de transacción es de enajenación, porque supone transmisión por parte de los contratantes de las respectivas concesiones, que pueden consistir en derechos o en limitación del contenido de ellos [...]”⁶⁵.

• *Teoría constitutiva*: esta tesis sostiene que la transacción, “[...] como todo negocio jurídico, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas. Así pues, en una relación jurídica existente entre las partes que transigen, y que se ha hecho dudosa por la controversia, la transacción sería una forma de modificar o extinguir aquella relación, *creando otra en su lugar* [...]”⁶⁶. Se trata de una concepción sostenida, entra varios, por DOMÉNICO BARBERO⁶⁷, y que tiene también sus raíces en las concesiones recíprocas

⁶³ GULLÓN, *La transacción*, op. cit., pág. 61.

⁶⁴ Expresan estos autores que “[...] en el terreno teórico, resulta difícil suscribir enteramente esta opinión (refiriéndose a la que ve la transacción como un acto declarativo). Por una ficción se le atribuye el carácter declarativo a la transacción, como a la partición. POTHIER lo daba a entender cuando escribía que el contratante «se considera que ha adquirido más bien el desistimiento del juicio que se le seguía sobre esa heredad que esa misma heredad» (*Traité de la communauté*, n. 164). En la medida en que una simple transacción lleva consigo transmisión, es atributiva de derechos. El legislador ha afirmado el carácter declarativo de la transacción: la trata en el terreno fiscal como un acto declarativo [...]”. (MAZEAUD, op. cit., pág. 629).

⁶⁵ ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. IV, De los contratos, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 199. También parece ser la tesis del profesor JORGE CUBIDES CAMACHO, en cuyo sentir la transacción constituye, en principio, un negocio dispositivo (*Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pág. 486).

⁶⁶ GULLÓN, op. cit., pág. 69.

⁶⁷ BARBERO, op. cit., pág. 693. El profesor VODANOVIC la explica en los siguientes términos: “[...] de acuerdo con la concepción del acto constitutivo, si por esencia la transacción importa ceder y retener cada parte alguna cosa, dicho contrato no puede ser

a que se obligan las partes en el acuerdo de transacción; así, considera que dichas concesiones implican la extinción de una serie de relaciones jurídicas primigenias, las cuales son sustituidas por una nueva relación que, en forma nuclear, a modo de *posterius*, está llamada a regular el vínculo existente entre los sujetos que transigen.

Así las cosas, la teoría constitutiva, rectamente entendida, atribuye a la transacción una especie de naturaleza novatoria, como quiera que considera que todo acuerdo transaccional implica, como ya tuvo oportunidad de acotarse, la sustitución de una obligación por otra⁶⁸. Esta posición no es insular en la doctrina foránea, habida cuenta de que no son solamente algunos autores italianos los que la sostienen; muy por el contrario, varios estudiosos de la transacción consideran que parte de su esencia se halla justamente en la novación de las obligaciones objeto de la *litis*; otros, como FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, son más cautos y afirman que, aun cuando no en todos los casos, sí “[...] en muchos supuestos de transacción, lo que sucederá es que una de las partes, prometiendo algo a la otra, evitará o pondrá fin al pleito en que se le reclamara el cumplimiento de una obligación. Y en los supuestos de compromiso, la decisión del tercero fijará una obligación discutida, posiblemente en términos distintos a los de la originaria. En ese sentido observó agudamente SÁNCHEZ ROMÁN que «la novación puede tomar en algún caso las formas especiales de los contratos llamados transacción y compromiso». Y la sentencia de 19 de diciembre de 1969 ha sentado la doctrina de que «la transacción puede hallarse encaminada, no solo a sustituir una relación jurídica incierta o

meramente declarativo de la situación jurídica preexistente al arreglo. A través de las recíprocas concesiones originase una modificación y, por tanto, un efecto constitutivo. Innegable es que a la relación jurídica de pretensiones discordantes, sucede otra armonizadora de las mismas y segura para las partes. La transacción es un acto constitutivo y produce sus efectos, no retroactivamente como el acto declarativo, sino para el porvenir [...]”. (VODANOVIC, *op. cit.*, pág. 36). *Vid.* CARRESI, *op. cit.*, pág. 124.

⁶⁸ Hay quienes rechazan de plano esta teoría, y con razón, como KARL LARENZ: “[...] mediante la transacción se crea una nueva base de acción judicial; pero esto no significa extinción de la relación obligatoria preexistente y que una nueva venga a ocupar su lugar. Por lo tanto, la transacción no persigue —salvo que las partes lo hayan estipulado expresamente— una sustitución de deuda (novación), sino que permite la coexistencia de la relación jurídica preexistente, regulándola de nuevo tan solo en aspectos particulares [...]”. LARENZ, *op. cit.*, pág. 136. Además, y sin perjuicio de anotaciones más refinadas, conviene tener presente que un *animus novandi* no es simple de derivar, pues resulta en sí mismo exigente, dado que debe ser paladino (actuación calificada).

puesta en litigio, sino también a una susceptible de serlo, creándose con ello un nuevo vínculo obligacional sustituyendo al anterior [...] supuesto novatorio [...] admitido hoy por la doctrina y la jurisprudencia [...]»⁶⁹.

• *Teoría dispositiva*: sostenida por el profesor SANTORO PASARELLI, entre otros doctrinantes, afirma que la transacción solamente puede constituir un acto dispositivo, habida cuenta de que implica, necesariamente, la modificación de la situación jurídica sobre la cual versa el acuerdo, esto es, la constitutiva del objeto transaccional, y no otra, dado el alcance restringido y limitado que, como más adelante se tendrá la oportunidad de explicarse, ostenta la transacción⁷⁰. Quienes critican la teoría declarativa, entre ellos LUNA SERRANO, suelen ser muy cercanos a esta posición, la cual, como aflora a simple vista, resulta muy similar, que no idéntica, a la tesis traslativa y a la constitutiva⁷¹.

Importa pues examinar ahora cuál de todas estas tesis es la que, a nuestro juicio, resulta aplicable en Colombia, desde luego teniendo en cuenta la respetable posición esgrimida por la Corte Suprema de Justicia

⁶⁹ FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1984, págs. 354-355.

⁷⁰ FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, *Transazione*, Nápoles, Jovene, 1975, págs. 67 y ss.

⁷¹ Manifiesta el profesor LUNA que “[...] sin duda, para comprender el verdadero significado de la transacción debe ponerse el acento en su indudable alcance dispositivo, que resulta por lo demás claramente de su configuración típica legal y a la afirmación del cual ha aportado SANTORO PASARELLI, convincentes argumentos, en parte poco antes utilizados. En efecto, en cuanto a la transacción cabe decir que, desde luego fija posiciones, pero no porque declare absolutamente nada sobre lo preexistente sino porque solventa la controversia mediante el arreglo dispositivo que suponen las recíprocas concesiones [...]”. (AGUSTÍN LUNA SERRANO, *et al.*, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Edit. Dykinson, 2008). MESSINEO agrega que “[...] según la tendencia que era predominante bajo el imperio del Código Civil abrogado, la transacción sería un negocio declarativo, o sea, que tendría función de declaración de certeza de una situación jurídica controvertida preexistente (una especie de recíproco reconocimiento). Pero se ha opuesto justamente que el hacerse concesiones recíprocas conduce a la modificación, en lugar de a la declaración de certeza, de los derechos y de las obligaciones de las partes; y, por consiguiente, la transacción tiene carácter dispositivo o constitutivo; en efecto, el elemento de las recíprocas concesiones es esencial, para que haya transacción; y, además, ese elemento no es en absoluto subordinado a aquel otro que consiste en la eliminación de la falta de certeza [...]”. (FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, Relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pág. 209).

que, como se tuvo la oportunidad de anticipar, hoy aboga por la teoría declarativa, aun cuando su jurisprudencia no sido uniforme al respecto⁷².

Al respecto, sea lo primero anotar que cuando se pregunta por la *naturaleza jurídica* de determinado instituto en derecho, se indaga, *ab initio*, por la “esencia y propiedad característica” que permanece inmutable e invariable en dicho instituto, como ya se precisó en su momento⁷³. Así, no es dable afirmar que es de su esencia aquello que es circunstancial, eventual o accesorio a él y, en consecuencia, tampoco puede decirse que corresponde a su naturaleza jurídica lo que no es permanente en el instituto.

Debe entonces preguntarse cuáles son los elementos que de forma invariable caracterizan la transacción y, en consecuencia, constituyen la naturaleza del contrato; frente a ello, siguiendo, en lo pertinente, las reflexiones de FRANCISCO PELÁEZ, cuya posición compartimos, consideramos que, en lo que atañe a la discusión en torno a si el acuerdo en cuestión es traslativo, declarativo, constitutivo o dispositivo, ninguna de estas características puede catalogarse como indicativa de la *naturaleza jurídica* del contrato de transacción, como quiera que, en estrictez, habrá que evaluar cada caso en particular para determinar si, en consideración a la forma o manera a como el contrato fue pactado y, evidentemente, a la voluntad real de las partes, el acuerdo transaccional simplemente fue declarativo del verdadero y preciso estado de los derechos y obligaciones entre ellas existentes, o si, por el contrario, implicó la extinción de dichos derechos y obligaciones, o su sustitución, por ejemplo, mediante una novación, lo cual es excepcional pero posible en la esfera jurídica, o, en general, su disposición. Analizando cada asunto en particular, y no elaborando una suerte de regla apodíctica, como tal inflexible, de espaldas al *casus*, erróneamente aplicable a todos los contratos de transacción, se determinará si esa situación en especial era traslativa, constitutiva, declarativa o dispositiva⁷⁴. Así, obsérvese entonces que no siendo una cuestión inva-

⁷² *Vid.* C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 2006. En 2018, en lo pertinente, la Corte indicó que, “Por el carácter dispositivo de derechos que tiene la transacción el legislador le ha reconocido el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada en última instancia (art. 2483 C. C.)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. SC418-2018 de 1º marzo 2018, rad. 2011 00434.

⁷³ Por eso el *Diccionario de la Lengua Española* define la *naturaleza* de algo como “[...] esencia y propiedad característica de cada ser [...]”.

⁷⁴ Esta es también la opinión de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO: “[...] la transacción no siempre tiene el carácter declarativo; también puede comprender actos constitutivos o dispositivos en cuanto sirve para crear, modificar o extinguir relaciones propias de los

riable, inmutable y predicable de toda transacción, no puede afirmarse que uno de tales caracteres o aspectos constituya, efectivamente, parte de la naturaleza jurídica del acuerdo *sub examine*⁷⁵.

En otros términos: no resulta jurídicamente de recibo afirmar, de la generalidad o integridad de los contratos de transacción, que siempre sean dispositivos, traslativos, declarativos o constitutivos —aunque de ordinario sean declarativos—, en la medida en que habrá que estudiar cada caso en particular para determinar cuál fue la real intención de las partes y su verdadero comportamiento contractual, con el propósito de dilucidar si, por ejemplo, lo que procuran es novar las obligaciones anteriores, dando surgimiento a una nueva obligación en virtud de la cual se abstienen de continuar o de iniciar determinado proceso judicial, o si, en forma diversa, lo que formularon es una declaración disipadora de las dudas que existían en torno a los derechos y las obligaciones a su cargo, entre otros supuestos más. Así, siendo diferentes entonces las concepciones a partir de las cuales deberá examinarse en cada asunto la transacción, no es dable

contratos y de los llamados actos constitutivos. No se debe confundir la oponibilidad con la función declarativa. Puede acontecer que la que de la transacción se derive un título traslativo, como cuando el negocio se dirige a disponer de una cosa de la que es dueño uno de los transigentes. La índole dispositiva o el carácter constitutivo deviene fundamentalmente de la creación, modificación o extinción de determinada relación, aun cuando sea posible que apenas sirva para emitir la voluntad de una de las partes declarando algo, que puede ser cierto pero que, al mismo tiempo, genere prestaciones que contengan también disposición de algún derecho; y cuando esto ocurre se opera el fenómeno dispositivo o constitutivo de la transacción. En otras palabras, cuando el sacrificio o la concesión produce la disposición de un derecho, la transacción no sirve de simple declaración de certeza de un derecho, sino para crearlo, modificarlo o extinguirlo [...] en síntesis, la transacción puede ser declarativa o traslativa, de acuerdo con los efectos que produzca. Será declarativa, si apenas se compromete a reconocer una situación, y será traslativa, cuando se encamina a disponer de algún derecho [...]”. (JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO, *Los principales contratos civiles y comerciales*, ts. I y II, Bogotá, Librería del Profesional, 2002, pág. 110).

⁷⁵ Justamente por ello es por lo que el profesor VELÁSQUEZ GÓMEZ, con acierto, afirma que la transacción puede ser declarativa, constitutiva o mixta, sin acoger, inexorablemente, una de las descritas posiciones; al respecto sostiene que “[...] la transacción puede ser meramente declarativa o constitutiva, por lo que, por lo menos desde la perspectiva legal, no son de recibo afirmaciones tajantes que la ubiquen en uno u otro sentido [...]” (se subraya). (VELÁSQUEZ GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 1287). Cfr. PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 111; CARRERAS LLANSANA, *op. cit.*, pág. 323.

afirmar que una de tales concepciones, de por sí, determina la naturaleza jurídica del contrato en comentario, posición que se acompasa, además, con la diversidad misma del acuerdo transaccional⁷⁶ y con algo aún más relevante en la esfera del derecho: el *casus*, de insoslayable valía en la ciencia, como en diversas ocasiones ha manifestado la jurisprudencia y la doctrina. No en balde, en la ciencia jurídica difícilmente puede extremarse todo (o blanco o negro) o pretenderse encasillar la totalidad de los supuestos en una sola arquitectura, forzando lo realmente querido por los contratantes, creando una brecha enorme entre lo acordado *ex voluntate* y la teoría aplicada con carácter absoluto, cualquiera que ella sea.

En realidad, con la perspectiva indicada, *mutatis mutandis*, podría entonces afirmarse que se trata de un contrato proteiforme o de contenido variable, merced a su carácter variado y a su naturaleza variopinta, razón por la cual no se puede hacer encuadrar *ex ante* en determinada categoría, sino que es necesario evaluar cada caso concreto, con el propósito de establecer qué forma asume el acuerdo. Ello evita, como es de suponerse, incurrir en imprecisiones y generalizaciones de cara a un contrato que, como este, reviste múltiples formas y que, en consecuencia, exige un análisis cuidadoso frente a cada asunto en particular, en categorías generales o abstractas que no se correspondan con su realidad y con lo pactado y convenido⁷⁷.

D) ¿Es la transacción un título ejecutivo?⁷⁸

Al respecto, cabe rememorar que a la luz del artículo 422 del Código General del Proceso, título ejecutivo es toda sentencia judicial o arbitral o

⁷⁶ Tiene entonces plena razón ALBERTO TRABUCCHI, que precisamente advierte que en algunos casos la transacción será declarativa, mientras que en otros será constitutiva; en ese sentido, afirma que “[...] para transigir con mi vecino, que pretende tener derecho sobre un terreno situado en una zona intermedia entre nuestras propiedades, puedo darle otro bien cualquiera de mi exclusiva pertenencia. Por tanto, mientras que atendiendo a su fin la transacción tiene carácter declarativo (confirmación de una situación jurídica), en cuanto a su eficacia es, en ocasiones, constitutiva de derechos [...]”. (ALBERTO TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 368).

⁷⁷ Acerca del concepto y significado de los contratos proteiformes o de contenido variable, *vid.* CARLOS IGNACIO JARAMILLO, *Responsabilidad civil médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, págs. 129-134. De igual modo, véase en este trabajo, en sus consideraciones finales, la acendrada importancia que en la ciencia del derecho reviste el “caso”.

⁷⁸ Sobre este particular, *vid.* CARRESI, *op. cit.*, pág. 189.

documento que provenga del deudor y que contenga una obligación clara, expresa y exigible a cargo de este, habilitando así a su correlativo acreedor a acudir ante el aparato judicial y exigir coactivamente la prestación a que el primero se había comprometido. En otras palabras, y como de la propia locución es dable inferir, se trata del título *para la ejecución* —en sentido estrictamente jurídico— del sujeto pasivo de la obligación⁷⁹.

Pues bien, en punto tocante a la transacción, surge la inquietud de puntualizar si este tema de la ejecutabilidad, en el ámbito procesal, concierne a su naturaleza jurídica o, si, por el contrario, ello solamente es predicable de ciertos acuerdos de transacción, o de ninguno de ellos.

Al respecto, una respuesta afirmativa en cuanto a que la transacción puede llegar a prestar mérito ejecutivo es, a nuestro juicio, la más acertada, sin pretender con ello la generalización, siempre y cuando se verifiquen todos y cada uno de los supuestos *ex lege*.

En efecto, sea cual fuere la concepción que se tenga del contrato de transacción, resulta evidente que en virtud de tal acuerdo transaccional las partes pueden acudir ante la jurisdicción para reclamar aquello sobre lo cual se ha transigido, bien por la vía ordinaria, o bien por la ejecutiva, conforme al *casus*, que es el supuesto que sumariamente se examina.

7. PERFECCIONAMIENTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA TRANSACCIÓN

Ahora bien, en lo que atañe a los rasgos que, a la luz de la teoría general de los contratos, singularizan y particularizan al acuerdo transaccional, es menester detenerse, aunque no sea con pretensiones de exhaustividad. Es así como en cuanto a la manera de perfeccionarse el contrato de transacción, la Corte Suprema de Justicia ha puesto de presente que, el contrato de transacción “[...] se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y puede ser comprobado por cualquier medio probatorio [...]. Teniendo carácter consensual y no solemne, puede celebrarse verbalmente

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

o por documento privado o público, de modo que ningún precepto se quebranta cuando se lo consigna por escritura pública. Además y según el tenor del artículo 2469 del Código Civil, la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio [...]”⁸⁰.

Así, de acuerdo con la posición del legislador patrio, de conformidad con la Corte Suprema de Justicia y siguiendo los criterios tradicionales de clasificación de los contratos en Colombia y, en general, en el derecho comparado, puede afirmarse que la transacción es un contrato^{81 y 82}:

• *Típico*, puesto que la codificación civil lo regula de modo detallado y vertebral, a la vez que con arreglo a sus aspectos nucleares, y lo hace expresamente como un tipo contractual específico e independiente, *a fuer* que autónomo. Al respecto, no sobra memorar que “[...] desde un punto de vista genérico, el concepto de tipicidad denota, en el ámbito

⁸⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 mayo 1966.

⁸¹ Sobre estos rasgos generales, afirma el distinguido profesor JORGE CUBIDES CAMACHO que “[...] la transacción es un contrato bilateral porque surgen obligaciones para ambas partes. Es oneroso puesto que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, y es consensual porque se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades [...] por ser un negocio dispositivo requiere que quien lo realice goce de plena capacidad para obrar. Si se realiza a través [*sic*] de mandatario se precisa poder especial, en el cual se deben especificar «los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir» conforme reza el artículo 2471 del Código Civil [...]”. JORGE CUBIDES CAMACHO, *op. cit.*, pág. 486.

⁸² Los rasgos presentados a continuación son los que el profesor PEDRO LAFONT PIANETTA, atribuye a la transacción. Cfr. PEDRO LAFONT PIANETTA, *Manual de contratos*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, pág. 86. Así mismo, FRANCISCO PELÁEZ, afirma que el contrato de transacción es “[...] consensual, bilateral, oneroso, obligatorio y de eliminación de una controversia [...]” (*op. cit.*, págs. 52-57). Por su parte, respecto de la caracterización del contrato de transacción como un contrato típico, bilateral, oneroso y principal, *vid.* C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 junio 2007, exp. 6428; LAFONT PIANETTA, *op. cit.*, pág. 86; VALVERDE *op. cit.*, pág. 703. ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, pág. 732; MOXÓ RUANO, *op. cit.*, pág. 673; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, t. IV, Derecho de Obligaciones, Derecho de la contratación, Madrid, Estudio Tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”, 1899, pág. 949 y BUTERA, *op. cit.*, pág. 273; VELÁSQUEZ GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 1296-1298.

del derecho, aquella particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de «tipos», los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares, que brindan una noción abstracta de dichas realidades, todo ello con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos. De manera que la tipicidad cumple dos funciones significativas: de un lado, la de individualizar los comportamientos humanos y, de otro, la de especificarlos y reglarlos jurídicamente [...] cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina *atípico*. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta [de] que es necesario establecer que su función económico-social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan [...]»⁸³. Pues bien, partiendo de ello, nótese entonces que, en el caso de la transacción, no falta regulación estructural alguna. Muy por el contrario, encontramos un importante acervo de disposiciones en el Código Civil colombiano que regulan el acuerdo transaccional, razón por la cual es un contrato típico.

• *Consensual*, porque se perfecciona por el solo consenso o acuerdo de las partes, aun cuando ello no fue siempre tan diáfano y generalizado, pues hasta 2006, la jurisprudencia y un sector de la doctrina patrias consideraban que la transacción era solemne en los casos en que se refería a derechos cuya disposición revestía determinada solemnidad; así, afirmaba la Corte Suprema que la transacción era “[...] consensual o solemne según se refiera, según el caso, a cosas muebles corporales o incorpóreas o a cosas inmuebles o derechos de la misma naturaleza”⁸⁴ o, en forma aún más palmaria, sostenía que cuando la transacción “[...] se refiere a inmuebles se torna en contrato solemne y para que tenga efectos jurídicos, debe constar por escritura pública [...]”⁸⁵. Todo esto se fundaba en la idea de que el acuerdo transaccional comportaba un acto dispositivo y, como tal, debía entonces observar las formalidades previstas por las leyes para

⁸³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 octubre 2001, exp. 5817.

⁸⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 junio 1980.

⁸⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 1992.

tales actos, particularmente la prescrita por el decreto 960 de 1970. Sin embargo, esta idea fue superada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 26 de mayo de 2006, en la que el tribunal dejó claro que la transacción, en sí misma considerada, no era un acto de disposición ni mucho menos un gravamen, y que, por tal razón, incluso si recaía sobre bienes inmuebles no requería solemnidad alguna; así mismo, la Corte afirmó que exigir determinada solemnidad para el perfeccionamiento del contrato de transacción desconocía por completo la teleología de la institución y su función conciliatoria en el ordenamiento jurídico⁸⁶, posición que había empezado a abrirse camino

⁸⁶ La Corte lo expresa en los siguientes términos: “[...] la Corte piensa que es de la esencia del contrato de transacción la consensualidad, y que, por lo mismo, en ese aspecto ninguna incidencia tiene la clase de bienes sobre los cuales recae. No es sino examinar la regulación que de ella trae el Código Civil para entender que si en ninguna parte aparece exigida solemnidad alguna, es porque el legislador estimó que no era menester, cosa que, como es sabida, ya no cabría entonces sustentar por vía meramente interpretativa. Ampliamente se conoce que en desarrollo de la autonomía de la voluntad y la consiguiente libertad contractual, en principio las partes no tienen más ley que su albedrío, y desean que sus relaciones jurídicas se vean libres de cortapisas, porque precisamente entienden que la esencia del negocio jurídico está principalmente en el quererlo. Lo corriente es, pues, que el consentimiento y el avenimiento en un contrato se exprese del modo más natural que se pueda, si ya no es que una norma, de ordinario por razones de interés público, exige que la voluntad sea comunicada de una determinada manera, como cuando reclama escritura pública, caso en el cual es preciso que el deseo contractual trascienda más allá de lo estrictamente privado, pues habrá que hacérselo saber a un notario en la forma que positivamente se tenga establecido. Si la norma excepcional no aparece, la manifestación del consentimiento será expedita. No cree la Corte, contra el pensamiento de muchos, que tan acendrados principios del derecho privado puedan dar vuelta por la naturaleza de los bienes objeto de transacción. Ciertamente que los bienes raíces han concentrado históricamente una especial atención jurídica; su representatividad en los sistemas económicos, su valor e importancia así lo han aconsejado. Los ordenamientos jurídicos lo han hecho patente, y solícitos se muestran para reclamar que su comercialización esté dotada de cierta seguridad, exigiendo más de una vez que su negociabilidad sea solemne. Así, la compraventa, hipoteca, servidumbre, usufructo, para no citar más que algunos ejemplos. Pero el asunto no puede pasar de ahí. Enfatización esta que se antoja imperiosa, porque existe la propensión de que donde se diga inmueble se dice escritura pública, lo cual, sin norma, según se anticipó, no es veraz. En un tiempo se creyó, verbigracia, que si lo que al mandatario se encargaba recaía sobre inmueble, el propio mandato transmudaba su naturaleza de consensual a solemne, y debía entonces otorgarse escritura pública, cuestión que incluso llegó a sostener la jurisprudencia de la Corte. Hasta que llegó la hora en que esta misma clarificó que una cosa era el mandato (contrato emblemático de la consensualidad) y otra el encargo que

en la Sala de Casación Civil desde finales de 1984, cuando la Corte Suprema aclaró que la transacción sobre herencias no requería formalidad alguna; así, explicó en aquella ocasión que “[...] no se puede confundir la cesión de un derecho de herencia con la transacción de un pleito en el que se discuten derechos que puedan tener relación con aquel. La primera exige solemnidad, puesto que por mandato del artículo 1857 del Código Civil se debe extender a todo acto jurídico de disposición de derechos hereditarios que no es otra cosa que la escritura pública. La segunda, en cambio, ante la controversia, que no supone la afirmación y calificación de una cesión de derecho hereditario sino en vía de su precisión judicial, permite que el negocio que se recoja de la transacción no esté sujeto a la formalidad de la escritura pública. No es lo mismo, pues, disponer de un derecho de herencia, sobre las bases de una sucesión presente, que los derechos que le puedan corresponder si logra un reconocimiento en tal sentido [...]”^{87 y 88}.

implicaba, de modo de pensar que la dos conservan su autonomía y por ende cada cual mira para su lado. Es probable que otro tanto haya acontecido con la transacción. En verdad nada hace descartar que el intérprete, atrapado por la idea que inspiran los bienes raíces, estime que dentro de su labor está el entrar a clasificar las transacciones en solemnes y consensuales, según que comprendan bienes raíces o no, sin parar mientes en que la evaluación de si un contrato ha de escapar a la regla general de consensualidad corresponde al legislador y no al intérprete. Por otra parte, nada hostil a lo que se afirma puede ser el artículo 12 del decreto 960 de 1970, pues si bien es cierto que manda la escritura pública para «todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles», sin olvidarse eso sí de la taxatividad del asunto como da en memorarlo a continuación, no lo es menos que la transacción no es *per se* un acto dispositivo y menos un gravamen. Puede ser que en esto estribe el error. La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas. Acordados en eso, la transacción es perfecta a los ojos de la ley. La transacción es eminentemente declarativa, en cuanto comporta el anuncio de que ya no se quiere más pendencia, de suerte que si la disputa está judicializada, las partes tienen que someterse a los requisitos que para el efecto establece el Código de Procedimiento Civil, para que el juez decida con conocimiento de causa su aprobación. Esta injerencia del juez hace que la transacción dentro del proceso repudie todavía más el exigir unas solemnidades, pues el asentimiento transaccional ha sido dirigido al funcionario y depende de este su aceptación [...]”. C. S. de J., sent. de 26 mayo 2006. Cfr. COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 989.

⁸⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 noviembre 1984.

⁸⁸ Hay ciertas legislaciones que sí exigen expresamente que la transacción se celebre por escritura pública, como cuando se contrata sobre ciertos derechos, como bien lo prescribe, por ejemplo, el artículo 842 del Código Civil del Brasil.

Así las cosas, la consensualidad del contrato de transacción es un atributo que ha sido materia de escrutinio de la Corte Suprema hace ya algunos años —a pesar de la posición dominante que se mencionó—, como quiera que gradualmente ha elucidado la genuina finalidad del precitado acuerdo y, con ello, ha concluido acertadamente que el perfeccionamiento por el solo consenso de las partes es el que mejor se acompasa con dicha finalidad⁸⁹.

Al respecto, recientemente tuvimos ocasión de expresar en el marco del tribunal arbitral convocado por Occipetrol S. A. y Lukoil Ltda., colegiadamente, “[...] que en tratándose de la transacción, al no existir una norma especial que la sujete a una formalidad específica, es de obligada aplicación el principio de la libertad de forma, o de la consensualidad de los negocios jurídicos en el campo del derecho privado, reconocido de tiempo atrás por la jurisprudencia patria y regla general de las manifestaciones de la voluntad en el ordenamiento nacional e internacional; ahora bien, debe advertirse, y ello es toral, que una cosa es el contrato de transacción y otra muy diferente y, por contera, autónoma, son los actos que deban adelantarse con ocasión del contrato de transacción, los cuales sí deberán observar las formalidades que las leyes prescriban en los casos pertinentes. En ese sentido el contrato de transacción es consensual, pero no los actos que los contratantes deban ejecutar para dar cumplimiento al acuerdo, los cuales podrán ser consensuales o no según lo que prescriban las normas que les resulten especialmente aplicables [...]”⁹⁰.

En la esfera doctrinal, la profesora española, SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES, memora que “La ley no exige requisitos de forma para la validez del contrato de transacción, por tanto, es posible realizar la transacción en forma oral [...] El contrato de transacción se caracteriza por ser consensual, ya que se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes

⁸⁹ No toda la doctrina está de acuerdo en que la consensualidad resulte conveniente en punto a la transacción; así, MOXÓ RUANO sostiene que “[...] actualmente todas las legislaciones declaran consensual la transacción [...] pero en la práctica y en la doctrina, la complejidad de este contrato y la trascendencia de sus efectos propugnan su carácter solemne, y no sería injustificado exigirle la forma constitutiva [...]”. MOXÓ RUANO, *op. cit.*, pág. 677. Sin embargo, como tantas veces se ha afirmado, el tema probatorio, de acentuada valía, no se desconoce, es muy otro, de suerte que, sin alterar la existencia del negocio jurídico, se sitúa en un vértice disímil: el de su acreditación, siempre un *posterius*, pero no un *prius*.

⁹⁰ Tribunal de Arbitramento Occipetrol S. A. vs. Lukoil Ltda. Laudo arbitral de 14 octubre 2009, pág. 120 (Gustavo Cuberos, Gustavo Suárez y Carlos Ignacio Jaramillo J.).

siempre que tengan capacidad suficiente para transigir, sin necesidad de formalidades externas especiales para su validez inter partes”⁹¹.

• *Bilateral*, pues “[...] impone obligaciones recíprocas [...]”⁹² para las partes, como consecuencia lógica de las *concesiones* a que se comprometen y que, en lo medular, conducen a que “[...] no podamos concebir una transacción sin obligaciones mutuas (renuncia a determinadas prestaciones, concesiones de las más variada índole) que contraen las partes en evitación del litigio [...]”⁹³, o, como lo dijo GULLÓN, en la transacción la bilateralidad es palmaria porque “[...] una parte renuncia a su pretensión total o parcialmente a cambio de la entrega de una suma de dinero u otro objeto, o la asunción de otras obligaciones por parte del contradictor, o a cambio de un reconocimiento parcial de la pretensión [...]”⁹⁴; en fin, el Código Civil argentino lo dice expresamente, cuando en el artículo 832 dispone que “la transacción es un acto jurídico bilateral”⁹⁵.

• *Oneroso*, en la medida en que cada una de esas partes se grava en beneficio de la otra; así, “[...] lo que cada parte obtiene lo consigue otorgando algo a la otra, nunca de modo gratuito (es una consecuencia de la bilateralidad). Para eliminar el conflicto mediante transacción, cada una de las partes —partiendo de sus posiciones iniciales en el litigio— paga un precio. Aquí está la onerosidad del contrato [...]”⁹⁶.

En conclusión, aun cuando atinada y generalizada, esta lectura no es del todo pacífica y, por contera, tiene algunos detractores, particularmente en el ordenamiento italiano, en donde ciertos autores, como CARRESI,

⁹¹ SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES, “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011, págs. 280 y ss.

⁹² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 junio 1939. En providencia de 1931 había dicho ya la Corte Suprema de Justicia que “[...] la transacción es un contrato bilateral por el cual los contratantes terminan una controversia ya existente, o evitan una que pueda suscitarse, mediante el abandono recíproco de una parte de sus respectivas pretensiones por la promesa que una de ellas hace a la otra de una cosa para obtener el derecho discutido en toda su integridad [...]”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 marzo 1931, “G. J.”, t. xxxvi, pág. 302). Cfr. VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 199; BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 112.

⁹³ PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 52-53.

⁹⁴ GULLÓN, *op. cit.*, pág. 47; COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 988; VÁSQUEZ GUNDÍN, *op. cit.*, pág. 274.

⁹⁵ C. C. de Argentina, art. 832.

⁹⁶ PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 54.

consideran que la transacción no es onerosa, “[...] porque la misma impide toda indagación sobre la situación preexistente entre las partes, y si ha sido modificada y caso afirmativo en qué sentido [...]”⁹⁷. A esta tesis responden otros autores, los más, entre ellos D’ONOFRIO, para quienes la tesis de CARRESI, con todo el respeto que merece, resulta desacertada, en la medida en que “[...] no tiene en cuenta el doble objeto del negocio de transacción. Uno, de eliminar la litis (presente o futura); un segundo de atribuir a cada uno de los transigentes un quid a cargo del otro. Las dos facetas del negocio son inseparables, ya que sin las recíprocas concesiones no hay transacción y por ello permanece la litis en su posibilidad y si por tanto alguna de las partes recibe y da alguna cosa, el negocio es oneroso, según el común significado de las palabras [...]”⁹⁸.

Nosotros, en consonancia con las notas que hemos atribuido a la transacción, particularmente en lo tocante a su bilateralidad y a las concesiones recíprocas, de insoslayable presencia en el tipo contractual materia de reflexión, nos inscribimos en esta tesis, porque creemos que es de la esencia de la transacción, en virtud del *aliquid datum*, *aliquid retentum*, que haya una onerosidad, aunque sea relativa, en cabeza de cada una de las partes; de lo contrario, no se estaría frente a una auténtica transacción, sino simplemente ante una renuncia, o una figura similar o próxima, en sí mismas ajenas al negocio jurídico transaccional y a su esencia⁹⁹.

• Finalmente, en la mayoría de los casos, el acuerdo transaccional es *intuitu personae*, pues el contrato se celebra precisamente en consideración a la persona con quien se transige; en otras palabras, es la relación de los sujetos contractuales, en el plano causal, la que permite transigir los derechos en cuestión, u objeto de negociación¹⁰⁰.

⁹⁷ Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, págs. 48-49.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Cfr. LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 557. LUIS DE GÁSPERI afirma sobre este particular que “[...] la transacción es un contrato a título oneroso, porque como está dicho por el artículo 1139 del Código Civil «las ventajas que procura a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle. Si lo que se promete a cambio del derecho renunciado es una suma de dinero o una parte alícuota de las cosas litigiosas, el contrato será conmutativo. Si, en cambio, lo que se promete depende de un suceso fortuito, como una renta vitalicia, la transacción será aleatoria, porque el valor del derecho renunciado será incierto [...]»”. (LUIS DE GÁSPERI, *Tratado de derecho civil*, t. III, Las obligaciones, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pág. 293.

¹⁰⁰ Así lo dispone el art. 2479 del C. C., el cual presume que la transacción es un contrato *intuitu personae*. Ahora bien, habrá ciertos casos en que se desvirtúe tal presun-

Ahora bien, en lo que respecta a su ejecución, la doctrina patria tradicional incardinaba el acuerdo transaccional en los denominados contratos de ejecución instantánea, pues consideraba que permitir la ejecución sucesiva o diferida en esta clase de acuerdos era dejar abierta la posibilidad de incumplimiento contractual y, por contera, de litigios fundados en tales incumplimientos, tornándose entonces la transacción en un motivador o dispensario de contiendas judiciales y no en un mitigador de ellas, como es justamente su propósito cardinal¹⁰¹. Ello, sin embargo, también fue reconsiderado por la Corte Suprema de Justicia, en la aludida providencia de 26 de mayo de 2006, en la que, con fundamento en la posibilidad de pactar cláusulas penales en los contratos de transacción y considerando la naturaleza misma del acuerdo, afirmó que nada se oponía a que se permitiera la ejecución sucesiva de las prestaciones en él pactadas, lo cual no riñe con lo que los convencionistas pueden establecer en un momento determinado¹⁰².

ción, razón por la cual se dice que el calificativo de *intuitu personae* para la transacción se da solamente en la mayoría de los casos. En el mismo sentido se pronunció la Sala de Casación Civil de la C. S. de J. en sent. de 6 junio 1939; Cfr. C. S. de J., sent. de 6 junio 1939. También FERNANDO HINESTROSA, en cuya opinión “[...] la transacción, por expresa disposición de la ley, es un acto *intuitu 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 [...]” HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 731. En fin, CUBIDES CAMACHO sostiene que “[...] la transacción es un contrato *intuitu personae*, celebrado en consideración a la persona, y por tanto si hay error en cuanto a la persona puede invocarse la nulidad. Lo mismo ocurre si el error versa sobre el objeto de la transacción. Sin embargo, si el error es solo de cálculo, no cabe la acción de nulidad, y simplemente da derecho a rectificar el yerro, según la previsión del artículo 2481 [...]”. (CUBIDES CAMACHO, *op. cit.*, pág. 487).

¹⁰¹ Vid. LAFONT PIANETTA, *op. cit.*, pág. 86.

¹⁰² Al respecto afirmó la Corte: “[...] Podría objetarse a ello que la teleología de la transacción no es cambiar un litigio por otro que pudiera dimanar del incumplimiento de la transacción misma, sino cumplida y precisamente que la litigiosidad llegue a su fin; y que entonces la transacción es cosa acabada, de ejecución instantánea, manera única de garantizar que entre sus celebrantes ya no habrá más pendencia con ocasión de la disputa actual, cosa que de paso entrega argumentos a los que critican que la transacción pase por contrato, porque su poder no es generar sino extinguir obligaciones. No obstante, no parece correcta esta objeción porque entonces quedaría sin explicación del porqué el artículo 2486 del Código Civil concibe la cláusula penal en tal tipo de convenio, siendo que esta es por definición una garantía personal de las obligaciones, sin las cuales, entre otras cosas más, no podría subsistir aquella; y obviamente que tales

8. PRESUPUESTOS GENÉTICOS Y RASGOS DEFINITORIOS DE LA TRANSACCIÓN

En lo que se refiere a los presupuestos genéticos y a los rasgos definitorios de la transacción, cabe precisar que unos y otros han sido objeto de detenido estudio de la jurisprudencia y de la doctrina comparadas, en esta materia tampoco uniformes, como se subrayará en el momento oportuno, lo cual no es de extrañar en tratándose de un contrato que ha suscitado tanta polémica, como en efecto lo es el de transacción, que adquiere identidad propia en virtud de los siguientes presupuestos y rasgos, de acuerdo con la *communis opinio*¹⁰³:

En materia de jurisprudencia patria, salvo algunas variables de menor relevancia, se tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, sobre todo a partir del fallo de 6 de junio de 1939, que: “[...] para que exista efectivamente contrato de transacción se requieren en especial estos tres requisitos: 1° existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle *sub judice*; 2° voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o prevenirla; y 3° concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin [...]”¹⁰⁴.

obligaciones garantizadas con cláusula penal necesariamente tienen que ser las que diferidas fueron para su ejecución. Con el agregado de que no es extraño que modos extintores de obligaciones generen a su turno otras, cual sucede en la novación en la que la obligación, para decirlo con algo de metáfora, resulta paga con una nueva promesa. Es más, según lo preceptúa la ley procesal, el cumplimiento forzado de las obligaciones «reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en procesos declarativos» se adelanta ante el mismo juez que, precisamente, había finalizado los procesos con apoyo en tales causas conciliatorias (C. de P. C., art. 335, postrer inciso) [...]”. (C. S. de J., sent. de 26 mayo 2006).

¹⁰³ Vid. RICARDO LUIS LORENZETTI, *Contratos*, Buenos Aires, Culzoni, 2006, págs. 553-554; VODANOVIC, *op. cit.*, págs. 49 y ss.; ALESSANDRI, *op. cit.*, págs. 232-233.

¹⁰⁴ Jurisprudencia reiterada también por la Sala de Casación Civil de la misma corporación, en sentencia de 29 de junio de 2007. De igual modo, en auto fechado el 22 de marzo de 1990, la Corte Suprema agregó a lo anterior que “[...] la transacción, conforme se desprende del artículo 2470 del Código Civil, exige, de un lado, disponibilidad del derecho objeto de ella y, del otro, capacidad de disposición de las partes que acuden a celebrar este contrato [...]”. C. S. de J., Sala de Casación Civil. En otra ocasión también manifestó la Corte que “[...] el contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) el consentimiento de las partes; b) la existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; c) la transacción supone la reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes

Y más recientemente (2017), puso de presente la Sala Civil al respecto que, “El artículo 2469 del Código Civil define la transacción desde el punto de vista sustancial como «[...] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual», precisando a renglón seguido que «[n]o es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa», disposición que para fines procedimentales complementa el inciso primero del artículo 312 del Código General del Proceso al señalar que «[e]n cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia».

”En cuanto a las formalidades «[p]ara que la transacción produzca efectos procesales», el inciso segundo ídem ritual prevé que «deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días».

”Enunciados a partir de los cuales la jurisprudencia ha deducido unos elementos esenciales, consistentes en la «1° existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle *sub judice*; 2° voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3° concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin” (CSJ, SC, 6 may. 1966, G. J., CXVI, pág. 97; reiterada en CSJ, AC, 26 ene. 1996, rad. 5395; y 30 sept. 2011, rad. 2004-00104-01)”¹⁰⁵.

En el campo doctrinal, entre otros autores más, MESSINEO explicita que dichos presupuestos “[...] son esencialmente los siguientes: a) una litis existente ya actualmente entre las partes (los denominados «transigentes»), o la posibilidad de que surja una litis entre ellas; b) una falta de

[...]” C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 marzo 1949, “G. J.”, t. LXV, pág. 634. Finalmente, en providencia de 26 de noviembre de 1937, a su turno expuso este criterio, afirmando que “[...] para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiere, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso [...]”.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto AC1814-2017 de 23 marzo 2017, rad. 1999-00301.

certeza (*res dubia*), o bien una *res litigiosa*; c) recíprocas concesiones, mediante las cuales las partes ponen fin a la litis comenzada, o previenen una litis que pueda surgir; d) además, al no haberla decidido expresamente el legislador, se discute la cuestión de si la transacción tiene naturaleza constitutiva, o bien declarativa [...]”¹⁰⁶.

A) *La incertidumbre en que, al comienzo, se hallan las partes*

Es inherente a la transacción la primigenia existencia, a la sazón, de una *res litigiosa et dubia* entre aquellos que, en el futuro, celebrarán el acuerdo transaccional¹⁰⁷, toda vez que faltando un objeto —derecho, facultad, prerrogativa, débito u obligación— sobre el cual impere la duda, la hesitación y la incertidumbre —*res dubia*— o cuyos verdaderos confines o alcances no sean, actual o potencialmente, asunto de discusión judicial —*res litigiosa*—, no habrá ningún interés en hacer recíprocos sacrificios para obtener, en términos de certeza, la definición de determinada situación jurídica¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MESSINEO, *op. cit.*, pág. 207.

¹⁰⁷ Por eso afirma con indiscutido acierto SANAHUJA, que “[...] las partes, antes de otorgar el contrato de transacción, han de percatarse de la naturaleza cuestionable del asunto y asesorarse del grado de incertidumbre jurídica que ha de moverles hacia un arreglo conveniente para las dos. Toda transacción supone una diferencia o apreciación de las partes respecto a un derecho (su nacimiento, extensión o extinción), háyase o no llevado a los Tribunales. Es presupuesto de la transacción, por tanto, un asunto dudoso o controvertible en derecho [...]”. (SANAHUJA, *op. cit.*, pág. 232). Cfr. MOXÓ RUANO, *op. cit.*, pág. 681.

¹⁰⁸ El varias veces citado, profesor BOFFI BOGGERO afirma sobre este particular que “[...] si no hay carácter «litigioso» o «dudoso», habrá un acto jurídico válido en la medida en que reúna los requisitos de tal, pero no configurará el acto llamado «transacción». El carácter de incertidumbre es esencial para esta figura. De acuerdo con lo manifestado, reviste verdadero interés saber qué debe entenderse por derechos u obligaciones «litigiosos» y «dudosos», aclarando que ellos pueden ser genéricamente objetos de la transacción y no solamente «obligaciones litigiosas o dudosas», como dice la letra del art. 832. «Litigiosa» o «litigiosa», de *latin litigiosus*, es «lo que está en pleito y, por extensión, [...] lo que está en duda y en disputa», reconociendo una segunda significación: ‘propenso a mover pleitos y litigios» (*Diccionario de la lengua española*). Como se ve, lo que está en litigio tiene un sentido íntimamente vinculado con lo que es dudoso. Acaso podría decirse que lo dudoso es el género. Pero la doctrina ha preferido la separación conceptual, asignando entonces a la partícula «o» de la frase transcrita del artículo 832 un carácter disyuntivo, no de cópula. Será litigioso, por tanto, el derecho —también la

En otras palabras: a falta de incertidumbre y controversia no puede haber transacción, como quiera que es el estado de desconocimiento, hesitación o dubitación en torno al desenlace de un pleito pendiente o la posibilidad del surgimiento de un litigio futuro, el que mueve o induce a las partes, en aras de la certeza y la seguridad, a celebrar el respectivo contrato de transacción¹⁰⁹. Esa incertidumbre, fuente de controversia o litigio, es precisamente la que impulsa a los sujetos a precaver cualquier resultado desfavorable o, incluso, el mismo pleito mediante el acuerdo transaccional¹¹⁰. Habida cuenta de ello, el profesor CLEMENTE DE DIEGO, con meridiana claridad, expresa que el supuesto de partida en el referido acuerdo “[...] es la duda respecto de la firmeza del derecho propio contra- puesto a la pretensión ajena y, lógicamente, es inconcebible el sacrificio que se impone en el propio derecho a favor de la otra parte, si estuviéramos muy seguros y ciertos de nuestra razón de derecho y del fundamento que en las leyes tenga [...]”¹¹¹; de este modo, respecto del carácter contencioso,

obligación— debatido en pleito. En cuanto al concepto de «dudosos» con que pueda calificarse al derecho o la obligación, se han expresado dos posibilidades: la incertidumbre, inseguridad o duda podría ser objetiva o subjetiva. La opinión prevaleciente es la segunda. Para un perito el derecho o la obligación pueden ser claros. Bastaría entonces que fueran oscuros, inciertos, inseguros para los pretendidos titulares [...]”. (BOFFI BOGGERO, *op. cit.*, págs. 422-423). A partir de esta cita se puede elucidar, con meridiana claridad, que el tema de la litigiosidad no es sinónimo, *per se*, de un proceso judicial, en la medida en que bien puede suceder que un asunto sea litigioso, esto es, pueda potencialmente conducir a un litigio, sin que por ello, en el momento presente, implique litigio o controversia judicial. Justamente por ello se afirma que un asunto es litigioso cuando es susceptible de conducir, en el futuro, a una contienda judicial, aun cuando, en el momento actual o presente, no sea objeto de contienda o proceso.

El Tribunal Supremo español ha afirmado que “la transacción supone la existencia de un derecho discutido o susceptible de serlo” (Tribunal Supremo español, sent. de 7 diciembre 1929). Este criterio ha sido refrendado por el mismo Tribunal, en fallos de 13 julio 1940 y, aun cuando no en forma tan paladina, en providencia de 9 marzo 1948.

¹⁰⁹ Cfr. VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 200.

¹¹⁰ El profesor LORENZETTI lo expresa en los siguientes términos: “[...] la causa de la transacción es una situación de incertidumbre que resulta de derechos litigiosos (son los que se encuentran en juicio contradictorio y no los eventualmente litigiosos) o dudosos (son inciertos en su existencia o en su extensión, conforme al criterio de su titular, no siendo necesario que sean objetivamente dudosos). Refiere no solo a obligaciones, sino también a derechos reales, hereditarios y de familia [...]”. (LORENZETTI, *op. cit.*, pág. 553).

¹¹¹ FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, t. II, Derecho internacional privado, familia, propiedad, derechos reales, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958, pág. 88.

sostiene que “[...] la transacción supone una contienda actual que ya se tramita o anuncia tramitarse judicialmente [...]”¹¹².

También el profesor TRABUCCHI considera de la esencia de la transacción, el estado de incertidumbre en que se encuentran las partes; así, sostiene que es inherente al acuerdo transaccional “[...] una incertidumbre subjetiva que se pretende destruir. Esta incertidumbre —res dubia— viene dada también por el solo hecho de la existencia de un contrato actual o en potencia entre las partes, calificado por la existencia de pretensiones opuestas. El consentimiento transaccional supera, o, es más, hace superflua la valoración de la objetividad de una pretensión sobre la otra [...]”¹¹³.

Ahora bien, conviene agregar que “[...] la cuestión que da vida a la transacción y que hace dudosa o incierta la relación jurídica, ha de entenderse, según ha dicho la jurisprudencia, no por el valor racional de la duda, sino por el valor real nacido de la contradicción de juicio de las partes [...]”¹¹⁴, verificando además que se trate de una controversia actual y existente, en oposición a la controversia zanjada o solucionada.

En síntesis: es de la esencia de la transacción, a nuestro juicio, que exista un objeto dudoso y litigioso —*res litigiosa et dubia*—, cuestión que, en todo caso y en guarda de la objetividad, no es unánime en toda la doctrina, se discute si, en efecto, es necesaria la simultaneidad o concurrencia de los requisitos de incertidumbre y potencialidad litigiosa de la obligación o el derecho o si, por el contrario, para transigir es suficiente que el asunto sea controvertido o litigioso; en pocas palabras, se trata de responder si, como dijo GULLÓN, “[...] ¿constituye la base fáctica sobre la que opera la transacción, una *res dubia*, una relación jurídica dudosa o, por el contrario, basta una situación de litigio, de choque de pretensiones de las partes de la relación?”¹¹⁵ interrogante, a partir del cual han surgido, en lo medular, dos teorías estructurales, a saber:

a) *Teoría de la “res dubia”*. En esencia, sostiene que la base fáctica para que se pueda celebrar un acuerdo de transacción es la existencia de

¹¹² *Ibid.*, pág. 89. Los citados profesores Díez-Picazo y GULLÓN coinciden también en la importancia de la incertidumbre en la celebración del acuerdo transaccional. Al respecto, afirman que “[...] puede decirse que la transacción pone fin a una incertidumbre de las partes acerca de las relaciones jurídicas existentes entre ellas. Esta incertidumbre debe proceder precisamente de la controversia existente [...]”. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 425).

¹¹³ TRABUCCHI, *op. cit.*, pág. 368.

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 425.

¹¹⁵ GULLÓN, *op. cit.*, pág. 10.

una situación dudosa o incierta entre las partes, esto es, una situación en la que impera la hesitación, la vacilación, la incerteza, la dubitación o el “titubeo” y, en consecuencia, en la que es necesario para las partes acudir al acuerdo transaccional con el propósito de proporcionar a la relación existente la certeza, definición o firmeza de que carece y que justifica, precisamente, la celebración misma del contrato¹¹⁶.

Según algunos, la incertidumbre debe considerarse desde la perspectiva meramente *objetiva*¹¹⁷ y ¹¹⁸, es decir, debe aparecer, inconcusamente, ante

¹¹⁶ Explica PELÁEZ que “[...] los autores que defienden esta postura consideran que la transacción exige siempre una controversia entre las partes pero, para que sea apta al objeto de transigir, ha de ser dudosa [...]”. (PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 12). Los MAZEAUD lo expresan en el siguiente sentido: “[...] el derecho sobre el cual transigen las partes debe ser dudoso [...]”. (MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, pág. 620). TAMAYO HAYA, por su parte, sostiene que “[...] consideran los partidarios de esta teoría que para poder transigir una cuestión no es preciso que se haya hecho litigiosa, sino que es suficiente la *res dubia*, es decir, que exista una falta de certeza o inseguridad entre las partes contratantes. Dudas que pueden ir desde la existencia de un derecho, su nacimiento o extensión, la razón jurídica que les pueda asistir, el resultado de las pruebas, la resolución del juez; y puede recaer sobre una cuestión de hecho, de derecho, o de ambas. Es posible, así pues, entender la *res dubia* como sinónimo de incerteza en cuanto falta de seguridad en torno al problema de saber si una determinada relación jurídica es o no regulada por el derecho, y en caso afirmativo, en qué forma y hasta qué límites [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 82. Cfr. CARRESI, *op. cit.*, pág. 140).

¹¹⁷ En lo que concierne a la controversia en torno a si la duda debe ser objetiva o subjetiva, anota TAMAYO que quienes defienden la teoría de la *res dubia* “[...] se encuentran divididos entre los que defienden una concepción subjetiva u objetiva de la duda —es decir, situada bien fuera o dentro de las partes—, o bien mixta. Si lo dudoso hace referencia a la relación jurídica o a los derechos de las partes, la incerteza será objetiva; por el contrario cuando es a las partes a quien les parece dudoso su derecho, será subjetiva [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 82).

¹¹⁸ Sobre este tema en particular, puntualiza con tino el profesor LUIS DE GÁSPERI que “por su asimilación a los contratos, la transacción sobre obligaciones meramente dudosas, o sea aquella que recae sobre una incertidumbre subjetiva, es consensual y, como tal, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de la tradición de las cosas que en virtud de ella se abandonan, como está prevenido por el artículo 1140 del Código Civil. Como lo veremos al tratar de sus formas, su validez no se subordina a ninguna. Es una cuestión de pruebas, sujeta a lo dispuesto por el artículo 1193 [...] mas si la incertidumbre fuese objetiva, no bastará el simple acuerdo de voluntades. En este caso, la transacción no se tendrá por concluida y podrán las partes desistir de ella, mientras la escritura de que ella conste no se presente al juez, como está dispuesto por el artículo 838 [...]”. (DE GÁSPERI, *op. cit.*, pág. 291). Cabe además agregar que,

los ojos del derecho, particularmente de los actores jurídicos —el abogado, el juez, el conciliador, entre otros—, sin que importe si el asunto es o no dudoso entre las partes, esto es, independientemente de si un examen de orden interno conduce a la conclusión de que en el entendimiento de los sujetos involucrados, el asunto era o no controvertible¹¹⁹.

Por el contrario, algunos autores de reconocida trayectoria, como LAURENT¹²⁰ o BUTERA, con buen juicio, consideran que el supraindicado requisito de incertidumbre, connatural a la transacción, debe resultar de un análisis estrictamente subjetivo, siendo entonces necesario, para su verificación, “[...] que la duda esté en el pensamiento de las partes que la

en rigor, si lo que persigue la transacción, es contribuir a la descongestión judicial y a servir mejor a las partes (contrato bienhechor), no se entiende para qué ponerle trabas que, a la postre, frustrarán dicha teleología, de acentuada importancia práctica. Tanta estrictez perjudicaría a las propias partes, como se sabe, interesadas en ponerle fin a su diferendo, o a evitarlo, lo que en principio debe ser acatado y respetado. Además, quién comprobaría que ciertamente medió objetividad; ese es un requisito que, en puridad, va más allá de la exigido por la propia ley y que podría conspirar contra uno de los fines de la transacción, esto es, la solución alternativa de la controversia, en el entendido de que la transacción es uno de los mecanismos más socorridos y efectivos en el plano de la resolución de conflictos. Además, sería un contrasentido acudir a un litigio, *ex novo*, para determinar si era procedente la transacción, so pretexto de la pretendida objetividad. Dicho de otro modo: si la transacción propende a solucionar controversias o evitarlas, no tendría lógica avivarlas, estimularlas o patrocinarlas. Basta, pues, con la incertidumbre subjetiva; nada más.

¹¹⁹ Explican Díez-PICAZO y GULLÓN que “[...] se llama en el fondo así, porque hace referencia a uno de los términos del pensamiento de las partes: el orden jurídico. Estas dudan siempre si el derecho protege sus pretensiones o no, si existe norma o por el contrario aquellas carecen de base legal, porque no se adapta al supuesto de hecho en que las partes se han colocado, o una de ellas al previsto en las normas [...]”. *op. cit.*, pág. 10. La gran desventaja es que una concepción en este sentido podría llevar a la nefasta conclusión que expone WINDSCHEID: “[...] toda transacción debería ser impugnada cuando uno de los transigentes pudiera demostrar que él tenía derecho [...]”. BERNHARD WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. II, Turín, 1930, pág. 610. Sería, con esta perspectiva, la prolongación de un conflicto, cuando de lo que se trata, conforme se anunció, es de terminarlo o de evitar que efectivamente aflore.

¹²⁰ En palabras de LAURENT, “[...] la transacción es un contrato en el que intervienen dos personas extrañas a la idea de derecho; es el punto de vista de las dos partes al que hay que atender para decidir si ellas han considerado la diferencia que las divide como dudosa [...]”. (FRANÇOIS LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXVIII, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie. Editeurs, 1877, pág. 331).

hacen, aunque no aparezca como tal a los ojos de persona desinteresada y competente, y también aunque no sea realmente fundada en derecho. De ello resulta que el juez, llamado a examinar el valor legal de la transacción, no deberá averiguar si el derecho sea dudoso a sus ojos, o a los de un jurisconsulto o en general de persona versada en la disciplina jurídica, sino si era tal para las partes en el momento en que concluyeron la transacción [...]”¹²¹. Esta tesis es compartida por el profesor VITERBO¹²² y, dicho sea de paso, también por nosotros, habida cuenta de que en tratándose del supuesto fáctico indispensable para celebrar el contrato de transacción, lo que debe mirarse realmente es si las partes —y no terceros, que no serán parte en el acuerdo transaccional y que nada tienen que ver con la situación de conflicto en que se hallan los contendores— estaban en una situación de incertidumbre, ora real, ora virtual. No en vano se afirma justamente que la necesidad de la *res dubia* obedece, en puridad, a que constituye el manantial del interés de las partes en transigir, razón por la cual, si lo que realmente subyace a ella es el deseo o intención en celebrar la transacción, la hesitación o duda debe mirarse desde una perspectiva subjetiva, única posibilidad concordante con dicha concepción. En otros términos: si se considera objetivamente la incertidumbre y no subjetivamente, no se estaría evaluando, realmente, si las partes tienen o

¹²¹ BUTERA, *op. cit.*, pág. 32 y ss.

¹²² Afirma el profesor VITERBO que “[...] la incertidumbre, entendiendo siempre, incertidumbre sobre la bondad del propio derecho y de las propias razones [...] no es una característica de la transacción hecha de buena fe. Si es verdad que ella falta en uno de los litigantes de la transacción sobre la *litis temeraria*, es verdad que puede faltar, y muchas veces falta, en ambos contratantes o en uno de ellos, en la transacción hecha de óptima fe; todas las veces que dos personas litigan en la absoluta convicción de tener derecho y la contraparte no, y también por motivos psicológicos, económicos, etc. Los litigantes transigen no porque estén inciertos sobre el fundamento de sus derechos, sino por otros motivos [...]”. CAMILO VITERBO, “La *res dubia* e le *lite incerta nelle transazione*”, en *Revista de Diritto Processuale Civile*, t. I, 1937, págs. 244 y ss., tesis que, además de precisa, es realista, pues puede haber numerosas razones que sirvan de estribo al acuerdo transaccional, que en rigor no exige que ambas partes tengan la razón. Es más, habrá casos en que aún a sabiendas de que una parte no la tiene, se acepta acudir a este mecanismo, a fin de evitar controversias, ríspidas discusiones, debates interminables, etc. Al fin y al cabo, cada una de ellas es dueña de su determinación. De ahí que la transacción no sea un contrato enderezado a pesar la razón, si el símil resulta de recibo, y el verdadero y exacto fundamento del derecho; ese, en realidad, no es su función, ni su objetivo, de suerte que no es una báscula de la razón o de la fundamentación jurídicas. Cfr. SANAHUJA, *op. cit.*, pág. 236; MOXÓ RUANO, *op. cit.*, págs. 681-682.

no interés en transigir a la luz de la situación particular en que se hallan, lo que es decisivo, tal como ocurre, *mutatis mutandis*, con el contrato de seguro, en que la incertidumbre subjetiva, por regla, es suficiente para que se configure el riesgo asegurado y, por ende, el seguro devenga eficaz.

CARNELUTTI, por su parte, aun cuando está de acuerdo con la consabida tesis de la *res dubia*, considera que además de dudoso, es necesario que el objeto sobre el cual transigen las partes tenga la posibilidad de tornarse en un conflicto litigioso futuro, a pesar de que en el momento presente, no sea litigioso¹²³. Así, según el reconocido procesalista italiano, no es suficiente con la *res dubia*, *stricto sensu*, sino que es necesario que además de la duda, dicha *res dubia* tenga la virtualidad para llegar a ser litigiosa, cuestión que no sucederá en un primer momento, pero sí en una etapa subsiguiente en la *praxis* de la relación *inter partes*. En otras palabras: lo que cualifica la tesis en comento es que el asunto dudoso, en el instante en el que se transige, no tiene que ser litigioso —es decir, en esa precisa oportunidad no es *res litigiosa*—, pero sí debe tener la entidad o vocación suficientes como para llegar a ser objeto de litigio en el futuro. Así, “[...] pretende extender el ámbito de la transacción hasta comprender en ella la eliminación de un tipo especial de incertidumbre, que existe entre las partes y que de mantenerse desembocaría en un conflicto jurídico. La *res dubia* no es una cosa que deba ir unida a la *res litigiosa*, sino algo que no ha llegado todavía pero que puede llegar a ser litigiosa [...]”¹²⁴.

Nótese que, aunque muy coherente en la perspectiva de la teoría de la transacción, la tesis de CARNELUTTI, con el respeto que merece, es de difícil aplicación práctica, pues es casi imposible identificar qué asuntos, en la realidad, no pueden ser objeto de litigio futuro, amén que es indeterminada y difusa la nomina de asuntos que, en un momento determinado, pueden ser considerados como *litis procesal*¹²⁵.

b) *Teoría de la “res litigiosa”*. En lo que atañe a esta segunda exigencia, GULLÓN, aplicado representante y defensor de ella, ha sostenido que la génesis o fundamento fáctico del contrato de transacción estriba, no en la hesitación o incertidumbre —sea objetiva o subjetiva— que suscita el asunto sobre el cual se va a transigir, sino en su carácter litigioso o judicialmente controvertido; así, la nota característica del objeto sobre el cual versa la transacción, a la luz de esta teoría, es que real o potencial-

¹²³ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal*, 1936, págs. 40 y ss.

¹²⁴ PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 15.

¹²⁵ Cfr. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 24-26.

mente nazca una situación de controversia entre las partes, llamada a ser resuelta ante los estrados jurisdiccionales¹²⁶.

En este contexto, como lo reveló el consagrado profesor italiano, ENRICO DEL PRATO, “No basta como premisa de la transacción un simple conflicto económico [...] se requiere es un conflicto jurídico que derive de la afirmación de un derecho”¹²⁷, el que refleja y obviamente puede tener contenido o expresión económica, que es cosa diferente.

c) *Un justo y plausible medio*. En nuestro entender, y sin perjuicio de un análisis más profundo reservado a otra ocasión, ambas teorías resultan jurídicamente precisas; así, con confesa cercanía a las tesis de CARNELUTTI, pero más acentuadamente, a la teoría de PELÁEZ, consideramos que para que un asunto pueda conducir, en algún momento determinado, a la celebración de un contrato de transacción, es necesario que dicho asunto sea simultánea y conjuntamente dudoso y litigioso. En efecto, si no existe duda o hesitación alguna de parte de los sujetos involucrados, siendo todo absolutamente claro, determinado y diáfano, o si, a pesar de existir la duda, no existe controversia o potencial litigio entre las partes, no habrá, de parte de ellas, interés alguno en transigir se itera, porque todo es claro y en consecuencia se tiene la confianza suficiente para acudir al litigio y esgrimir las pretensiones, ora porque no hay contienda y, evidentemente, donde reina el acuerdo y la certidumbre no es necesario definir o transigir.

¹²⁶ “[...] la transacción para nosotros tiene como misión la de cortar una controversia que nace precisamente del conflicto de pretensiones de las partes sobre la regulación jurídica de la situación existente entre ellas, bien se haya llevado a la autoridad judicial, bien sea susceptible ello [...]” *Ibid.*, pág. 40. TAMAYO HAYA explica que para quienes sostienen la teoría de la res litigiosa “... basta el litigio sin que la incerteza sea necesaria para poder hablar de transacción. La situación litigiosa se entiende como zona límite al ejercicio del poder de transigir y se convierte así en la única condición necesaria para que podamos hablar de transacción, independientemente del grado de incerteza en el que puedan estar las partes; es posible desde el instante en el que existe un litigio. La prevención o definición de un litigio constituye, por tanto, por sí misma la causa de la transacción. Conseguimos así conceptuar como transacción a numerosas hipótesis que de otra forma tendríamos que excluir. El campo de la situación jurídica incierta no coincide con el campo de la situación litigiosa. Por el contrario, el campo de la transacción sí coincide con el campo de la litis. Se sustrae así a las partes del alea que supone la existencia actual o potencial de un proceso. Y es que estamos hablando en todo caso de un litigio, entendido como un conflicto de pretensiones [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 301).

¹²⁷ ENRICO DEL PRATO, *La transazione (dir. priv.)*, *op. cit.*, pág. 816.

Por eso los hermanos MAZEAUD, con singular claridad e incontestable apoyo en el esplendente derecho romano, sostuvieron que la transacción requería la *res litigiosa et dubia*, esto es, un objeto que además de dejar un amplio resquicio para la duda, fuese materia de controversia litigiosa entre las partes; ello, sin duda, se constituye en la génesis del interés contractual en transigir¹²⁸.

También por ello, como se tiene establecido en el entorno patrio, “[...] es jurisprudencia admitida con fundamento en el carácter de la transacción que esta no puede referirse sino a cuestiones controvertidas y dudosas; y por consiguiente, la enajenación o traspaso de un derecho cierto puede ser materia de contratos de venta o de donación, mas no de una transacción [...]”¹²⁹.

Así las cosas, en desarrollo de lo dictaminado por la jurisprudencia y por un sector de la doctrina, si un derecho o una obligación no son, simultáneamente, *litigiosas y dudosas, en sentido lato*, no podrá celebrarse contrato de transacción alguno. Como corolario de lo señalado, nótese que una obligación natural se dice que no puede ser objeto de acuerdo transaccional, habida cuenta de que, por definición, la obligación natural “no confiere derecho para exigir su cumplimiento” y, en consecuencia, se encuentra desprovista de toda *potencialidad litigiosa*, esto es, de toda posibilidad de generar un litigio entre las partes. Así las cosas, una obligación natural podrá constituir *res dubia*, pero nunca *res litigiosa*, razón por la cual, a nuestro juicio —aun cuando no es unánime la doctrina—, la referida hipótesis no constituye objeto de un contrato de transacción. Lo anterior, además, porque el cometido propio de la transacción es poner

¹²⁸ Al respecto, explican los hermanos MAZEAUD que “[...] se resumen las cualidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción con la fórmula *res litigiosa et dubia*: derechos litigiosos y dudosos. *Res litigiosa*: los derechos que formen el objeto de la transacción deben ser litigiosos. Pero no es necesario que se haya emprendido un proceso: es suficiente con que las dos partes formulen pretensiones sobre el mismo derecho. El término litigioso debe ser tomado, pues, en un sentido muy amplio. *Res dubia*: el derecho sobre el cual transigen las partes debe ser dudoso, al menos en el espíritu de ellas. Pero ciertos autores impugnan este requisito; estiman que la transacción recae sobre el derecho de comparecer en juicio, derecho que existe sea o no fundada la pretensión. Esta última opinión tiene la ventaja de cortar por lo sano en las dificultades originadas por la apreciación del carácter del derecho que sea objeto de la transacción; pero no permite distinguir la transacción de otros contratos, tales como la permuta o la compraventa [...]”. (MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 620).

¹²⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 marzo 1931, “G. J.”, t. xxxvi, pág. 302.

fin a un litigio pendiente o evitar un litigio futuro, de manera que, si no hay posibilidad de litigio, más allá de cual pueda ser su resultado, pierde toda justificación teleológica la celebración del acuerdo transaccional¹³⁰.

B) *Las concesiones recíprocas que realizan las partes*
“*aliquid datum, aliquid retentum*”

Ahora bien, otra de las exigencias de la transacción es la necesidad de concesiones recíprocas a que se obligan o comprometen las partes mediante el acuerdo transaccional y, con arreglo al cual, a manera de percutor motivacional, consienten en terminar el litigio pendiente o precaver un litigio eventual¹³¹.

Al respecto, cumple primigeniamente acotar que la locución *concesiones recíprocas*, continuamente empleada por la doctrina, la jurisprudencia y, a veces, por el propio legislador, se refiere a las mutuas —recíprocas— prestaciones a que se obligan las partes en el acuerdo transaccional, con el ánimo de evitar la contienda; estas concesiones, por regla general, se asientan en un criterio de reciprocidad y de una posición conciliatoria de las partes, mediante la cual se reconoce algo del interés ajeno sin que ello sea óbice para defender o reivindicar el interés propio. LORENZETTI lo expresa con claridad al afirmar que “[...] la transacción es un modo de composición de litigios, de definición de situaciones de incertidumbre y que se caracteriza por el mecanismo de renunciar a una pequeña parte de lo propio y reconocer lo ajeno, en una medida que satisfaga el interés de cada parte. La reciprocidad significa que los actos mencionados se hacen en la medida en que la otra parte también los hace [...]”¹³².

¹³⁰ TAMAYO HAYA expone sobre este particular que en el caso de las obligaciones naturales “[...] no parecería que la transacción fuera válida en cuanto que la parte no tenía derecho de acción para acudir a los tribunales con el fin de hacer valer su derecho. Es por esto, por lo que establece LUNA SERRANO que uno de los requisitos exigidos al objeto de la transacción es su litigiosidad, que no exige el amparo objetivo del ordenamiento en cuanto a lo discutido, sino la existencia de una situación o relación jurídica controvertida [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 123).

¹³¹ Díez-PICAZO y GULLÓN son absolutamente claros en cuanto a que “[...] el dato estructural, característico de la transacción, lo constituyen las recíprocas concesiones a que se refiere el artículo 1809 cuando habla de dar, prometer o retener cada uno alguna cosa. Las recíprocas concesiones significan en principio una parcial satisfacción y un parcial sacrificio de las pretensiones en controversia o de los derechos afectados por las encontradas pretensiones [...]”. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 426; CUBIDES CAMACHO, *op. cit.*, pág. 486).

¹³² RICARDO LUIS LORENZETTI, *Contratos*, *op. cit.*, pág. 554.

En igual sentido, sostiene nuestra Corte Suprema de Justicia que el acuerdo transaccional “[...] revela que las partes desearon ponerle término al litigio, con las concesiones recíprocas que caracterizan convenio semejante [...]”¹³³.

En sentido similar, la Corporación manifestó que “[...] la jurisprudencia ha deducido unos elementos esenciales, consistentes en la “1º. existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle *sub judice*; 2º. voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3º. concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin” (CSJ, SC, 6 may. 1966, G. J. CXVI, pág. 97; reiterada en CSJ, AC, 26 ene. 1996, rad. 5395; y 30 sept. 2011, rad. 2004-00104-01). De donde claramente se desprende que el objeto de cualquier transacción es una disputa judicial en ciernes o activa, lo que a contrario significa que si la controversia no existe actual o eventualmente, adolece de falta de uno de sus componentes básicos”¹³⁴.

También es la opinión de VALENCIA ZEA, que pone de presente que “[...] en la transacción se requiere que hayan concesiones recíprocas de las partes; esto es, un poco de sacrificio de cada una en sus respectivas pretensiones [...]”¹³⁵.

Con todo, el de las *concesiones recíprocas* es un tema que encuentra su fundamento medular en la necesidad de introducir en el *iter* contractual alicientes o estímulos de entidad suficiente como para persuadir a las partes de terminar la *litis procesal* en curso o abstenerse de empezar

¹³³ C. S. de J., sent. de 26 mayo 2006. Este criterio es también sostenido por el Tribunal Supremo español, que en múltiples ocasiones ha sentenciado que contratos a los que nominativamente se les ha designado como acuerdos transaccionales no son, en realidad, transacciones, habida cuenta de que no cumplen con el *aliquid datum, aliquid retentum* (vid. Tribunal Supremo Español, sent. de 31 enero 1950).

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto AC1814-2017 de 23 marzo 2017, rad. 1999-00301.

¹³⁵ VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 199. Sobre este particular, afirma BONIVENTO que el tercer elemento de la transacción “[...] universalmente aceptado por las legislaciones, se relaciona con las concesiones o sacrificios recíprocos —*aliquid datum, aliquid retentum*— que no aparece en el texto que identifica la transacción. A pesar de lo dicho, no quiere significar que se prescinda de este dentro de la estructura de la transacción. Simplemente se tiene que admitir que es de su esencia, porque si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sino solo beneficios, no se puede sostener que se está frente a una transacción, sino que se gira en el ámbito de un negocio jurídico distinto, como la simple renuncia a un derecho, la remisión, el allanamiento a la demanda, o cualquier forma innominada [...]” (BONIVENTO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. II, pág. 108).

una; por eso, con acierto, GÓMEZ ORBANEJA sostiene que “[...] tampoco basta, para desentrañar la esencia de la transacción (y ponernos así en el camino de sus problemas más específicamente procesales), con decir que es un contrato que pone término a un proceso (sobre un objeto). Es esencial añadir la manera como lo consigue: mediante representaciones recíprocas [...]”¹³⁶.

Es tal la importancia de las concesiones recíprocas en la esfera del acuerdo de transacción, que su ausencia u orfandad implica, en consonancia con el criterio de la doctrina mayoritaria imperante, una deformación o distorsión tipológica y, en forma más precisa, una conversión de la transacción en un acto de renuncia, u otro similar, verbigracia: el allanamiento¹³⁷. En efecto, si nada ceden las partes, si una de ellas se mantiene

¹³⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, págs. 408-409. Idéntica posición es la asumida por TAMAYO HAYA cuando afirma que “[...] la concurrencia de contraprestaciones, es lo que nos lleva a decir que se trata de un contrato bilateral y oneroso; es esencial la reciprocidad de la transacción en la que las recíprocas concesiones son una la causa de la otra [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 149); cfr. DE GÁSPERI, *op. cit.*, pág. 291.

¹³⁷ No es conteste la doctrina en afirmar que las *concesiones recíprocas*, en rigor, sean un presupuesto inexorable del contrato de transacción; así, por ejemplo, VELÁSQUEZ GÓMEZ, sostiene que “[...] no es necesario, contrario a lo que se ha dicho, que ambas partes cedan en parte de sus pretensiones, se hagan mutuas concesiones, debido a que siguiendo la pauta de inciso 2º del artículo 2469, puede darse el caso de que una de las partes renuncie en su totalidad a sus pretensiones, pero eso sí, el derecho tiene que ser disputado. Dicho de otra manera, si hay conflicto sobre un derecho, la renuncia que en su totalidad haga una de las partes mediante convenio con la otra, produce los efectos de una transacción [...]”; a lo anterior agrega el autor que “[...] el hecho de que a la transacción se le incluyan como elemento esencial las concesiones recíprocas, es lo que ha llevado a sostener, contra la evidencia legal, que una transacción en que no se den tales concesiones, así sean de carácter moral, implicaría su nulidad por falta de causa o por error [...]”. (VELÁSQUEZ, *op. cit.*, págs. 1287-1288).

Sobre el particular, reconocemos que le asiste al profesor VELÁSQUEZ la razón cuando afirma que es necesario, para que pueda hablarse de un genuino acuerdo transaccional, que exista un estado de dubitación o litigiosidad entre las partes; sin embargo, en lo tocante a las concesiones recíprocas, consideramos que aún en el ejemplo planteado por el autor, de suyo elocuente, podrían existir también recíprocas concesiones entre las partes del acuerdo en comento, en sentido amplio, como quiera que el que una de ellas renuncie a la totalidad, observado desde una perspectiva bilateral, no quiere decir que la otra parte nada conceda o en nada ceda, pues mientras que uno de los sujetos que interviene en la transacción renuncia a la totalidad de su pretensión, la otra parte renuncia también a la posibilidad de demandar o de someter a consideración judicial el

inamovible mientras que la otra pierde toda posibilidad de beneficio derivada del contrato —desvirtuando así la reciprocidad—, la situación se correspondería arquetípicamente con la de un sacrificio unilateral, nervio mismo de la *renuncia*¹³⁸, o de una figura próxima a esta. Por eso CLEMENTE DE DIEGO sostiene, con plena razón, que “[...] el mecanismo de la transacción entre partes consiste en que cada una de estas ceda o pierda algo de su derecho en pro de las otras para que, en definitiva, ninguna de ellas lo pierda ni lo gane todo y de esta suerte evitar un pleito o desistir del ya comenzado [...]”¹³⁹.

asunto por el cual se celebró el prenotado acuerdo transaccional. En otros términos: la renuncia de la pretensión no implica, *per se*, la ausencia de concesión, en la medida en que, como tal, la parte que no renunció a la pretensión sí prescindió del futuro litigio —al consentir en el contrato de transacción—, con lo cual hizo una concesión recíproca o correlativa a la renuncia de la otra parte, aunque sea de modo indirecto.

En efecto, si partimos de que por concesión se entiende la acción y el efecto de “[...] ceder en una posición ideológica o en una actitud adoptada [...]”. (*Diccionario de la Lengua Española*), se podrá entender que, en un ejemplo como el propuesto, cada una de la partes del acuerdo transaccional cedió en algo, aunque no sea en forma directa y tangible. Es así como la parte que renuncia a la totalidad, de una u otra manera, cedió en cuanto a dicha totalidad, mientras que la otra parte renuncia a la posibilidad de demandar, con lo cual, sin duda, cede en su posición o actitud, al garantizar que, en puridad, no habrá pleito judicial o arbitral.

Ello con más veras si se tiene presente que las concesiones recíprocas no necesariamente implican concesiones de tipo patrimonial, sino que, en realidad —y como diáfananamente lo evidencia la definición del Diccionario académico—, implican la cesión en una posición en general, sin que dicha cesión requiera la presencia de un componente económico. Así las cosas, en una hipótesis como la referida, el hecho de que una de la partes renuncie a la totalidad, *per se*, no es indicativo de la ausencia de concesiones recíprocas, en la medida en que la otra parte, en todo caso, renuncia también, con la transacción, a la posibilidad de demandar, lo que atestigua la materialización del *aliquid datum*, *aliquid retentum*. Difícilmente, por consiguiente, será hacer total abstracción de una concesión, por moderada que sea, porque en últimas, mediará algún interés que sirva de estribo para el negocio jurídico transaccional y que suponga, correlativamente, un reconocimiento o dejación cualquiera, incluso reflejo.

¹³⁸ A este respecto expresa ESPÍN CÁNOVAS que “[...] la doctrina procura destacar la nota distintiva de la transacción, o sea, la recíproca concesión de derechos, que la distingue de otros procedimientos que también ponen fin a un litigio, como acontece con el desistimiento unilateral del demandante o el allanamiento del demandado [...]”. (ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pág. 732).

¹³⁹ CLEMENTE DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 88. Sobre este particular igualmente afirma el profesor MESSINEO que las recíprocas concesiones “[...] pueden crear, modificar o extinguir, también relaciones diversas de la que ha constituido objeto de la pretensión

Idéntica opinión comparte VALDÉS SÁNCHEZ, en cuya opinión las recíprocas concesiones constituyen el “[...] elemento más característico de la transacción [...] el carácter de elemento esencial del contrato de transacción que tienen las recíprocas concesiones que las partes deben hacerse se observa claramente en el hecho de que ellas representan el medio para llevar a cabo la transacción. En efecto forma parte de la esencia de la transacción el que las partes se hagan concesiones entre sí en relación con sus respectivas pretensiones con el fin de llegar al acuerdo transaccional, al punto que cabe afirmar que ellas constituyen el elemento que la distingue de otras figuras por medio de las cuales se termina una situación dudosa o una situación controvertida, como pueden ser el desistimiento de la pretensión o el allanamiento a las pretensiones de la contraparte [...]”^{140 y 141}.

y de la oposición de las partes. Y esto significa que las recíprocas concesiones pueden afectar a relaciones no controvertidas (incluso pacíficas), y aun cuando sean extrañas a lo controvertido, o sea, que es máximo el poder dispositivo de cada una de las partes, en elegir el objeto de las «concesiones»; y, de este modo, el ámbito de la transacción se amplía, no tanto en el sentido de involucrar efectos en orden a relaciones extrañas a ella, cuando en el sentido de destinar, a los fines de la composición entre las partes, también relaciones extrañas a la materia de la litis (actual o virtual) y no controvertida [...]” (MESSINEO, *op. cit.*, pág. 209).

¹⁴⁰ ROBERTO VALDÉS SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 55-56. El mismo autor agrega a lo anterior que, “[...] las recíprocas concesiones de las partes deben producirse en relación con las pretensiones que cada una de ellas tenga acerca de las cuestiones objeto de la duda o litigio que las afecta. Esta precisión es importante tenerla en cuenta por cuanto el beneficio que reporta la transacción a las partes consiste precisamente en que, gracias a esa recíproca renuncia a sus posiciones iniciales frente a la diferencia, ellas evitan su confrontación dentro de un proceso —bien sea que este no se haya iniciado o bien sea que, habiéndolas iniciado, aún no se haya fallado— [...]”. (*Ibid.*, pág. 56).

¹⁴¹ Sobre la esencialidad de las recíprocas concesiones, también opina TAMAYO HAYA que “[...] esta es una característica esencial y dato estructural imprescindible, patente en el propio tenor literal del artículo 1809. Es la base indispensable, a la más propiamente que de requisito, cabría calificarla de peculiar mecanismo caracterizador de la transacción, como un aspecto instrumental como medio para la consecución de un fin y sin el cual el contrato de transacción sería inexistente; solo mediatamente se sirven de recíprocos intercambios, en tanto en cuanto se utilicen para la conclusión de la controversia. La consecuencia inmediata será que a falta de recíprocas concesiones no estaremos ante una transacción por falta de causa, pues son esta parte integrante de la misma [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 144). MOXÓ RUANO, a su turno, sostiene que “[...] sin inconveniente, se comprueba la mutualidad y la necesidad de ambas renunciaciones

Ahora bien, otro punto de imprescindible consideración en el marco del *aliquid datum*, *aliquid retentum*, es el que tiene que ver con la equivalencia de las concesiones. Al respecto, la posición mayoritaria de la doctrina ha sido la de considerar que no se necesita una completa e inexorable igualdad aritmética entre cada una de las prestaciones¹⁴², sino que basta con que exista un relativo, que no absoluto, equilibrio entre los compromisos y cargas que asume cada una de las partes, en consideración a su posición subjetiva y objetiva en la controversia originada. Es connatural al esquema negocial que aquella parte cuya posición es más favorable en la *litis* o controversia tenga una ventaja relativa respecto de aquella cuya situación no es tan benéfica, circunstancia que es admitida por el ordenamiento jurídico, claro está, siempre y cuando no se extralimiten dichos beneficios hasta el punto de incursionar en el plano del abuso de la posición dominante y el abuso del derecho, que no de la lesión enorme, habida cuenta de que esta particular figura de nuestro ordenamiento jurídico no se aplica al acuerdo transaccional, en la medida en que, como bien tiene establecido la jurisprudencia patria, su aplicación es de carácter restrictivo, esto es, se limita única y exclusivamente a los casos previstos por la legislación, razón por la cual, al no estar prevista en la regulación propia de la transacción, no es dable extrapolarla y, en tal virtud, aplicarla en dicho escenario¹⁴³.

y liberaciones. Por ello, en este núcleo esencial y reducido, en este mecanismo elemental y simple, se da el sinalagma [...]”. (MOXÓ RUANO, *op. cit.*, pág. 679).

¹⁴² ESPÍN CANOVAS afirma que las “[...] recíprocas concesiones no es preciso que sean equivalentes, pues basta con que cada uno ceda algo de sus pretensiones. La transacción es, pues, un contrato que tiene a eliminar una controversia jurídica, judicial o aun antes de estar sometida a decisión judicial, mediante recíprocas concesiones de las pretensiones de cada parte, sustituyendo la incertidumbre sobre la cuestión controvertida por la seguridad que para cada parte implica el reconocimiento de sus derechos por la contraria, tal y como quedan configurados después de la transacción [...]”. ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, pág. 732. TAMAYO HAYA considera que “[...] pese que se haya dicho que una transacción sin concesiones recíprocas es inconcebible, también es cierto que nada obliga que esta sean perfectamente equivalentes; no se exige una necesaria igualdad entre ella con idéntico valor entre lo que se da y se recibe. Puede ocurrir que una parte renuncie a la totalidad de su pretensión, mientras que la otra solo a una parte, o que una abandone mucho y reciba poco [...] no se requiere, en consecuencia, que las concesiones correspondientes sean de la misma importancia y formen el equivalente exacto las unas de las otras [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 159). Cfr. COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 987; TRABUCCHI, *op. cit.*, pág. 366.

¹⁴³ Cfr. VÁSQUEZ GUNDÍN, *op. cit.*, pág. 248.

C) La intención o el “*animus*” extintivo¹⁴⁴

Como desde un principio se advirtió, incontestable realidad es que el móvil u objetivo que lleva a las partes a celebrar el acuerdo transaccional no es otro distinto del de finiquitar un pleito pendiente, en sentido muy general y omnicomprendido de toda situación conflictiva, o precaver un litigio futuro. En esa orientación, es de la esencia misma de la transacción, el cometido extintivo que ella inviste, procura la finalización o desenlace de la *res litigiosa et dubia* que, como se acotó, se enseñorean entre las partes¹⁴⁵.

En otras palabras, se constituye en el confesado propósito transaccional el interés de extinguir, extrajudicialmente, el litigio pendiente o precaver un litigio eventual¹⁴⁶. Por eso ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el acuerdo transaccional “[...] tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes que haya juicio o durante el juicio. Celebrada de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante, carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue en el juicio y la sentencia ya está conseguido [...]”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Sobre el cometido extintivo de la transacción, sostiene VALDÉS SÁNCHEZ que “[...] este elemento consiste en la voluntad de las partes de superar sus diferencias por sí mismas a través [*sic*] de este mecanismo de la transacción. Es lo que los romanos denominaron el *animus transigendi* y que nosotros acá llamamos el ánimo transaccional. Se materializa en la decisión que las partes adoptan frente al conflicto de buscar su solución por medio de esta vía en lugar de acudir a resolverlo a través [*sic*] del proceso judicial o del proceso arbitral”. (VALDÉS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 55).

¹⁴⁵ Por esa razón, con indiscutido acierto afirma SANAHUJA que la transacción “[...] es, desde luego, un contrato que tiene por fin la eliminación de un conflicto [...]”. (SANAHUJA, *op. cit.*, pág. 231). A análoga conclusión se llega al considerar la transacción un prototípico mecanismo de solución alternativa de terminación de controversias.

¹⁴⁶ Observa el profesor FERNANDO HINESTROSA que “[...] la transacción en virtud de la cual o 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 [...]”. (HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 722; 732). También lo afirmó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; al respecto. Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 junio 2007, exp. 6428.

¹⁴⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 diciembre 1954, “G. J.”, t. LXXIX, pág. 267.

Es decir, no debe perderse de vista que la transacción se “[...] encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley considera y trata como una convención y como un modo de extinguir las obligaciones [...]”¹⁴⁸.

9. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN

Escrutados los rasgos generales del acuerdo transaccional, importa analizar, también de modo sucinto, lo relativo a los efectos neurálgicos de tal acuerdo, concretamente los siguientes: a) efecto de cosa juzgada en última instancia y, b) efecto extintivo.

A) *La discusión fundada en la naturaleza jurídica de la transacción*

El tema de los efectos jurídicos de la transacción, como suele suceder en esta materia, resulta también relativo y, de paso, controversial, como quiera que, en estrictez, la atribución de uno y otro efecto dependerá, inexorablemente, de la tesis que se acoja en torno a la naturaleza jurídica del acuerdo negocial en mención. Así, para quienes el contrato *sub examine* es *declarativo*, su efecto primordial será, sin duda alguna, declarativo, valga la reiteración, en virtud del cual las partes *aclaran o explicitan* el verdadero alcance de las obligaciones que existen a su cargo o los derechos en su favor, descorriendo el velo de la incertidumbre y comprometiéndose a cumplir uno o varios deberes de prestación, en el sentido en que han sido declarados, no pudiendo acudir entonces a la vía jurisdiccional, por lo menos lealmente y con éxito, salvo de cara al incumplimiento de lo acordado en materia transaccional¹⁴⁹, que es tema diverso. Lo propio se predicará en los casos de quienes piensan que la transacción es traslativa o dispositiva: cada uno de ellos verá entonces, como primordial efecto de todo acuerdo transaccional, la disposición o la traslación de los derechos y obligaciones inicialmente controvertidos y discutidos.

En nuestro caso y en desarrollo de la tesis esbozada en párrafos precedentes, el efecto primordial de la transacción dependerá, en esencia, del

¹⁴⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 mayo 1966.

¹⁴⁹ *Vid. supra*, núm. 9.

carácter asignado por los convencionistas, no pudiendo, *a priori*, generalizarse sus efectos respecto a todos los acuerdos de esta índole, lo que impide situarlos en una misma y única categoría, como algunos lo han pretendido, a veces forzando el alcance tipológico y funcional del negocio transaccional. Así, en gracia de la brevedad, habrá que evaluar si la transacción es traslativa, o si es constitutiva, o si es dispositiva, etcétera, para dilucidar sus principales secuelas, todo lo cual, claro está, debe entenderse sin perjuicio de dos efectos que, en plena concordancia con lo señalado por la doctrina mayoritaria, que no unánime, suelen ser inherentes a todo acuerdo transaccional, a saber: el efecto extintivo y el efecto de cosa juzgada en última instancia, cuyos principales rasgos pasan a exponerse a continuación.

B) *Efecto extintivo*

Como tuvimos oportunidad de analizar, efecto relevante de la transacción es la extinción de la *res litigiosa et dubia* sobre la cuales versa, pues mediante ellas y de las concesiones recíprocas que le son inmanentes, se abdica a la posibilidad de ventilar judicialmente la contienda que *ab initio* existía entre las partes y que se tradujo en el manantial del acuerdo transaccional, perspectiva desde la cual se suele afirmar que, en plano jurídico, y su turno ontológico, se ha producido una mutación: la extinción de una controversia, pendencia, conflicto o *litis* (en sentido amplio, en orden a no judicializar esta expresión).

Así, “[...] como consecuencia del efecto extintivo, las partes no pueden hacer valer ulteriormente los derechos renunciados y, si así lo hicieren, puede serles opuesta la defensa perentoria de transacción que impide renovar una pretensión ya aniquilada por la virtualidad del convenio celebrado [...]”¹⁵⁰, cuestión que, en otra ocasión, con meridiana claridad,

¹⁵⁰ RAMÓN PIZARRO y CARLOS VALLESPINOS, *op. cit.*, pág. 618. Por su parte, el tribunal de arbitramento que dirimió la controversia surgida entre Occipetrol S. A. y Lukoil Overseas Colombia Ltda. sostuvo, sobre este particular, que “[...] presentes las concesiones recíprocas, en armonía con el aquilatado principio de la seguridad jurídica y asignándole plena e inequívoca fuerza vinculante al acuerdo transaccional, el indicado artículo 2483 del Código Civil lo reviste de la autoridad de cosa juzgada en última instancia, abriéndose camino la facultad de proponer la llamada *exceptio res iudicata* a cargo de aquel contra quien se formule una pretensión procesal resuelta, *ex ante*, a través [*sic*] de la transacción, circunstancia de la cual aflora, para el juzgador, el insoslayable deber de abstenerse de efectuar un pronunciamiento ulterior en torno a la misma pretensión que otrora involucró el referido contrato, digno de respeto (C. C., art. 1602). Esto es plenamen-

ha sido esclarecida por la jurisprudencia patria, conforme a la cual “[...] [la transacción] tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes que haya juicio o durante el juicio. Celebrada de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante, carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue en el juicio y la sentencia ya está conseguido [...]”¹⁵¹.

Este efecto extintivo, sea señalado tangencialmente de paso, implica además que cualquier desembolso que se haga de cara a esa obligación, una vez ya ha sido finiquitada o retirada del mundo jurídico en virtud del acuerdo transaccional, se constituye en un pago de lo no debido, cuyo corolario es el correlativo enriquecimiento sin causa en cabeza de quien lo recibe.

C) En cuanto al efecto de cosa juzgada en última instancia

Ahora bien, de conformidad con el tenor literal del artículo 2483 del Código Civil colombiano, “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia [...]”; ello implica que, además de ser ley para las partes (en virtud del principio *pacta sunt servanda*, inherente a todo negocio jurídico¹⁵²), el contrato de transacción genera una serie de secuelas sustanciales y, por reflejo, procesales, según las circunstancias¹⁵³.

te admisible y, por contera de absoluto recibo, si se tiene en cuenta el genuino propósito del contrato de transacción, consistente en ponerle fin a un litigio pendiente o evitar uno futuro, vale decir de su arraigado carácter extintivo o solutorio, en sentido lato, de tal suerte que, *ex novo*, si lo ya transigido pudiera ser objeto de controversia judicial, de nada serviría la transacción, perdiendo el acuerdo todo fundamento teleológico y, lo que es aún más grave, desconociendo el ánimo de solucionar pacíficamente las controversias en el marco extrajudicial, en la ahora de ahora tan en boga, por numerosas y potísimas razones [...]”. (Tribunal de Arbitramento Occipetrol vs. Lukoil. Laudo arbitral de 14 octubre 2009, Árbitros: Gustavo Suárez Camacho, Gustavo Cuberos Gómez y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo). Cfr. REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 326.

¹⁵¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 diciembre 1954.

¹⁵² También conocido como principio de normatividad de los actos o negocios jurídicos y que en nuestro Código Civil tiene consagración en el art. 1602 en virtud del cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa s legales” (C. C., art. 1602).

¹⁵³ Múltiples autores estudian con meridiana claridad y profundidad lo relativo al efecto de cosa juzgada del contrato de transacción. PELÁEZ, por vía de ilustración, es

Al respecto, conviene acotar que la cosa juzgada es una institución jurídico-procesal en virtud de la cual se otorga a las decisiones judiciales en firme el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, surgiendo, a partir de tal caracterización, una restricción de índole negativa consistente en el impedimento de que el juez vuelva a conocer y a decidir sobre ese mismo asunto¹⁵⁴. Es, pues, una aquilatada garantía, instituida en pro de la seguridad jurídica, con todo lo que ello supone.

Esta institución de la cosa juzgada, que de ordinario se predica de las providencias proferidas por la judicatura, *ministerio legis*, resulta aplicable también al acuerdo transaccional, con arreglo al cual lo transigido no podrá

autor de un trabajo de especial valía, en el que subraya que “[...] toda la transacción, según los términos del artículo 1816, produciría eficacia de cosa juzgada; solo la transacción judicial, por el contrario, es susceptible de ejecutarse por vía de apremio [...]”. (PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 137). TAMAYO HAYA, por su parte, considera que “[...] es idea fundamental que la superación de la controversia a través [*sic*] de la transacción supone la extinción de la controversia y de la acción que pudiera existir. La situación anterior pierde así toda su posible protección jurídica y queda sustituida por una situación nueva. En todo caso, se plantea la obligación de no volver a plantear la controversia, ni volver nuevamente a poner en cuestión lo discutido o contestado con anterioridad, en cuanto que las partes ya han adquirido certidumbre sobre la existencia del derecho, para ellas la cuestión está decidida [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 448). SANAHUJA, a su vez, afirma que “[...] la transacción se beneficia, al igual que la sentencia firme, de la autoridad de la cosa juzgada; y como contrato, de la fuerza legal, viniendo a ser una ley particular que prevalece sobre las leyes generales [...]”. (SANAHUJA, *op. cit.*, pág. 238). Cfr. RICARDO RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, Los contratos y los actos ilícitos, pág. 442.

¹⁵⁴ Cfr. Corte Const., sent. C-774 de 2001. Allí se define la cosa juzgada constitucional, en lo aplicable, como “[...] una institución jurídico-procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 [...] y mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto [...]”. Nótese que se refiere, de forma precisa, a la cosa juzgada *constitucional*; sin embargo, ello no es óbice para traer a colación la definición planteada por la Corte Constitucional, con sus respectivas modificaciones, toda vez que el propio tribunal advierte que se trata de un instituto de aplicación general en el derecho y, en consecuencia, que las reflexiones hechas en torno a ella, aplican también a la figura en general; lo expresa en los siguientes términos: “[...] La cosa juzgada es una categoría general del derecho y por consiguiente tiene una regulación unitaria y uniforme en todos sus campos, sin perjuicio de una serie de especialidades que se predicen de acuerdo con la naturaleza del asunto debatido [...]”. (Corte Const., sent. C-774 de 2001).

ser objeto de una nueva discusión en sede judicial¹⁵⁵ y, en consecuencia, se torna inmutable, intangible, definitivo y vinculante. No en vano, con esa finalidad se celebrará dicho negocio jurídico, de manera que, cuando inconsultamente se desconoce, se quiebran la confianza legítima, rectamente entendida, *ratio* transaccional, pues no se espera que, después de transigir, retorne la pendencia y el conflicto.

Esto es plenamente admisible si se tiene en cuenta, como se esbozó, el propósito mismo del contrato de transacción, cual es precisamente ponerle fin a un litigio pendiente o evitar uno futuro; así, si lo ya transigido pudiera, en todo caso, ser objeto de controversia judicial, de nada serviría la transacción, perdiendo el acuerdo todo fundamento teleológico y, lo que es aún más grave, trastornando el ánimo conciliatorio que en la actualidad promueve, tan asidua y decididamente, la ciencia jurídica.

Parte de la doctrina es renuente frente a la posibilidad de predicar la *cosa juzgada* —*res iudicata*— respecto a un acuerdo celebrado entre particulares, porque, en estricto rigor jurídico, como del tenor literal de la expresión se deriva, la cosa juzgada es propia de aquello que se *juzga*, y quien juzga es un sujeto habilitado por el Estado —funcionario público o sujeto particular— para hacerlo y, en consecuencia, para fungir como juzgador —con *auctoritas e imperium*—, no pudiendo desempeñar el prenombrado papel alguien que no ha sido debidamente investido con dicha facultad y, mucho menos, predicar de sus pronunciamientos el sacrosanto efecto de la *cosa juzgada*, el cual, por definición, se itera, corresponde a las decisiones de un juzgador o sentenciador y no de un particular absolutamente desprovisto de esa legítima facultad. Por eso, un sector autoral sostiene que el contrato de transacción, al ser un acto puramente privado y no jurisdiccional, no puede revestir un efecto de tal entidad, como es el tránsito a cosa juzgada, *stricto sensu*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cfr. LAFONT PIANETTA, *op. cit.*, pág. 87. Por su parte, VODANOVIC sostiene que “[...] la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, pero puede impetrarse la declaración de nulidad o rescisión en conformidad a las normas especiales que señala el Código Civil [haciendo referencia al chileno], sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales del mismo, cuando procedan [...] la transacción puede producir [...] excepción de cosa juzgada. A través [*sic*] de la excepción de cosa juzgada, una de las partes tiende a evitar que vuelva a discutirse la cuestión solucionada por la transacción [...]”. (VODANOVIC, *op. cit.*, págs. 145-146). SANAHUJA explica en torno a este rasgo que “[...] la autoridad de cosa juzgada en que principalmente radica dicho valor, consiste en sustraer el asunto a todo juicio, a todo examen ulterior [...]”. (SANAHUJA, *op. cit.*, pág. 238). Cfr. BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 116; LARENZ, *op. cit.*, pág. 140.

¹⁵⁶ Es de esta posición SÁNCHEZ ROMÁN, en cuya opinión “[...] si bien es cierto que la transacción sustituye a la decisión judicial que evita, y que por esto se ha generalizado

Sin embargo, aun cuando en el más riguroso de los sentidos asiste algo de razón a quienes con purismo defienden esta tesis, lo cierto es que el propio legislador, al tenor del aludido artículo 2483 del Código Civil colombiano, *expressis verbis*, le asignó el efecto de cosa juzgada al acuerdo transaccional, no siendo dable al intérprete desconocer tal intención, máxime cuando lo hizo con el fin de darle fuerza más jurídica —y también didáctica—, a emulación de lo que acontece en sede judicial, siendo claras las diferencias reinantes entre la sentencia y el negocio transaccional¹⁵⁷. De este tema no puede entonces hacerse una contienda, aun cuando quizá hubiera sido preferible emplear, a la sazón, la expresión *equivalentes* a la cosa juzgada¹⁵⁸.

Retomando pues el cauce del tema que detiene nuestra atención, vale la pena precisar que el tránsito a cosa juzgada inherente al acuerdo transaccional admite, sin embargo, tres matizaciones particulares a la luz de la propia normatividad, a la par que de la doctrina y la jurisprudencia, por lo menos.

Así, lo primero que debe advertirse es que el efecto en comento debe entenderse sin perjuicio de las declaraciones de nulidad absoluta y de rescisión que pueden ser impetradas en contra del referido acuerdo, tal como lo dispone el artículo 2483 del Código Civil colombiano, obviamente en el entendido de que una cosa es impetrar la nulidad y otra muy distinta,

mucho la doctrina de que tiene la transacción la fuerza de cosa juzgada o equivale a la sentencia en firme, esto podrá ser racional, pero no es estrictamente legal, ni siquiera de doctrina; no siendo, por tanto, de admitir que las transacciones tengan tal equivalencia práctica y verdadera, porque en ese caso se podrían llevar a efecto por las reglas y trámites establecidos para la ejecución de las sentencias. La transacción no es ni más ni menos que un nuevo contrato, formulado en resolución de dudas, que contratos anteriores, u otras relaciones de derecho precedentes, hayan podido ofrecer a los interesados, ni tiene más fuerza ni otro medio de cumplimiento que los de cualquier otro contrato, probada que sea su existencia [...]”. (SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, págs. 951 y 960). *Vid.* DE GÁSPERI, *op. cit.*, págs. 314-316.

¹⁵⁷ Sobre este punto, COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, págs. 991-992, detalladamente diferencian la transacción como acto contractual de la sentencia como acto jurisdiccional, la que realmente es apreciable, TAMAYO HAYA agrega a lo anterior que “[...] respecto al argumento esgrimido por la teoría contraria de la equiparación de la transacción con la sentencia contestan que entre transacción y juicio no hay identidad, sino analogía; las diferencias entre ambas instituciones son grandes. Por lo que no admitir para atacar una transacción más que los medios del cual puede servirse para atacar un juicio, resulta absolutamente inadmisibile [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 369).

¹⁵⁸ Sobre este particular, VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 204; BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 118.

declararla¹⁵⁹. En efecto, si el negocio transaccional tiene algún defecto real que cause su ulterior invalidez, se preserva incólume la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para que declare tal invalidez (sea nulidad absoluta o relativa).

En segundo lugar, y como se advertía en párrafos precedentes, de antaño se sostenía que las prestaciones a que se comprometían las partes en virtud de las concesiones mutuas inherentes al contrato de transacción eran de ejecución instantánea, porque no podía quedar abierta la posibilidad a un futuro litigio por incumplimiento contractual. Con todo, tal como en su momento se precisó, la jurisprudencia patria ha superado tal posición y, en consecuencia, puede aflorar un futuro litigio que tenga como base la inexecución o la ejecución imperfecta de dichas obligaciones. Así lo expresa la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 26 de mayo de 2006, en el que pone de presente que: “[...] podría objetarse a ello que la teleología de la transacción no es cambiar un litigio por otro que pudiera dimanar del incumplimiento de la transacción misma, sino cumplida y precisamente que la litigiosidad llegue a su fin; y que entonces la transacción es cosa acabada, de ejecución instantánea, manera única de garantizar que entre sus celebrantes ya no habrá más pendencia con ocasión de la disputa actual, cosa que de paso entrega argumentos a los que critican que la transacción pase por contrato, porque su poder no es generar sino extinguir obligaciones. No obstante, no parece correcta esta objeción porque entonces quedaría sin explicación del porqué el artículo 2486 del Código Civil concibe la cláusula penal en tal tipo de

¹⁵⁹ El art. 2483 del C. C. efectivamente dispone que “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”. En el mismo sentido, el art. 1816 del C. C. esp. dispone que “la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremia sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”; idéntica disposición contiene en Código francés, a cuyo tenor literal “las transacciones tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada en última instancia. No pueden impugnarse por error de derecho ni por causa de lesión” (art. 2052). El C. C. arg. prescribe que “la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de cosa juzgada” (art. 850). La codificación mexicana afirma que “la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley” (art. 2953). Finalmente, el Código de Venezuela prescribe que “la transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada” (art. 1718). Cfr. Tribunal Supremo español, sents. de 30 abril 1864, 27 junio 1907 y 7 diciembre 1929.

convenio, siendo que esta es por definición una garantía personal de las obligaciones, sin las cuales, entre otras cosas más, no podría subsistir aquella; y obviamente que tales obligaciones garantizadas con cláusula penal necesariamente tienen que ser las que diferidas fueron para su ejecución. Con el agregado de que no es extraño que modos extintores de obligaciones generen a su turno otras, cual sucede en la novación en la que la obligación, para decirlo con algo de metáfora, resulta paga con una nueva promesa. Es más, según lo preceptúa la ley procesal, el *cumplimiento forzado* de las obligaciones «reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en procesos declarativos» se adelanta ante el mismo juez que, precisamente, había finalizado los procesos con apoyo en tales causas conciliatorias (C. de P. C., art. 335, postrer inciso) [...]”¹⁶⁰.

En ese sentido, el segundo punto o aspecto en el que no opera la cosa juzgada a que se refiere el prenombrado artículo 2483 de la codificación civil es precisamente en lo que respecta a la posibilidad de solicitar, según el caso, la ejecución forzada de las prestaciones derivadas del contrato de transacción, en el evento de inejecución prestacional; frente a ello, no debe perderse de vista que la transacción constituye un *contrato bilateral* y, como tal, está sujeto a las disposiciones que disciplinan los efectos emergentes del incumplimiento contractual, de manera que si se incumple es obvio que no puede ampararse el deudor en una supuesta cosa juzgada, que se tornaría en una especie de inmunidad negocial, a todas luces inaceptable¹⁶¹. En prueba de ello, las obligaciones derivadas del acuerdo transaccional pueden garantizarse mediante el pacto o establecimiento de una cláusula penal que se deberá a partir del momento en que el deudor haya sido constituido en mora, si la prestación debida es positiva, o aquel en el que haya incurrido o ejecutado la conducta respecto a la cual debía abstenerse, si dicha prestación es negativa, coincidiendo, en este aspecto, con lo previsto por el artículo 1595 del Código Civil colombiano.

La tercera morigeración o reserva que implica el efecto de cosa juzgada alude a la transacción sobre alimentos futuros; al respecto, y como bien tiene establecido la jurisprudencia, las providencias judiciales que deciden sobre alimentos futuros no hacen tránsito a cosa juzgada, razón por la cual su revisión puede ser solicitada en cualquier momento, todo en consonancia con el interés superior objeto de protección. De ahí que si las providencias no hacen tránsito a cosa juzgada, mucho menos lo hará

¹⁶⁰ C. S. de J., sent. de 26 mayo 2006.

¹⁶¹ Asunto este que, *grosso modo*, se abordará en numeral posterior.

la transacción en torno a esta materia en particular, razón por la cual en lo tocante con ella procederán los recursos de ley, siempre en procura de salvaguardar las garantías pertinentes, tanto de orden sustancial, como procesal. Por eso afirma el profesor VODANOVIC que “[...] en la obligación alimentaria se sobreentiende que la prestación tiene carácter *rebus sic stantibus*, es decir, que permanece en vigencia mientras perdure el mismo estado de cosas existente al momento de cambiar en armonía con las circunstancias tomadas en cuenta para fijar la pensión. El Código Civil también lo proclama así [...]”¹⁶².

Finalmente, es de resaltar que la Corte Suprema de Justicia refrendó el consabido efecto de cosa juzgada, y lo hizo con un carácter general al explicitar que “Por el carácter dispositivo de derechos que tiene la transacción el legislador le ha reconocido el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada en última instancia (art. 2483 C. C.), sin perjuicio de que pueda pedirse su nulidad y rescisión por las causales generales de los contratos o las precisas dispuestas en los artículos 2476 y siguientes del ordenamiento civil, incluso, resolverse en los términos que autoriza el artículo 1546 *idem* para los contratos bilaterales”¹⁶³.

10. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

SU CARÁCTER RESTRICTIVO

Aun cuando sobre este tema podrían escribirse numerosos folios, dada la trascendencia que reviste la temática de la interpretación del contrato, sin perjuicio de la que ha tenido a lo largo de la historia, debemos limi-

¹⁶² VODANOVIC, *op. cit.*, pág. 147. Sobre este particular afirma VALDÉS SÁNCHEZ que en punto tocante con el efecto de cosa juzgada que acarrea el acuerdo transaccional, “[...] conviene tener en cuenta que, así como el efecto de cosa juzgada que por ministerio de la ley tiene una sentencia válidamente proferida tiene efecto provisional en ciertos casos determinados por la misma ley, de la misma manera, la transacción tiene igualmente efecto de cosa juzgada provisional cuando la materia sobre la cual recae, de acuerdo con lo establecido por la ley, es susceptible de ser modificada en virtud del cambio de las condiciones de hecho con base en las cuales las partes han llegado a ella [...] en cuanto al efecto provisional de la cosa juzgada en el contrato de transacción, este se da en el contrato de transacción que se celebra sobre el valor de los alimentos; no sobre el derecho consagrado por la ley a recibir alimentos, materia que es intransigible [...]”. (VALDÉS SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 200-201).

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. SC418-2018 de 1º marzo 2018, rad. 2011 00434.

tarnos a señalar que la transacción, como negocio jurídico que es, fruto de la común intención de sus artífices, es pasible de ser interpretada, en cuyo caso son plenamente aplicables los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, en lo pertinente, a la par que la jurisprudencia que, en este campo, de suyo relevante, han proferido nuestras cortes, en especial la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁴.

No obstante, si quisiéramos señalar en el plano hermenéutico que así como no puede volverse a discutir lo transigido en virtud del tránsito que el asunto hace a cosa juzgada, a lo que aúna su carácter intangible, bien entendido, igualmente es preciso tener presente que tampoco puede extenderse tal efecto, de suyo puntual y, por contera, muy específico, a aquellos derechos, facultades o prerrogativas, sobre los cuales no recae el acuerdo de transacción y que en tal virtud no fueron objeto de discusión y arreglo, como quiera que en dicha hipótesis, el acuerdo transaccional se transformaría en patente de corso para legitimar injusticias, deformando su genuino y primigenio cometido, a la vez que transformando el contrato en un negocio que se tornaría perjudicial para el tráfico negocial, entre varios intereses más. Justamente por ello, en rigor, la transacción es un contrato en el que, como en otros, campea la restrictividad en la interpretación de las estipulaciones contractuales, a fin de evitar indeseables extralimitaciones que le desfiguren el sentido mismo de por sí no es omnímoda o irrestricta, como quiera que conoce límites, aunque a veces se pretenda ensanchar su espectro, que no es de látex. He ahí la significación de que los contratantes, en forma meridiana, cabalmente fijen los límites de su convención, no dejando a otros su ulterior definición, tarea interpretativa que no es ni fácil ni siempre es fiable.

Ello es confirmado por el artículo 2485 del Código Civil colombiano, que con toda claridad dispone que “si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá solo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige”. Esta norma guarda armonía con el precepto del artículo 1619 del Código Civil, predicable de los contratos, en general, que dispone que, “Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

¹⁶⁴ Vid., en general, CARLOS IGNACIO JARAMILLO, *La interpretación del contrato en el Derecho privado colombiano, en la Interpretación del contrato en América Latina*, t. II, Lima, Grijley, 2007.

Obsérvese que la norma es precisa en cuanto a que los efectos de la renuncia a un derecho son relativos y, en consecuencia, incluso si en la transacción se renuncia de forma general a un derecho, tal renuncia solo se entenderá que concierne al objeto sobre el cual se celebró la transacción. Ello mismo se predicará, con mayor razón, si la renuncia se refiere solamente a una cuestión o cuestiones específicas, como es de usanza¹⁶⁵.

Lo señalado, además de sintonizarse con importantes reglas orientadoras de la ciencia jurídica, particularmente aquella en virtud de la cual no puede extenderse el consentimiento de las partes a unos confines o zonas que ellas no han previsto y, por tanto querido, es concordante con lo que disponen otros sistemas jurídicos en el campo internacional. Así, el artículo 1815 del Código Civil español dispone que “la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que por una inducción necesaria de sus palabra deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende solo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción”; el artículo 2048 del Código Civil francés, por su parte, prescribe que “las transacciones se concretan a su objeto; la renuncia que se haga en ellas a cualquier clase de derechos, acciones y prevenciones, no se extiende a más de lo que se relaciona con la cuestión que la ha motivado”. En fin, la codificación uruguaya afirma que “las transacciones deben interpretarse estrictamente. La transacción no comprende sino los objetos expresados general o específicamente en ella, o que por inducción necesaria de sus palabras deban reputarse comprendidos. La renuncia general de derechos no se extiende a otros que los que tienen relación con el objeto o los objetos sobre que se transige” (art. 2159). En idéntico sentido se expresa el Código Civil de Brasil en el artículo 843¹⁶⁶.

Simétrica posición asumen reconocidos doctrinantes, entre otros, HINESTROSA, que afirma que “[...] 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 todas ellas quedan comprendidas en la compensación [...]”¹⁶⁷; por su parte, BONIVENTO

¹⁶⁵ En ello coincide también LAFONT PIANETTA, en cuya opinión no se puede dar una interpretación extensiva a las renunciaciones hechas con el acuerdo de transacción. *Id.* LAFONT PIANETTA, *op. cit.*, pág. 87; Tribunal Supremo español, sents. de 11 noviembre 1904; 6 abril 1911 y 28 octubre 1933.

¹⁶⁶ Cfr. C. C. de México, art. 2962, y el C. C. de Venezuela, art. 1716.

¹⁶⁷ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 731.

FERNÁNDEZ sostiene que “[...] si la transacción [...] recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia de todo derecho, acción o pretensión, deberá solo comprender los derechos derivados del objeto u objetos sobre que se transige; no puede abarcar más, a pesar de que se exprese o manifieste en la renuncia [...] como tantas veces se ha dicho, la transacción se limita al derecho cuya concesión se hace [...]”¹⁶⁸.

VODANOVIC coincide también con el criterio expuesto. Así en su opinión, “[...] el gran principio que campea en la interpretación de la transacción es que los términos de ella que impliquen renuncia de derechos, deben ser interpretados restrictivamente. Porque es natural pensar que quien se desprende de un derecho o una pretensión, en cualquiera medida que sea, ha de ser solo respecto al derecho o pretensión a que se refiere y en la extensión que se desprenda del significado literal de las palabras empleadas [...]”¹⁶⁹.

CASTÁN TOBEÑAS, también hace lo propio, al afirmar que “[...] la transacción es de interpretación estricta, y su eficacia no puede traspasar los límites del objeto controvertido que constituye su objeto. De aquí las dos siguientes reglas de nuestro Código (que tienen ya su origen en el derecho romano): 1) La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. 2) La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción [...]”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ BONIVENTO, *op. cit.*, pág. 117.

En punto tocante a la interpretación del contrato de transacción, expone la profesora TAMAYO que “[...] los efectos que la transacción despliega únicamente se extienden a lo expresamente pactado por las partes. Ello nos lleva al análisis de cómo debe proceder la labor de interpretativa de la transacción. La premisa fundamental es la siguiente: los efectos de la transacción solo se extienden a lo expresamente estipulado en ella (de ahí la relevancia de la situación anterior de cara a la interpretación de los nuevos pactos); esto es, la autoridad de cosa juzgada reconocida a la misma se restringe y solo cae sobre los objetos que las partes han tenido en vista a la hora de transigir. No obstante, en algunas ocasiones las dificultades de interpretación hacen perder la paz y tranquilidad que con la transacción se ha conseguido [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 457).

¹⁶⁹ VODANOVIC, *op. cit.*, pág. 169.

¹⁷⁰ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, pág. 318-319.

Análoga posición asume TAMAYO HAYA: “[...] la interpretación [del contrato de transacción] ha de ceñirse a las palabras o términos utilizados, objetos expresados determinadamente, o que se indujera necesariamente de sus términos. O dicho de otro

LUIS DE GÁSPERI, a su turno, señala que “[...] por generales que sean los términos de la transacción, se ha de entender que ella no abarca sino los puntos de que las partes quisieron ocuparse [...] si, pues, usando las partes, la expresión corriente de que renuncian a todos los derechos, acciones y pretensiones, debe entenderse que solo renunciaron a los derechos, acciones y pretensiones relativos a la controversia sobre que transigieron [...]”¹⁷¹.

Ya para terminar de citar opiniones favorables a la existencia de un criterio restrictivo en el ámbito hermenéutico-transaccional, se adhieren a esta tesis los hermanos MAZEAUD, en cuyo sentir, en tratándose de acuerdos transaccionales, “[...] se impone una interpretación restrictiva de la voluntad de las partes. Las partes no deben, pues, ser consideradas como que renuncian tan solo a los derechos sobre los cuales versa el conflicto [...]”^{172, 173}.

Sobre el particular, y con la venia del lector, memoramos que sobre este mismo particular —no hace mucho tiempo—, tuvimos oportunidad de expresar de la llamada regla de especificidad o de la especialidad (C. C., art. 1619), que ella “[...] aboga por circunscribir la interpretación al contenido del negocio jurídico particular, sin que el intérprete, *motu*

modo, la transacción obliga a los interesados a su estricta observancia en lo que integra su contenido obligacional expreso o que por deducción debe reputarse comprendido en la misma. Ello es lógico en cuanto que las partes solo se vinculan respecto a aquella materia sobre la que se han propuesto contratar; es lo que ocurre con carácter general en todo contrato; lo que ocurre es que esta regla es particularmente aplicable en la transacción, en cuanto que las transacciones generales son muy frecuentes [...]” (*op. cit.*, págs. 459-460).

¹⁷¹ DE GÁSPERI, *op. cit.*, págs. 318-319.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN manifiestan que “[...] la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende solo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción [...]” *op. cit.*, pág. 432.

¹⁷² MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 624.

¹⁷³ También se adhiere a esta tesis el profesor REZZÓNICO en cuya opinión la transacción “[...] es de interpretación estricta o restrictiva, según lo dispone el artículo 835: es que la transacción implica, como dijimos, una renuncia recíproca, y toda renuncia es de interpretación estricta o restrictiva [...]”. (REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 321). Cfr. VÁSQUEZ GUNDÍN, *op. cit.*, pág. 248. SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES, “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *op. cit.*, pág. 298.

proprio, pueda amplificar el alcance de los derechos y de las obligaciones a que él se refiere —que no son de látex—, so capa de la amplitud o generalidad de los términos empleados por los contratantes, pues el tipo contractual, en concreto, por de pronto a manera de ancla —o de polo a tierra—, debe servir para acotar el alcance de lo acordado, que no puede pretender abarcarlo todo. De lo contrario, podrían quedar borradas las fronteras tipológicas, en grave desmedro de lo realmente querido por los celebrantes, al mismo tiempo que de la esencia contractual e individual propiamente dichas”.

“No sin razón, es el negocio que aquellos celebraron, y no otro, el que debe ser sometido a escrutinio (brújula hermenéutica), de suerte que será él el llamado a servir de hito delimitador para todos los efectos, aun de cara al empleo terminológico y textual lato por parte de los artífices del mismo, quienes por expresarse de modo tan global, extensivo o panorámico, pueden tornarse imprecisos. Por eso, si no se tiene en cuenta esta regla, o se desatiende, podría llegarse a adoptar un débito, o derivarse unas consecuencias ni remotamente imaginadas, ni queridas genuinamente en su momento, en franco quebrantamiento de la intención común de los celebrantes, con todo lo que ello entraña.

”En suma, no por generales, no por hablar o escribir de más, hay que formular una inexorable condena negocial, dándole ciega aplicación a lo establecido en su dimensión literal, puesto que hay que aterrizar la *voluntas* al asunto particular, a fin de poder fijar el contenido, el significado y el alcance negociales. De otro modo, en contravía de la lógica y del propio Derecho, lo general e indeterminado, terminaría paradójicamente primando sobre lo especial y determinado, que es lo que sucedería, solo por vía de ejemplificación, si en un contrato de transacción su hermenéutica extendiera los confines de la misma a otros supuestos de los específicamente acordados (gobierno negocial), a sabiendas de que sus términos, *ab antique*, deben ser interpretados en forma puntual y restrictiva, en clara respuesta de lo pretendido por las partes y por el propio tipo contractual, según las voces del artículo 2485 del Código Civil, el que en nuestro entender es clara aplicación del artículo 1619 *sub examine*”¹⁷⁴.

Finalmente, teniendo en cuenta que es muy común que ello tenga lugar en la *praxis*, vale recordar muy brevemente dos cosas concretas en materia de interpretación, aunque resulten lógicas y simples.

¹⁷⁴ CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2016, págs. 346 y ss.

La primera, que el *nomen* que le confieran las partes contratantes a su acuerdo de naturaleza extintiva no es de por sí determinante, de suerte que si no lo consideran transacción, acuerdo transaccional, negocio jurídico transaccional, entre otras denominaciones más de carácter análogo o similar, ello no se opone para que el juzgador le otorgue dicho rótulo y, por consiguiente, le asigne los efectos inherentes a la transacción (C. C., art. 1618), en atención a que no son las partes las llamadas privativamente a ello, puesto que el título empleado no es “verdad” revelada; lo determinante, ciertamente, es pues su contenido y su arquitectura, laborío que luego, efectuará entonces el juzgador, según el caso¹⁷⁵. De ahí que si los convencionistas bautizaron su acuerdo como de “paz y salvo”, u otro similar, lo cual es bastante frecuente —o incluso si no tiene título alguno— y refleja con diafanidad los elementos y presupuestos consustanciales al tipo contractual *sub examine*, habrá transacción, más allá del mero nombre otrora fijado, ejercicio, claro está, que deberá realizarse con cautela, como bien se sabe, a fin de no otorgarle más efectos de los que realmente tiene, pero tampoco menos.

Y lo segundo, que para poder evaluar si la común intención de las partes contratantes realmente denota el vívido deseo de finiquitar una controversia, o de anticiparse a ella, no es de recibo circunscribirse única y exclusivamente a un acto, a sabiendas de que existen otros, ora anteriores, ora posteriores en sí mismos conectados, concatenados, o relacionados, según el caso, eslabones que, por su etiología y alcance, bien pueden servir de brújula para reconstruir la referida intención común, norte del hermeneuta (C. C., art. 1618). Al respecto, en lo aplicable, es muy elocuente el artículo 1622 de la codificación civil, conforme al cual “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

11. OTROS TEMAS DE INTERÉS REFERENTES A LA TRANSACCIÓN

No obstante la extensión de este estudio, de suyo considerable, no lo negamos, ha sido necesario sacrificar un apreciable número de temas de

¹⁷⁵ Tiene razón SANAHUJA, al precisar que “[...] los órganos del Estado han de calificar el acto —salvo las excepciones legalmente prescritas—, prescindiendo del nombre que le den los contratantes, es cierto, pero siempre con arreglo a su verdadera naturaleza jurídica” (*op. cit.*, pág. 231).

acentuada valía, muy a nuestro pesar, aun cuando estamos persuadidos de la limitación de espacio reinante, lo cual es evidente en tratándose de publicaciones colectivas. Con todo, plenamente conscientes de que nuestro cometido tampoco era el de efectuar una revisión exhaustiva de este tipo negocial, preferimos concentrarnos en algunos aspectos centrales de él, difiriendo su análisis para otra ocasión, como se anotó al comienzo. Baste, sin embargo, referir sucintamente a concretos puntos, solo con el fin de darles una pincelada, dada su relevancia intrínseca. Nos referimos, *in concreto*, al estudio del principio de la relatividad en el acuerdo transaccional (*res inter alios acta*) a la par que el análisis de algunos interrogantes relativos a la invalidez en el marco de este singular contrato y a la inaplicación de la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*.

A) *El principio de relatividad en el acuerdo transaccional*
(“*res inter alios acta*”)

Sobre este particular, sea lo primero acotar que la transacción, como cualquier otro negocio jurídico, está sujeto al principio de la relatividad de los negocios jurídicos (*res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*), razón por la cual el artículo 2484 del Código Civil colombiano, a tono con aquel, dispone que “la transacción no surte efecto sino entre los contratantes. Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de la solidaridad”¹⁷⁶.

Así las cosas, la regla general —realmente con pocas y muy puntuales excepciones—, es que la transacción solamente irradia sus efectos entre las partes que intervinieron en ella¹⁷⁷, sean solamente dos o más de dos, en aquellos casos en que la relación jurídica de orden sustancial sirva de estribo a la transacción, involucre más de dos partes intervinientes, caso en el cual la transacción “[...] ha de incluirlas a todas, porque no

¹⁷⁶ El Código Civil de Brasil contiene una disposición muy similar, a cuyo tenor “la transacción no aprovecha, ni perjudica sino a los que intervienen en ella [...]” (C. C. de Brasil, art. 844).

¹⁷⁷ Sobre este particular afirma LUIS DE GÁSPERI que “[...] cualquiera sea el punto de vista desde el cual se la contemple: ley privada o sentencia definitiva, el resultado es el mismo: «la relatividad de sus efectos». No obliga sino a las partes, a sus herederos y sucesores universales, sin perjuicio de terceros [...]”. (LUIS DE GÁSPERI, *op. cit.*, pág. 311).

podría ser de otra manera, ya que en este caso la situación jurídica debe ser uniforme para todas, pues ellas acuden al proceso integrando un litisconsorcio necesario [...]"¹⁷⁸.

Pero la cuestión se torna más compleja cuando se examina la última parte del prenombrado artículo, la cual parece consagrar una excepción al referido principio de la relatividad, pues empleando una expresión exceptiva, como es *salvo*, hace una mención vaga de los efectos de la novación en el caso de la solidaridad. Frente a ello surge entonces la pregunta cómo entender ese último apartado del artículo 2484 del Código Civil colombiano.

Al respecto, hay que precisar, en forma por demás sintética —y sin perjuicio de un examen más profundo que se realizará en ocasión posterior—, que la norma efectivamente consagra una excepción al principio de relatividad de los negocios jurídicos¹⁷⁹, consistente en que *la transacción producirá efectos frente a terceros cuando con ella se haya novado una obligación solidaria, caso en el cual los deudores solidarios, aun cuando no formen parte del acuerdo, podrán invocarla en su favor*. En efecto, al darle cabida a una novación, el acuerdo transaccional extinguirá la obligación solidaria para todos los deudores solidarios y, en ese sentido, afectará favorablemente a los deudores que no consintieron en ella (terceros que no son parte negocial), que además no se verán vinculados o ligados por la obligación sustituta, precisamente porque no expresaron su asentimiento¹⁸⁰.

¹⁷⁸ C. S. de J.. Sala de Casación Civil, auto de 22 marzo 1990. Esta posición fue reiterada en un pronunciamiento ulterior en el que la Corte sostuvo que "[...] para que agote todos los efectos que le son propios, la transacción que tiene como finalidad la extinción de una relación contractual en torno de la cual gira el conflicto sometido a composición judicial, debe haber sido acordada por todas las personas que intervinieron en el convenio, puesto que sólo así podría decirse que, de un lado, se extingue el negocio jurídico y, de otro, que se termina el proceso. En caso contrario, vale decir, cuando no todos los contratantes transan, el contrato no se extingue y el proceso continúa con quienes no participaron en la transacción [...]" C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 17 noviembre 1993.

¹⁷⁹ Cuestión que no solamente se da en el caso de la transacción; existen otras figuras jurídicas en las cuales también se exceptiona el principio de relatividad de los actos jurídicos. Cfr., *ibid*, pág. 362.

¹⁸⁰ El profesor VELÁSQUEZ sostiene sobre este particular que el prenotado artículo 2484 del Código Civil colombiano "[...] lo que dispone no es más que la imposibilidad de hacer extensivo a los codeudores solidarios o de prestación indivisible el contenido mismo de la transacción, esto es, las posibles nuevas prestaciones, caso en el que, dándose

Así las cosas, los deudores solidarios favorecidos por la transacción que novó la obligación, hipótesis posible, como se puso de manifiesto en su momento, podrán entonces, a pesar de no ser parte, invocarla en su favor, pues ese es un modo extintivo de la relación obligatoria que inicialmente los vinculaba, que justifica considerarse para que se pueda extender a los demás.

Esta interpretación, en lo pertinente, es compartida por HINESTROSA, que afirma que “[...] la transacción celebrada entre el acreedor y uno de los deudores, tampoco es oponible a los demás, por cuanto no fueron parte en el acuerdo, o sea por las mismas razones que llevan a circunscribir los efectos adversos de la cosa juzgada a las partes. En cambio ellos sí podrán invocarla a su favor [...]”¹⁸¹. Idéntica posición sostienen otros autores como CLARO SOLAR¹⁸².

Como complemento a lo señalado, parece oportuno manifestar que cuando se afirma que la transacción no aprovecha a quien no ha sido parte en ella, lo que se quiere significar, *stricto sensu*, es que no puede extenderse el prístino y medular efecto de tránsito de cosa juzgada que escolta al contrato de transacción, es decir, no puede un tercero interponer la *exceptio res iudicata* respecto de un asunto en particular, esgrimiendo el contenido de un contrato de transacción en el que no fue parte.

Sin embargo, tal afirmación no debe entenderse en el sentido limitativo de que un tercero, que no fue parte directa en la transacción, tendrá entonces que honrar las prestaciones que eventualmente el demandante reclama y que, *stricto sensu*, ya fueron extinguidas *ex ante* con un negocio jurídico transaccional. Así, aun cuando la transacción no irradia sus

la novación, sus efectos llevan a extinguir la obligación solidaria [...] pero, sin duda, en la medida en que la transacción implique la extinción de la obligación, independientemente de que exista o no novación, los codeudores solidarios o de prestación indivisible quedan, por consiguiente, liberados, corriendo luego los efectos que regulan las relaciones internas entre ellos. Por lo mismo, las garantías quedan extinguidas, como accesorios que son de la obligación principal [...]”. (VELÁSQUEZ GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 1300).

¹⁸¹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 353.

¹⁸² Tan respetado autor afirma que “[...] Las excepciones reales o comunes son inherentes a la obligación misma [...] pueden ser opuestas por cualquiera de los deudores solidarios y producen efectos respecto de todos ellos. Esas excepciones son: [...] 3. Las causas de extinción que afectan a todos los deudores y a toda la obligación, como el pago, la remisión total, la novación, la confusión total, el evento de condición resolutoria, la transacción, la prescripción [...]”. (CLARO SOLAR, *Derecho civil. Obligaciones*, Santiago, Imprenta Universidad de Chile, pág. 439).

efectos a terceros que no fueron parte en ella, como se expresó, no puede por ello un sujeto que ya ha sido satisfecho en sus pretensiones, por otra vía válida y tutelada por el ordenamiento, exigir un doble pago de ellas, so pretexto de que lo está haciendo respecto de una persona que no fue parte en el acuerdo transaccional, pues ello conduciría a un intolerable enriquecimiento en cabeza suya, amén de que su conducta, en sí misma considerada, no sería ni leal, ni ética, lo que explica que en este supuesto se imponga un remedio.

Como lo indica con acierto SANAHUJA, “[...] la autoridad de cosa juzgada en que principalmente radica dicho valor, consiste en sustraer el asunto a todo juicio, a todo examen ulterior; y aunque solo es obligatoria para los sujetos A y B contratantes de la transacción, como todo acto jurídico que solo afecta a las partes que intervienen en él, la transacción existe y tiene un valor específico con relación a todos, como transacción entre A y B. Y no puede establecerse como principio general que hace estado solo entre las partes; pues, como dice CHIOVENDA de la sentencia, la verdad es lo contrario. Lo que hay es que no puede perjudicar a otras personas que sean ajenas al litigio; es decir, a la transacción. «Todos deben reconocer la cosa juzgada entre las partes, pero no pueden ser perjudicados por ella [...]»”¹⁸³.

B) *La invalidez e ineficacia del acuerdo transaccional*

Son múltiples los asuntos que se discuten en materia de invalidez del acuerdo transaccional, habida cuenta de que el cometido de la figura, y el consabido efecto de tránsito a cosa juzgada que el contrato apareja o trae consigo conduce a variadas reflexiones¹⁸⁴ que, en lo medular, se orientan por definir si es posible impetrar la nulidad de la transacción y, de ser ello así, cuáles son las causales que se pueden invocar para el efecto, a sabiendas de que en esta materia se debe proceder con cautela, pues grave sería abrir tantas posibilidades que, a la postre, eclipsaran el cometido extintivo y definitorio que, de antaño, le asiste al negocio tran-

¹⁸³ SANAHUJA, *op. cit.*, págs. 238-239.

¹⁸⁴ Los hermanos MAZEAUD explican que “[...] la transacción no siempre pone a las partes al abrigo de un proceso; arrepintiéndose de los sacrificios consentidos, tratan con frecuencia de que se anule la transacción, a tal punto que los redactores del Código Civil han tenido que limitar el ejercicio de la acción de nulidad, al menos cuando la causa de la anulación invocada consista en el error [...]”. (MAZEAUD, *op. cit.*). *Vid.* ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, pág. 735.

saccional, tornándolo meramente nominal, en contravía de la seriedad de los contratos, de la buena fe y de la seguridad jurídica. Obviamente que ello no se puede extremar, pues por esta vía reduccionista también podrían cometerse injusticias. Un justo medio es, pues, lo aconsejable, mejor lo más razonable.

Efectivamente, en torno a este primer interrogante conviene subrayar que, aun cuando se trata de un tema espinoso en el derecho comparado, sobre todo en aquellos regímenes que no regulan detalladamente el contrato en referencia, en el caso colombiano la cuestión resulta ser algo diversa, como quiera que el Código Civil patrio contiene un número importante de disposiciones que, en el marco del título xxxix (regulación de la transacción), se refieren a la nulidad —absoluta o relativa— del negocio transaccional.

Ahora bien, en lo concerniente a las causales que se pueden invocar, se suele discutir si las circunstancias conducentes a la invalidez de un acuerdo transaccional, son solamente las señaladas como tales en las normas especializadas en materia de transacción o, por el contrario, además de dichas normas, se suman también las causales generales que causan la nulidad de cualquier negocio jurídico. La balanza, *prima facie*, parece inclinarse por la primera opción, habida cuenta de que en función del artículo 2483 del Código Civil colombiano, podría entenderse que la declaración de nulidad absoluta o la rescisión del acuerdo transaccional se hará “[...] en conformidad con los artículos precedentes [...]”, que son justamente los que se refieren a las causales específicas de invalidez del contrato en comentario.

Sin embargo, dicha conclusión solamente sería sostenible a partir de una lectura aislada, amén de divorciada del tenor mismo de la norma en cita, porque no existe una razón jurídica válida por la cual sustraer a la transacción —arquetípico negocio jurídico, a la luz de nuestra legislación— de las demás causales de nulidad que están señaladas en los artículos 1740 y siguientes de la codificación civil. Una lectura contextual, *a fuer* que finalística de la norma, como bien lo tiene dicho la jurisprudencia, lo que muestra en realidad es que el legislador patrio ha querido, *además* de las causales generales que conducen a la nulidad de cualquier acuerdo, señalar una serie de causales especiales en cuanto a la transacción, dada la especial naturaleza que ella reviste.

Además, desde un punto de vista estrictamente finalístico, sostener una posición como la que afirma que solo las circunstancias señaladas en el título xxxix del Código Civil pueden llevar a la invalidez del acuerdo

transaccional, implicaría admitir posiciones a todas luces contrarias al ordenamiento, examinado *in complexu*, y al espíritu propio de la legislación civil, como quiera que situaciones inequívocamente afectadas por puntuales irregularidades dejarían de ser nulas por el simple hecho de referirse a un contrato de transacción. Así, por ejemplo, si se hace palmario que el contrato carece de una causa ilícita, la solución a la luz de esta lectura sería que en tales circunstancias, más allá de las tesisuras anticausalistas, el contrato debiera mantenerse incólume, pues las normas especiales en materia de transacción no se refieren a la ilicitud en la causa como circunstancia individual que implique la nulidad del acuerdo.

En otras palabras: aquella tesis según la cual solo los hechos señalados en los artículos 2469 a 2487 del Código Civil, como hechos constitutivos de causales de nulidad, haría de la transacción un contrato *immune* a concretas patologías, en contravía del ordenamiento, rectamente entendido. Lo propio sucedería con ciertas hipótesis de ilicitud en el objeto, que no se hallan expresamente previstas en las normas especiales en materia de transacción; frente a ellas, habría que tolerar el objeto ilícito, so capa de que el acápite referido al acuerdo transaccional no lo señala como una causal explícita de nulidad. Ello, sin duda, no está conforme al ordenamiento ni con un “orden justo”, como ahora lo prescribe la nueva Carta Política.

Por eso, bien tiene dicho la jurisprudencia que “[...] la afirmación de que un contrato de transacción no puede ser invalidado sino por las causales de nulidad expresamente mencionadas en los artículos 2476 a 2478 del Código Civil, es tesis que jamás ha sido aceptada ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Las causales de nulidad de los negocios jurídicos se encuentran indicadas en los artículos 1740 a 1756, de aplicación general. Además, el legislador puede establecer causales especiales de nulidad que, en manera alguna, derogan las generales a las que se refieren los artículos 1740 a 1756 [...]”¹⁸⁵, posición que coincide, en lo esencial, con la asumida por la doctrina¹⁸⁶.

¹⁸⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 julio 1958, “G. J.”, t. LXXXVIII, pág. 519.

¹⁸⁶ En idéntico sentido afirma el profesor VALDÉS SÁNCHEZ que, dentro de las causas que originan la nulidad, “[...] se encuentran las que afectan a todo contrato, y las propias a la transacción dada su naturaleza y sus elementos característicos [...]”. (VALDÉS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 165). Por su parte, COLIN y CAPITANT, en una posición muy ilustrativa, afirman que, en efecto, las normas generales en materia de nulidad son aplicables a la transacción, pero que ello no es necesario demostrarlo, habida cuenta de que los artículos que regulan esta materia en el acápite específico de la transacción son “[...]”

Y más recientemente la Corte señaló que, “Por el carácter dispositivo de derechos que tiene la transacción el legislador le ha reconocido el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada en última instancia (art. 2483 C. C.), sin perjuicio de que pueda pedirse su nulidad y rescisión por las causales generales de los contratos o las precisas dispuestas en los artículos 2476 y siguientes del ordenamiento civil, incluso, resolverse en los términos que autoriza el artículo 1546 ídem para los contratos bilaterales.

”En relación con la nulidad, a este tipo contractual le son aplicables las causales generales de invalidez de todo negocio jurídico, así como las especiales que contempla el título xxxix del Código Civil, particularmente, en lo que interesa a este caso, la prevista en el artículo 2477 ibídem, según el cual «es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título»¹⁸⁷.

Para concluir con el examen de la nulidad en el contrato de transacción, es oportuno anotar que varios autores sostienen que esta es un contrato indivisible a efectos de su declaratoria de nulidad. Así pues, si una o varias de sus cláusulas están afectadas por un defecto o vicisitud

oscuros e inútiles a la vez, puesto que, en resumidas cuentas —o, por lo menos tal es la opinión generalmente admitida en nuestros días— no hacen más que confirmar el derecho común [...]”. COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 992. El profesor REZZÓNICO, en un todo de acuerdo con la posición mayoritaria de la doctrina, sostiene que “[...] la transacción, como todo contrato y todo acto jurídico, puede ser anulada por falta de capacidad, de objeto lícito, de formas, o por vicios del consentimiento, o por vicios de los actos jurídicos. En materia de nulidad de las transacciones, en efecto, no hay más que aplicar los principios generales sobre nulidad de los actos jurídicos y de los contratos. De ahí que las disposiciones que el Código trae en especial sobre la nulidad de las transacciones, no son sino repeticiones de aquellos principios, justamente criticadas por redundantes [...]”. (REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 329).

En fin, los profesores RAMÓN PIZARRO y CARLOS VALLESPINOS afirman que “[...] la transacción es un acto jurídico y, más específicamente, un contrato. Está, por ende, alcanzado por la normativa general del Código Civil en materia de nulidad de los actos jurídicos y de nulidad de los contratos, que es plenamente aplicable a ella. Por lo tanto, las transacciones pueden ser anuladas por causas concernientes a los sujetos que son parte o en razón de tener objeto prohibido, o por mediar simulación o fraude presumidos por la ley, o por no observarse las formas solemnes absolutas [...]”. (PIZARRO y VALLESPINOS, *op. cit.*, pág. 629); Cfr. RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.*, pág. 444; DE GÁSPERI, *op. cit.*, págs. 326-327; VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 202.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. SC418-2018 de 1º marzo 2018, rad. 2011 00434.

que conduce a la invalidez del negocio, sin que importe la relevancia de dichas cláusulas, ello generará la inexorable nulidad de todo el contrato, habida consideración de que no se puede separar o escindir esa cláusula nula del resto del *corpus contractus*, con objeto de preservar el acuerdo, en lo fundamental, extirpando simplemente la estipulación defectuosa^{188 y 189}.

En el régimen jurídico colombiano, sin embargo, prima el principio de preservación de los efectos del acuerdo negocial celebrado por las partes, en razón de que el ordenamiento jurídico patrio procura respetar, hasta donde razonablemente sea posible, la esencia de los pactos celebrados entre los particulares, con el ánimo de mantener incólume la voluntad que han manifestado, siempre que ello, desde un punto de vista jurídico y orgánico, sea viable.

Por consiguiente, a nuestro juicio, no resulta de recibo en el ordenamiento patrio, la tesis de la indivisibilidad —a raja tabla— del acuerdo transaccional, puesto que la regla general aboga por proteger y mantener la genuina voluntad inicialmente manifestada por las partes, que se debe acatar, desde luego, si las demás cláusulas o estipulaciones afectadas no resultan cardinales, en cuyo caso debe estimarse que el negocio jurídico puede producir efectos. De ahí que se deba proceder con suma cautela, con miras a no traicionar la *voluntas en* cuestión.

En tal virtud, si no se erosiona la causa o el *animus transigendi*, o, en fin, no destruye alguno de los pilares estructurales sobre los cuales se construye el auténtico acuerdo transaccional, *per se*, no se comprende por qué se puede aludir a una nulidad integral y, por ende, omnicomprendensiva y arropadora de todo el negocio, la que arrasaría lo real y efectivamente consentido por los extremos de la relación negocial, que alguna impor-

¹⁸⁸ Hay ciertas legislaciones que consagran la indivisibilidad de la transacción, como justamente sucede con el C. C. de Brasil, que en el art. 848 dispone que “siendo nula cualquiera de las cláusulas de la transacción, nula será esta” (C. C. arg., art. 834).

¹⁸⁹ Sobre este particular, afirma el profesor REZZÓNICO que “[...] a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos en general, en que la nulidad de una disposición no perjudica las disposiciones válidas, siempre que sean separables, el art. 834 establece que «las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción». Es este un corolario del carácter indivisible de la transacción. Pero es claro que si de las circunstancias particulares del caso y de la presunta voluntad de las partes resulta que la transacción es divisible, los jueces pueden así declararlo, pues el principio del texto no es absoluto, y solo se funda en la voluntad presunta de las partes [...]”. (REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 330).

tancia debe tener y merecer, *a fortiori* tratándose de un negocio llamado reflexivamente a extinguir una controversia o a precaverla (mecanismo de solución de conflictos)¹⁹⁰, postura que está a tono con la tendencia internacional generalizada de conservar los efectos de los negocios jurídicos, a lo que se agrega la existencia de ineficacias parciales que tienden a preservar el basamento contractual, en la inteligencia de que la vulneración no sea vertebral, claro está¹⁹¹.

En lo tocante con esta última regla, coordinada del derecho privado en la contemporaneidad, la que incluso se ha ensanchado en los últimos lustros (*favor contractus*), más recientemente tuvimos oportunidad de manifestar que, “Bien miradas las cosas, como anticipamos, lo que subyace en artículos como el 1620 del C. C., en puridad, es una decisión o inclinación razonable, adoptada, *ministerio legis*, con apego a la más pura y encumbrada razonabilidad, norma que es del siguiente tenor: «El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno».

”Obsérvese que la opción —o alternativa— por la que se inclina el legislador, hunde sus raíces en la razonabilidad, sin perjuicio de otros componentes, v. gr. la logicidad, la justeza, el equilibrio, etc., pues optar por la conservación de los efectos del contrato, por buscar su preservación y no su aniquilamiento (*favor contractus*), luce del todo razonable, amén de sensato y acorde con la idea-fuerza de hacer tangible el interés de que el negocio jurídico celebrado por las partes genere concretas consecuencias en derecho, pues de otro modo no se entendería su celebración efectiva, *ex ante*.

”Pensar que lo más razonable es abogar —de plano— por la nulidad, o por el abatimiento negocial, no solo es contrariar el mensaje de vitalidad,

¹⁹⁰ Aun cuando no es numerosa la doctrina patria que se refiere a esta materia en particular, VALDÉS SÁNCHEZ explica, en lo tocante a la nulidad del contrato de transacción, que esta solamente afectará la integridad del acuerdo transaccional en aquellas hipótesis en que comprometa un elemento esencial de ella, pues en caso contrario afectará solamente la estipulación que, como tal, se encuentra inmersa en la referida nulidad. A pesar de no afirmarlo explícitamente, se deduce de una lectura sistemática de la forma como aborda, desde la teoría, el asunto de la invalidez del contrato en comentario (VALDÉS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 173-187).

¹⁹¹ TAMAYO HAYA explica que “[...] la nulidad del acuerdo, cuando recae solamente sobre una o algunas de las estipulaciones del mismo, no conduce a la ineficacia total de la voluntad de las partes, en razón de que en esta materia impera, como en las demás, la divisibilidad de cada negocio jurídico en particular [...]”. (TAMAYO HAYA, *op. cit.*, pág. 310).

eficacia y esperanza ínsito en la ciencia jurídica (lectura apocalíptica), sino también desconocer, *mutatis mutandis*, que el ‘derecho a la vida’ es sacro e intangible, o como dice la Constitución Política: ‘inviolable’ (art. 11).

”Por consiguiente, la descrita conclusión prohijada por nuestro legislador, *ab origine*, ha sido coloreada por la razonabilidad, en positivo, según se delineó, y a su turno confirmada en negativo, puesto que inclinarse de antemano, y como única vía posible por la inutilidad contractual, lo entendemos abiertamente irrazonable y, por ello, contrario a los postulados que irrigan la materia y, que de paso iluminan la *scientia iuris*, muy ajena a compararse con una hoguera, en la que todo arde inmisericordemente.

”Como lo expresamos en pretérita ocasión, «Es pues la esterilidad negocial, lo que pretende evitarse con la aplicación de esta equilibrada regla, contentiva de un mensaje vital, y no de un sufragio o de un recado *ex mortis*». He ahí entonces dibujado, sin más preámbulos, el deseo del legislador por preservar, hasta donde racional y jurídicamente sea procedente, los efectos del negocio jurídico, los que en principio deben conservarse, antes que aniquilarse, en clara sintonía con el rol vivificante asignado al intérprete, muy otro al de un sepulturero”¹⁹².

Finalmente, en lo que dice relación a la eficacia propiamente dicha de la transacción, importa preguntarse si en un momento dado podría entenderse que, por las circunstancias tan especiales en las que se celebró, podía tornarse lesiva de caros intereses de una de las partes y, por esa vía, tornarse abusiva, con todas las secuelas que de ello se derivan en el plano de la ineficacia negocial, *lato sensu*, más concretamente en el ámbito de las nulidades.

Aun cuando el punto es complejo, y debe ser examinado en otro espacio, a fin de no alterar en demasía el plan trazado, así como las entendibles limitaciones de una obra colectiva, sí vale la pena hacer una breve anotación, encaminada a refrendar la naturaleza negocial que inviste la transacción, la cual, por consiguiente, no la torna impermeable a las vicisitudes y patologías de otros negocios, por regla.

Muy por el contrario, pues si fuere de ese modo, se podría inválidamente concluir que aquella es una isla contractual, una especie de república independiente en la cual todo valdría, y todo sería de recibo,

¹⁹² CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado. El estándar de la persona razonable y su aplicación a las decisiones judiciales*, en coautoría con la profesora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2020, págs. 340 y 341.

a sabiendas de que esa no es una respuesta ni razonable, ni atendible, ni jurídica, *stricto sensu*, menos en los tiempos que corren en los que la figura de la proscripción del abuso del derecho, no sin razón de raigambre constitucional en Colombia (art. 95), tiene cabal aplicación, a modo de inequívoco y conveniente límite al ejercicio de los derechos que, como se sabe, ya no son absolutos, sino relativos¹⁹³. Lo mismo sucede tratándose de los ‘dogmas’, y de las reglas o postulados aplicados con absolutez y con una rigidez extrema, como sucedió con la regla de la fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*), hoy razonablemente atenuada y atemperada —que no diluida—¹⁹⁴.

Expresado de otro modo, a pretexto de que el contrato de transacción produce ‘efectos de cosa juzgada’, y de que es paradigma de seguridad y estabilidad contractuales (*pacta sunt servanda*), no puede infringir coordenadas y postulados que, como el del abuso del derecho, entre otros más, informan la temática contractual, hoy enriquecida por la axiología constitucional, como se indicó en precedencia. Es lo que acontecería, entre otros ejemplos, cuando se obtiene indebida y antijurídica ventaja de la condición de manifiesta debilidad —o necesidad— de una de las partes, a términos del artículo 13 de la Carta Política, en lo pertinente, clara demostración de que no todo es de recibo, ni válido en esta materia.

El respeto por el otro, por los derechos de los demás, no puede hacer carrera, máxime en un Estado social de derecho, y en un ‘orden justo’ como lo prescribe la Constitución —que no es un adorno—, que sublima la protección de los derechos de la persona, de su dignidad, y de su proyecto de vida. Ya entonces dejó de ser una práctica la apellidada ‘ley del más fuerte’, del contratante que, sin escrúpulos, se aprovechaba de su cocontratante, conculcando sus intereses, sus expectativas y la confianza legítima suscitada, reflexión esta que tiene aún más cabida, vigencia e importancia en tiempos de crisis, de emergencia, conforme tiene lugar respecto de una ‘Pandemia’ —y la ‘pospandemia’—, en la que pululan las necesidades, las angustias y las urgencias, según lo bosquejamos en los albores de este ensayo.

¹⁹³ Vid. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *El abuso del derecho y su proyección en los ámbitos sustancia y procesal civil. Perfiles de la conducta abusiva e inobservancia del deber de obrar de buena fe*, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2019, págs. 53 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *La compraventa en el derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2015, págs. 303 y ss.

Tiene razón pues el profesor patrio, ÁLVARO MENDOZA R., al expresar —de la mano de los profesores franceses TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE—, que “[...] si bien la transacción permite evitar los inconvenientes y los costos de un proceso más o menos largo, son frecuentes los abusos en ciertos casos en que las víctimas de un acto ilícito, que requieran urgentemente la indemnización, o los acreedores de una prestación que necesiten de inmediato, acepten arreglos desfavorables, que no siempre se pueden atribuir al error o al dolo para buscar la anulación respectiva [...] En casos en que se presente una manifiesta inequidad, habría que estudiar si, en razón del necesario equilibrio que hemos defendido en materia de contratos conmutativos, es posible acudir a anular un acuerdo no justo”¹⁹⁵.

C) *La inaplicación de la doctrina del “venire contra factum proprium non valet”. Efectos de cosa juzgada*

Un último aspecto de conveniente consideración, sobre todo por su invocación y aplicación lozana en nuestro entorno, se refiere a la posibilidad de invocar la consabida y justiciera doctrina de los actos propios en contra del sujeto que, desconociendo un acuerdo transaccional previo, acude *a posteriori* al aparato jurisdiccional con el confesado propósito de reabrir la controversia ya transigida, en muchos casos sin siquiera aludir a ella.

Al respecto, muy sumariamente, conocedores de que esta temática es compleja y que no podrá abordarse aquí¹⁹⁶, importa anotar que el comportamiento de aquel que, en franco incumplimiento de la transacción, acude a la vía jurisdiccional para reabrir una discusión que, en principio, estaba ya resuelta y zanjada, es manifiestamente contradictorio, amén de incoherente y sorpresivo, respecto de la conducta inicial del mismo sujeto que, en forma inequívoca, había consentido en el acuerdo transaccional y era sabedor de los efectos que de él emergían, particularmente en lo que atañe al carácter extintivo centenariamente atribuido a la transacción. No en vano ha dicho la jurisprudencia, lo recordamos de nuevo por su pertinencia, que el acuerdo transaccional produce el efecto de “[...] cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio [...]”, el cual, en adelante, “[...] carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo [...]”, por lo que resultaría absolutamente contradictorio, *a fuer* de anti-

¹⁹⁵ ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, *Obligaciones*, op. cit., págs. 951 y 952.

¹⁹⁶ Acerca de esta temática véase, entre otros, a CARLOS IGNACIO JARAMILLO, *La doctrina de los actos propios, en derecho privado. Liber amicorum*, Dr. César Gómez Estrada, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Igualmente, de nuestra autoría, *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Madrid, La Ley, 2014.

jurídico, que un sujeto que, *ab initio*, ha consentido en la consecución de dicho efecto extintivo desconociera posteriormente dicho asentimiento y pretendiera por vía judicial tradicional o por vía arbitral revivir un asunto litigioso que ya se había zanjado.

Ella, además de ser una conducta deleznable que erosiona la confianza legítima de la contraparte en cuanto a que el asunto transigido estaba ya fuera de discusión, desconoce de plano el acerado y nuclear principio de la buena fe, informador de todo el ordenamiento jurídico, en general, a la vez que siembra perplejidad en el cocontratante, que jamás pensó que *ex voluntate*, transigiría para luego verse vinculado de nuevo.

Con esta perspectiva, *prima facie*, bien podría estimarse que un comportamiento versátil y voluble como el señalado daría lugar a la aplicación de la doctrina del acto propio y, en consecuencia, que ello conduciría al irremediable rechazo de la conducta contradictoria y desleal de quien incumple el acuerdo transaccional, en atención a que el efecto dimanante del quiebre de la confianza legítima, en línea de principio, impide que válidamente se pueda ejercer determinado derecho, lo que justifica que el *factum proprium*, *ab initio* se erija en un límite al ejercicio de una facultad, prerrogativa o derecho: pretender obtener de nuevo ya obtenido vía transacción.

Sin embargo, bien examinadas las cosas, dicha conclusión, formalmente válida, admitiría una observación, que tiene sus raíces en una de las características que, intrínsecamente, informan la regla del *venire contra factum proprium non valet*, cual es su subsidiariedad, o residualidad, muy a tono con su carácter limitado y no omnímodo.

En efecto, tal como recientemente se puso de manifiesto en el marco de un proceso arbitral, ya referido en apartes que anteceden, “[...] se tiene establecido que esta figura es de aplicación residual o subsidiaria, por cuanto debe cederle [s] el paso a otras instituciones prevalentemente de estirpe legal que tengan asignado un rol especial, motivo por el cual cuando *a priori* se ha adoptado en el plano normativo una determinación de cara a precisas conductas contradictorias, ora tolerándolas, ora impidiendo que desplieguen algún efecto, no es posible acudir a ella, por más que se desee [...]”¹⁹⁷. De donde se colige entonces que, si bien

¹⁹⁷ Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento Occipetrol S. A. vs. Lukoil. Laudo arbitral, *op. cit.*, pág. 151. Cfr. MARÍA FERNANDA EKDAHL, *La doctrina de los actos propios*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 38; FERNANDO FUEYO LANERI, “La doctrina de los actos propios”, en *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 309; ISABEL PIZZA DE LUNA, “La doctrina de los actos propios y su aplicación en las legislaciones modernas”, en *Estudios Jurídicos*, Montevideo, 1957, pág. 564; GAGLIARDO, “La doctrina del propio acto en el derecho societario”, en *La Ley*, B. 44, 1987.

el incumplimiento del acuerdo transaccional, en concreto la petición de pago después de la materialización de un acuerdo transaccional, constituye una evidente conducta contradictoria y desleal, por el hecho de existir otro remedio para una situación tal —de carácter especializado y preferente—, no es de recibo la aplicación de la doctrina en comento, la cual, se itera, debe solamente abrirse paso en aquellos casos en que no exista otra alternativa o posibilidad para solucionar la situación en particular. Nos referimos a la defensa derivada de la transacción que, por absorbente, inhibe la formulación de otra figura, aunque conduzca al mismo resultado, o a uno similar, hecho que obstaculiza la aplicación de tan atrapante doctrina, dado que, por ley, la transacción produce efectos de cosa juzgada, y cuando una parte pretende posteriormente sacar provecho de ello, demandando a su cocontratante, el demandado estará legitimado para formular la excepción pertinente que, en sana lógica, debería prosperar, siendo entonces innecesaria la invocación de más defensas. Por eso, ante el desconocimiento de los efectos del contrato de transacción, no puede entonces traerse a colación el *venire contra factum proprium non valet*, merced a la subsidiariedad o residualidad en mención, la que no puede ser soslayada, aunque se erija, como se erige, en un arquetípico y revelador ejemplo de incoherencia, contradicción e inconsonancia, la que es relevante, sí, pero no determinante, por sí sola, como quiera que se exige, invariablemente, que no resulte aplicable otra institución o figura prevalente o absorbente.

12. REFORMAS PROCESALES A LA TRANSACCIÓN. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Capítulo I

Transacción

“Artículo 312. *Trámite*. En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días.

El juez aceptará la transacción que se ajuste al derecho sustancial y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre las condenas impuestas en la sentencia. Si la transacción solo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, el proceso o la actuación posterior a este continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella, lo cual deberá precisar el juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo.

Cuando el proceso termine por transacción o esta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa.

Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo juez que conoce del proceso resolverá sobre estas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas señalará fecha y hora para audiencia.

Artículo 313. *Transacción por entidades públicas.* Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso.

Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades, la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza

13. RECIENTES REFORMAS A LA NORMATIVA APLICABLE A LA TRANSACCIÓN EN EL ÁMBITO IBEROAMERICANO (CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO*)

Capítulo 28

Transacción

Artículo 1641. *Concepto.* La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

* De conformidad con lo anunciado al comienzo de este escrito, por su importancia y por su lozanía, incluimos los preceptos relacionados con el contrato de transacción que fueron objeto de relevante reforma en la materia, concretamente en virtud del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2014.

Artículo 1642. *Caracteres y efectos.* La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva.

Artículo 1643. *Forma.* La transacción debe hacerse por escrito. Si recae sobre derechos litigiosos solo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistirse de ella.

Artículo 1644. *Prohibiciones.* No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables.

Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquellos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.

Artículo 1645. *Nulidad de la obligación transada.* Si la obligación transada adolece de un vicio que causa su nulidad absoluta, la transacción es inválida. Si es de nulidad relativa, las partes conocen el vicio, y tratan sobre la nulidad, la transacción es válida.

Artículo 1646. *Sujetos.* No pueden hacer transacciones:

- a) las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo;
- b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial;
- c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

Artículo 1647. *Nulidad.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero respecto de los actos jurídicos, la transacción es nula:

- a) si alguna de las partes invoca títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces;
- b) si, al celebrarla, una de las partes ignora que el derecho que transa tiene otro título mejor;
- c) si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, siempre que la parte que la impugna lo haya ignorado.

Artículo 1648. *Errores aritméticos.* Los errores aritméticos no obstan a la validez de la transacción, pero las partes tienen derecho a obtener la rectificación *correspondiente*.

14. NORMAS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO
ALUSIVAS A LA TRANSACCIÓN

TÍTULO IX

TRANSACCIÓN

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 869. La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual.

No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Artículo 870. La transacción deberá constar por escrito. Si recae sobre derechos en litigio el escrito deberá presentarse ante el juez en que se tramita la causa para los fines pertinentes. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes *pacta sunt servanda* pueden desistir de la transacción.

Artículo 871. No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos *pacta sunt servanda* comprendidos en la transacción.

Artículo 872. El mandatario necesita poder especial para transigir. En el poder *pacta sunt servanda* se especificarán los derechos, acciones o bienes sobre que se quiere transigir.

Artículo 873. La transacción no puede recaer sobre derechos irrenunciables o que comprometan el orden público. No obstante, pueden transigirse las consecuencias patrimoniales de estos derechos.

Artículo 874. No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

Artículo 875. El error de cálculo no anula la transacción, solo da derecho a que se rectifique el cálculo.

Artículo 876. Es nula la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.

Artículo 877. Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar una de las partes la sentencia,

será ineficaz la transacción, salvo que se trate de sentencia que hace tránsito a cosa juzgada formal.

Artículo 878. La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula, queda sin efecto el contrato, salvo que las partes hayan previsto lo contrario.

Artículo 879. La transacción produce efectos únicamente entre los contratantes para quienes tiene el valor de cosa juzgada.

Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad.

Artículo 880. Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho o pretensión, deberá solo entenderse de los derechos o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.

Artículo 881. Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes.

15. BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977.

ALESSANDRI, ARTURO: *De los contratos*, Santiago de Chile, Ediar-Conosur, 1988.

BARBERO, DOMÉNICO: *Sistema de derecho privado*, t. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968.

BOFFI BOGGERO, LUIS M.: *Tratado de las obligaciones*, t. IV, Buenos Aires, Astrea, 1977.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO: *Los principales contratos civiles y comerciales*, t. I y II, Bogotá, Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ARMANDO: *Obligaciones*, Bogotá, Legis, 2017.

CAMPBELL BLACK, HENRY: *Black's law dictionary*, St. Paul. (Minn.) West Publishing Co., 1951.

CARNELUTTI, FRANCESCO: "La transazione e un contratto", en *Rivista di Diritto Processuale*, t. VIII, 1953.

— *Sistema de derecho procesal*. 1936.

CARRERAS LLANSANA, JORGE: "La solución de conflictos", en *Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Comerciales, Ministerio de Economía y Comercio, 1981.

- CARRESI, FRANCO: “La transazione”, en *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Filippo Vassalli, vol. IX, t. III, fasc. 9, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1954.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil común y foral*, t. IV, Madrid, Reus, 1977.
- CARBONNIER, JEAN: *Derecho civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Derecho civil obligaciones*, Santiago, Universidad de Chile.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE: *Dictámenes jurídicos*, t. II, Derecho Internacional privado, familia, propiedad, derechos reales, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958.
- COLIN, AMBROISE y CAPITANT HENRI: *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Reus, 1955.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1984.
- DEL PRATO, ENRICO: “La transazione (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de derecho civil*, vol. II, Madrid, Edit. Tecnos.
- EKDAHL, MARÍA FERNANDA: *La doctrina de los actos propios*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- ESPÍN CANOVAS, DIEGO: *Manual de derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983.
- FUEYO LANERI, FERNANDO: “La doctrina de los actos propios”, en *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- GAGLIARDO, MARIANO: “La doctrina del propio acto en el derecho societario”, en *La Ley*, B. 44, 1987.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- IGLESIAS: *Derecho romano: instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ariel, 1979.
- JARAMILLO J. CARLOS IGNACIO: *Solución alternativa de conflictos en el seguro y reaseguro*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), 1998.
- *Responsabilidad civil médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano”, en *Interpretación del contrato en América Latina*, t. II, Lima, Grijley, 2007.
- “La doctrina de los actos propios”, en *Derecho privado. Liber amicorum*, Dr. César Gómez Estrada, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- *La transacción. Solución alternativa de conflictos*, Santa Fe de Bogotá, Legis, 1997.

- *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2014.
 - *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
 - *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado. El estándar de la persona razonable y su aplicación a las decisiones judiciales*, en coautoría con la profesora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2020.
 - *El abuso del derecho y su proyección en los ámbitos sustancial y procesal civil. Perfiles de la conducta abusiva e inobservancia del deber de obrar de buena fe*, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2019.
- LAFONT PIANETTA, PEDRO: *Manual de contratos*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- LAGOMARSISMO, CARLOS: *La transacción. Estudios jurídicos sobre la transacción*, Caracas, Febretón.
- LARENZ, KARL: *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- LAURENT, FRANÇOIS: *Principes de droit civil*, t. XXVIII, Bruselas, 1877.
- LUNA SERRANO, AGUSTÍN *et al.*: *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Edit. Dykinson, 2008.
- MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LÉON y MAZEAUD, JEAN: *Lecciones de derecho civil*, Parte tercera, vol. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO: *Obligaciones*, Bogotá, Universidad La Sabana y Editorial Temis, 2020.
- MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, Relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE: *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1984.
- MOXÓ RUANO, ANTONIO: “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, en *Revista de Derecho Privado*, t. XXXIV, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, enero-diciembre de 1950.
- OGAYAR AYLLÓN: “Artículos 1809 a 1821 del Código Civil y ley de arbitrajes de derecho privado”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, Dir.), t. XXII, vol. II, Madrid, 1979.
- OSPINA, GUILLERMO y OSPINA, EDUARDO: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Edit. Temis, 2005.
- OSTERLING PARODI, FELIPE y CASTILLO FREYRE, MARIO: “La transacción”, en Dialnet-La transacción-30385321.pdf. Dianet.unirioja.es. Recuperado julio de 2021.
- PELÁEZ, FRANCISCO: *La transacción. Su eficacia procesal*, Buenos Aires, Bosch, 1987.
- PIZZA DE LUNA, ISABEL: “La doctrina de los actos propios y su aplicación en las legislaciones modernas”, en *Estudios Jurídicos*, Montevideo, 1957.

- PIZARRO, RAMÓN y VALLESPINOS, CARLOS: *Instituciones de derecho privado*, t. III, Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- PUIG PEÑA, FEDERICO: *Compendio de derecho civil español*, t. IV, Contratos, Madrid, Ediciones Pirámide, 1976.
- REZZÓNICO, LUIS MARÍA: *Manual de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1959.
- SANAHUJA, *Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea*, Madrid, Editorial Revista Derecho Privado, 1945.
- SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de derecho civil*, t. IV, Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación, Madrid, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneira, 1899.
- SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO: *Transazione*, Nápoles, Jovene, 1975.
- SAN CRISTÓBAL REALES, SUSANA: “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, Madrid, 2011.
- SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil, teoría y práctica*, t. IV, Madrid, 1973.
- TAMAYO HAYA, SILVIA: *El contrato de transacción*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.
- TRABUCCHI, ALBERTO: *Instituciones de derecho civil*, t. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
- VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, t. IV, De los contratos, Bogotá, Edit, Temis, 1988.
- VALVERDE, CALIXTO: *Tratado de derecho civil español*, t. III, Valladolid, Edit. Cuesta, 1974.
- VÁSQUEZ GUNDÍN, EUGENIO: *Quintus Mucius Scaevola. Código Civil español*, t. XXVIII, artículos 1790-1856, Madrid, eus, 1953.
- *La transacción, Código Civil*, Madrid, Reus, 1953, pág. 246.
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN: *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010.
- VILLAMIL P. EDGARDO: *Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999.
- VITERBO, CAMILO: “La res dubia e le lite incerta nelle transazione”, en *Revista de Diritto Processuale Civile*, t. I, 1937.
- VODANOVIC, ANTONIO: *Contrato de transacción*, Santiago de Chile, Ediar-Conosur, 1985.
- WINDSCHEID BERNHARD: *Diritto delle Pandette*, vol. II, Turín, Utet, 1930.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil*

Auto de 22 marzo 1990.

Auto de 5 noviembre 1996, exp. 4546.

Sent. de 26 mayo 1920, “G. J.”, t. XXVIII.
Sent. de 28 marzo 1931, “G. J.”, t. XXXVI.
Sent. de 26 noviembre 1937.
Sent. de 6 junio 1939.
Sent. de 22 marzo 1949, “G. J.”, t. LXV.
Sent. de 14 diciembre 1954, “G. J.”, t. LXXIX.
Sent. de 3 julio 1958. “G. J.”, t. LXXXVIII.
Sent. de 6 mayo 1966.
Sent. de 13 junio 1980.
Sent. de 9 noviembre 1984.
Sent. de 2 febrero 1992.
Sent. de 17 noviembre 1993.
Sent. de 22 junio 1995, exp. 4227.
Sent. de 22 octubre 2001, exp. 5817.
Sent. de 19 febrero 2003, exp. 6571.
Sent. de 26 mayo 2006, exp. 1987-07992-01.
Sent. de 29 junio 2007, exp.6428.
Sent. de 18 septiembre 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.
Sent. SC418-2018 de 1º marzo 2018, rad. 2011 00434.
Auto AC1814-2017 de 23 marzo 2017, rad. 1999-00301.

b) *Corte Constitucional de Colombia*

Sent. C-774 de 25 julio 2001.

c) *Laudos arbitrales*

Tribunal de Arbitramento Occipetrol S. A. vs. Lukoil Ltda. Laudo arbitral de 14 octubre 2009. (Gustavo Cuberos, Gustavo Suárez y Carlos Ignacio Jaramillo J.).

CAPÍTULO XX

LA IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES**

1. ENUNCIACIÓN GENERAL

Al enumerar los modos de extinción de las obligaciones, el artículo 1625 del Código Civil, en el ordinal 7º menciona “la pérdida de la cosa que se debe”. Dicho supuesto se consagra de manera imprecisa e incompleta porque, si bien la ocurrencia de ese evento produce la liberación del deudor, este efecto solo se reconoce expresamente si de obligaciones de dar o entregar cuerpo cierto se trata y si la pérdida se produce por una causa extraña. El artículo citado y las normas que lo desarrollan (C. C., arts. 1729-1739) no reglamentan la imposibilidad de la ejecución como una causal de alcance general para la extinción de todas las obligaciones, cuando las prestaciones son de dar, hacer y no hacer¹.

Nuestro estatuto civil, siguiendo la formulación antitécnica del Code Civil de Napoleón, se limitó a regular la pérdida de la cosa debida como circunstancia especial que provoca la disolución de las relaciones obligatorias liberando al deudor, pero ha sido labor de los intérpretes extender la imposibilidad de cumplimiento para cobijar todos los casos en que el deudor queda impedido para satisfacer la prestación, siguiendo el principio

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.558>.

** La autora agradece a Sergio Eduardo Hernández y a Santiago Valderrama, egresados de la Facultad de Derecho, la investigación realizada para la actualización de este capítulo.

¹ El C. C. y Com. arg., en el art. 955, por ejemplo, se refiere a la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación de manera general, y la reglamentación aplica a cualquier tipo de obligación. En España, la dicción legal de la “pérdida de la cosa que se debe” también ha sido superada por la doctrina que, de manera más amplia, emplea el concepto de imposibilidad sobrevenida (JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y otra, “La extinción de la relación obligatoria”, en *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 401.

de que nadie está obligado a lo imposible. La máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, de aceptación universal, atiende no solo a consideraciones de tipo técnico jurídico, sino claras a razones de equidad² y de sentido común, puesto que el derecho como disciplina social no puede exigir conductas irrealizables ni patrocinar la reparación de daños cuando las acciones u omisiones del obligado nada tienen de reprochable. No se puede exigir que una persona cumpla lo que es física o jurídicamente imposible y tampoco puede imponerse la obligación de resarcir perjuicios cuando el deudor ha dejado de honrar su compromiso por causas que le son del todo ajenas y que no estaba en posición de prever ni de evitar.

CLARO SOLAR justifica esta limitación del Código chileno porque, sostiene, en la práctica es en esta clase de obligaciones en que hay que preocuparse más de la causa de extinción por imposibilidad de ejecución y la ley estatuye lo que más ordinariamente sucede. Pero como la disposición de la ley reposa sobre el principio de que a lo imposible nadie se encuentra obligado, en razón de su generalidad debe aplicarse a las obligaciones de hacer como a las de dar³; es decir, la extinción de cualquier clase de obligación se impone, siempre que sobrevenga la imposibilidad física o moral de ejecutarla y cualquiera que sea el motivo causante de esa imposibilidad⁴.

La imposibilidad tiene consecuencias en distintos niveles, a saber: 1) en cuanto a la extinción de las obligaciones; 2) en cuanto a la responsabilidad por incumplimiento y 3) en cuanto a la pregunta de quién corre con los riesgos de la inejecución (acreedor o deudor), es decir, se relaciona con la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales⁵, problemas que analizaremos a lo largo del capítulo, aunque no exactamente en el mismo orden.

2. RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

La imposibilidad de la ejecución como forma de extinción de las obligaciones guarda íntima relación con el sistema de reparación de daños por

² RENÉ ABELIUK, *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 974.

³ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII, vol III, De las obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, págs. 557-558.

⁴ En nuestro medio, GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, entre otros, considera la teoría debe generalizarse para todo tipo de prestaciones. (*Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 460).

⁵ OSPINA, *op. cit.*, pág. 455.

el incumplimiento de obligaciones de origen contractual⁶. Debe recordarse que bajo el régimen subjetivo de la responsabilidad que predomina en nuestro ordenamiento jurídico, el deudor que de manera maliciosa o por negligencia incumple obligaciones válidamente contraídas debe resarcir los daños que con su conducta le haya ocasionado al acreedor.

Si en la etapa de ejecución el deudor se encontró con un obstáculo insalvable de tal magnitud que le ha impedido satisfacer la prestación de dar, hacer o no hacer, siendo dicho impedimento la razón única y directa de su incumplimiento, se encuentra legitimado para invocar la causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pesando sobre el mismo la carga de la prueba de los hechos que la configuran. La fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero del cual no es responsable el deudor y la culpa exclusiva del acreedor rompen el vínculo de causalidad entre la conducta del deudor y el perjuicio, razón por la cual, a pesar de haber incumplido, nada debe⁷. Por un lado, se extingue su obligación contractual por imposibilidad quedando liberado del vínculo y, por otro, no nace en su cabeza la obligación de indemnizar, porque no puede atribuírsele la autoría de ningún hecho ilícito. Se trata de un incumplimiento inimputable al deudor.

3. LA CAUSA EXTRAÑA

El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto al que no es posible resistir, y de manera ilustrativa enuncia “un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁸.

⁶ Véase ABELIUK, *op. cit.*, pág. 973.

⁷ Véase ALTERINI, *op. cit.*, pág. 417.

⁸ La doctrina ha distinguido conceptualmente la fuerza mayor del caso fortuito. Por ejemplo, el argentino MARIO CÉSAR GIANFELICI señala que mientras el caso fortuito designa los hechos producidos por la naturaleza, como los terremotos, tempestades e inundaciones, la fuerza mayor se refiere a los hechos generados por el hombre, tales como guerras, asalto por bandas armadas, hechos del príncipe. (Cfr. *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 29). En el mismo sentido se expresa FRANCISCO SOTO NIETO, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1965, pág. 21. La jurisprudencia colombiana en todo caso ha reconocido que estas dos voces —fuerza mayor y caso fortuito— tienen idéntica significación y ha señalado que tienen en derecho el mismo efecto liberatorio: la exoneración del deudor. (C. S. de J., Sala

A su turno, el artículo 1616 del Código Civil —una de las pocas normas de ese estatuto que se refiere de manera expresa al tema de los perjuicios en la responsabilidad civil— en la parte final dispone que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios y de manera expresa permite a los contratantes celebrar convenios que modifiquen esa regla.

Mucho se ha discutido sobre la noción y verdadero alcance de estos conceptos que, como salta a la vista, tienen crucial importancia en materia de obligaciones. No es el propósito de este escrito revisar la extensa doctrina y las numerosas decisiones judiciales que se han pronunciado sobre estas instituciones aceptando en unos casos y descartando en otros la excepción de fuerza mayor o caso fortuito⁹; sin embargo, es necesario traer a colación sus características más sobresalientes para comprender cabalmente la imposibilidad de la ejecución —sea esta física o jurídica¹⁰— como forma de extinción de las relaciones obligatorias.

Teniendo en cuenta la definición legal, los hechos que se alegan como constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito deben ser, en primer lugar,

de Casación Civil, sents. de 5 julio 1935, M. P.: Eduardo Zuleta Ángel, “G. J.”, t. XLII, núms. 1897-1903, pág. 52; 7 marzo 1939, M. P. Liborio Escallón, “G. J.”, t. XLVII, núm. 1940, pág. 704; 20 noviembre 1989, M. P. Alberto Ospina Botero, y 26 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 50013103011-1998 6569-02.. HINESTROSA sostiene que el ordenamiento nacional no distingue la *vis maior* del *casus fortuitus*; no permite diferenciar el acontecimiento de origen del todo externo a la actividad del deudor del de origen interno. “Aquellas dos figuras corresponden a una misma noción; el ordenamiento toma los dos términos como sinónimos. 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 los 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 deudor”. (FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 790-791). Por su parte, ALTERINI, reseñando el caso argentino, indica que la doctrina y la jurisprudencia de ese país consideran ambos conceptos (fuerza mayor y caso fortuito) como sinónimos y dotados de idénticos efectos jurídicos. (ALTERINI, *op. cit.*, pág. 405).

⁹ Véase el estudio detallado en el capítulo VIII de este tomo, “La causa extraña como eximente de responsabilidad”, de JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA.

¹⁰ La imposibilidad física se deriva de situaciones fácticas que impiden la ejecución (hecho de la naturaleza, hecho de un tercero), al paso que la jurídica tiene que ver alguna determinación de derecho que obstaculiza por completo el cumplimiento (la expropiación de la cosa, por ejemplo). Véase ALTERINI, *op. cit.*, pág. 408.

“imprevistos”, es decir, que una persona diligente, puesta en la misma situación del deudor, no estaba en posibilidad de anticipar por su rara ocurrencia, su carácter extraordinario e inusitado¹¹. Lo imprevisto debe distinguirse de lo que se ha llamado “imprevisible”¹², punto en el que las interpretaciones han sido disímiles. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en algunos fallos estableció un patrón en extremo riguroso, señalando que no hay lugar a exoneración cuando el hecho puede ser previsto por el deudor. Así pues, desde el punto de vista de la previsibilidad, ha afirmado la Corte que si “el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor [...]”¹³.

Por ejemplo, en el caso del atraco a un camión transportador con robo de la mercancía, la Sala Civil rechazó la excepción de fuerza mayor:

“Y no se remite a duda que el hecho aquí alegado como constitutivo de fuerza mayor, e invocado por la demandada, se repite, como mera posibilidad, «atraco sufrido por conductor y vehículo», era bien previsible por ella [...]. Es de dominio público la inseguridad que soporta Colombia en ciudades y campos y la acción en que están empeñados sus gobernantes para combatir esta calamidad, desgraciadamente con resultado hasta ahora negativo”¹⁴.

En contraste, se ha planteado una tesis que parece más razonable y ajustada a la finalidad de la causa extraña como causal que opera como liberatoria de obligaciones contractuales y justificativa en la responsabilidad por daños. Con esta perspectiva, lo imprevisible es aquello que un deudor diligente no hubiese podido prever en las mismas circunstancias que rodearon los hechos particulares que se alegan como constitutivos de la fuerza mayor y el caso fortuito. No se trata del hecho totalmente inconcebible, de lo unimaginable o que jamás ha ocurrido, sino de aquello

¹¹ El C. C. y Co. de Argentina en su art. 1730 dispone: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor el hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”.

¹² ALTERINI señala que lo *imprevisible* es distinto de lo *imprevisto*: imprevisto es lo que no se previó efectivamente. Va de suyo que quien no previó lo que era previsible puede estar incurso en culpa. (*op. cit.*, pág. 407). Esta afirmación pone en evidencia los problemas semánticos que se encuentran involucrados en la comprensión del primer requisito de la fuerza mayor y del caso fortuito.

¹³ Véase al respecto la sent. de 31 agosto 1942 (Sala de Negocios Generales, M. P. Arturo Tapias Piloneta, “G. J.”, t. LIV, núms. 1989-1990, pág. 370).

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 abril 1978, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CLVIII, núm. 2399, pág. 57.

que, dentro de la situación fáctica que se valora, resulte muy improbable. Lo imprevisible es, pues, lo que “[...] dentro de los cálculos ordinarios o circunstancias normales de la vida, no haya sido posible al agente o deudor contemplar por anticipado su ocurrencia”¹⁵.

Frente aquellos riesgos que sean usuales o normales, el deudor debe tomar de manera diligente las medidas de precaución necesarias, pero no se le puede exigir que, para tratar de cumplir algo imposible, realice esfuerzos o sacrificios heroicos, salidos de toda proporción. “La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto”¹⁶; es el evento imposible de prever, porque no hay razón para suponer que sucederá. Dicha previsión, en materia contractual, debe ser juzgada con respecto al tiempo de nacimiento de la obligación y no al del incumplimiento, porque es al momento de contratar que el deudor debe hacer una evaluación de los riesgos que pueda enfrentar¹⁷.

Esta racionalidad debe referirse necesariamente a los tres criterios que ya ha decantado la Corte para precisar, en el caso concreto, la noción de lo imprevisible en el ámbito de la causa extraña: “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, excepcional y sorpresivo”¹⁸.

El requisito de la irresistibilidad, por su parte, se refiere a la impotencia objetiva del deudor para evitar el fenómeno, por lo que se torna insuperable, y sus consecuencias no pueden conjurarse precisamente por su magnitud. Sobre este elemento, la Sala Civil de la Corte ha predicado que “un hecho es 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

¹⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 septiembre 1961, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, “G. J.” t. xcvi, núms. 2246-2249, pág. 64.

¹⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 1962, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, t. C, núms. 2261, 2262, 2263 y 2264, pág. 269.

¹⁷ ALTERINI, *op. cit.*, pág. 406. El criterio para determinar la previsibilidad es la diligencia que exige la obligación de que se trata. El Código Civil argentino (art. 512) impone una diligencia *in concreto* apropiada a las circunstancias del caso, pero no considera la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, salvo en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. El autor afirma que en el campo extracontractual, la previsibilidad debe juzgarse al momento del hecho dañoso.

¹⁸ C. S. de J., sent. de 26 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo (que reitera los criterios establecidos por la sent. de 23 junio 2000; exp. 5475).

dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio [...]”¹⁹. En fin, el requisito de la irresistibilidad o inevitabilidad significa que, aunque haya sido efectivamente previsto, no puede ser evitado, a pesar de la diligencia que se haya puesto para ello²⁰.

No es suficiente, en consecuencia, la enunciación teórica de los dos elementos que deben darse simultáneamente para configurar la fuerza mayor y el caso fortuito, pues la presencia de ellos es una cuestión de hecho que el juez debe verificar en el caso concreto²¹. Así las cosas, nuestra jurisprudencia ha señalado que su análisis ha de abordarse caso por caso para determinar si en efecto el hecho alegado fue imprevisible e irresistible para ese deudor²². Esto debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias puntuales que existían al tiempo de la celebración del contrato —para juzgar la imprevisibilidad— y al momento del acaecimiento del hecho (para determinar su irresistibilidad).

“Si solo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible o irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Precisamente la jurisprudencia nacional, teniendo en cuenta lo que se acaba de afirmar y los hechos que señala la ley como ejemplos de caso fortuito o fuerza mayor, ha afirmado que «el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad», propuestos por el artículo citado (ley 95 de 1890, art. 1º), como ejemplos de casos fortuitos, no son de siempre y en todo causas

¹⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 julio 2005, ya citada. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo. (Reitera las consideraciones de la sent. de 26 noviembre 1999, exp. 5220).

²⁰ ALTERINI, *op. cit.*, pág. 407.

²¹ MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, pág. 385.

²² Sobre el particular, véase DIEGO ROMERO CRUZ, *Ad impossibilia nemo tenetur: Tratamiento jurisprudencial de la irresistibilidad y la imprevisibilidad de la fuerza mayor y el caso fortuito*, Trabajo de grado, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2009.

de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito”²³.

A ese respecto, la doctrina ha señalado sobre lo “imprevisto e inevitable” del hecho que impide la ejecución, que estos “[s]on los caracteres concurrentes el *casus*, naturalmente sin darle[s] a esos rasgos un sentido y un alcance absolutos, que llevarían al extremo de que nada sería imprevisible como tampoco inevitable, dentro de una ineludible proximidad de los dos conceptos. Debe haber necesariamente cierta relatividad en la apreciación de los hechos, dentro del marco de las 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 donde el daño era evitable en sí”²⁴.

La imposibilidad de ejecución debe llenar entonces unos requisitos exigentes si se tiene en cuenta que en virtud de ella se rompe un vínculo de derecho que había nacido para ser cumplido por el deudor en interés del acreedor. Se requiere, sin duda, mantener una posición estricta a la hora de valorar esta defensa del deudor. Pero debe ser factible para aquel invocar la excepción si en efecto ha sido alcanzado por un hecho imprevisible e irresistible, según lo explicado. Pero una aplicación mecánica e irreflexiva de estos requisitos haría nugatoria la efectividad de la figura, que persigue justamente que el deudor no pueda ser forzado a solucionar su obligación si el pago se ha tornado imposible.

²³ Sent. de 31 agosto 1942, “G. J.”, núm. 1989, pág. 376. El fallo de 20 noviembre 1989 (M. P. Alberto Ospina Botero, *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIX, núm. 217, enero de 1990) reiteró las consideraciones transcritas y añadió: “De suerte que no existe un modelo ideal de fenómeno que sirva para determinar si un acontecimiento, considerado en forma abstracta y general, es o no caso fortuito o fuerza mayor, porque, se reitera, para concederle tal categoría, fuerza de ser irresistible, debe ser imprevisible, lo que depende esencialmente de la forma como el acontecimiento se presenta, o sea, de las circunstancias que lo rodearon”.

²⁴ HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 787-788.

Además, para que se configure la imposibilidad como supuesto para liberar al deudor de su obligación, deben reunirse los siguientes requisitos²⁵:

A) *Que sea sobreviniente*

El hecho impeditivo debe presentarse una vez formado válidamente el acto jurídico que dio nacimiento a la obligación. No entran en esta categoría los eventos de imposibilidad liminar, es decir, los que afectan la existencia o validez de la declaración de voluntad y que se manifiestan en la etapa de formación del acto o contrato, pues tienen como efecto jurídico la ineficacia del negocio por inexistencia o nulidad —por adolecer de un vicio estructural—²⁶ y no la extinción de la obligación. Para que tenga la fuerza suficiente y produzca la liberación del deudor, es imperioso que el evento se presente en la etapa de ejecución y sea un obstáculo insalvable que fuerce al deudor a incumplir.

B) *Que sea externa al deudor*

La imposibilidad debe ser producto de circunstancias totalmente ajenas a la esfera del deudor y por fuera de su control²⁷. En otras palabras: no debe mediar ninguna conducta, activa u omisiva del deudor mismo o de las personas que se encuentran a su cargo, bajo su dependencia o subordinación, que haya contribuido a desencadenar el hecho que impide el cumplimiento. Con mayor razón, no se considerará liberatorio el hecho sobreviniente, por inesperado que sea, si en su acaecimiento ha intervenido dolo o culpa del deudor o de las personas por quienes de acuerdo con la ley debe responder.

²⁵ Según HINESTROSA, la imposibilidad extintiva y liberatoria debe ser sobrevinida, objetiva y absoluta y sobre todo inevitable. *op. cit.*, pág. 787. Véase también ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, págs. 402-403. Sobre los requisitos de la figura, señalan: “1. la imposibilidad de la prestación de dar, hacer o no hacer ha de resultar sobrevinida para provocar la extinción de la relación obligatoria. Ello es de todo punto coherente, por cuanto la posibilidad originaria es un requisito necesario de la prestación; 2. la imposibilidad sobrevinida debe ser ajena al deudor; que no medie culpa del deudor; 3. imposibilidad (física o legal) debe resultar absoluta y objetiva; 4. que el deudor no se halle en situación de mora o que haya comprometido a entregar la misma cosa a varias personas”.

²⁶ *Impossibilium nulla obligatio*. El objeto físicamente imposible produce inexistencia de la obligación; el que es jurídicamente imposible es el prohibido por las leyes y acarrea nulidad absoluta por objeto ilícito.

²⁷ El requisito de la extraneidad supone que el hecho debe producirse en el exterior de la esfera de acción por la cual el deudor debe responder. ALTERINI, *op. cit.*, pág. 407.

C) *Que sea definitiva*

Para que se acepte la imposibilidad como modo extintivo de las obligaciones, debe tener carácter permanente y sus efectos se deben prolongar indefinidamente en el tiempo²⁸. Si es un fenómeno temporal, se tratará más bien de una circunstancia que excusa al deudor de cumplir provisionalmente, mientras dure el impedimento. El cumplimiento de la prestación queda suspendido, pero la obligación no se extingue y el sujeto pasivo podrá satisfacerla cuando la prestación sea posible, pero por no haber mora imputable, no deberá perjuicios moratorios²⁹. En estos casos, no resulta adecuado que el deudor cargue con el retraso a él no imputable; la imposibilidad temporal solamente supondrá la extinción cuando se frustre el fin del negocio o exista interés de las partes que justifique la liberación³⁰.

D) *Que sea absoluta*

Es necesario no solo que le sea inalcanzable al deudor su cumplimiento; además debe tratarse de aquellas prestaciones que han sido contraídas

²⁸ Sobre imposibilidad temporal véase el laudo arbitral de Guillermo Zuluaga y otros contra Hatogrande Yacht y Country Club Cartagena Limitada, de 20 de octubre de 2008 (Cámara de Comercio de Bogotá). Al respecto, señala este fallo: “La imposibilidad debe ser definitiva; en otras palabras, la fuerza mayor debe presentarse como un obstáculo insalvable que genere un impedimento permanente y sostenido en el tiempo, de forma que excuse al deudor el cumplimiento en forma permanente y no temporal. Si los hechos generadores del impedimento para cumplir tienen carácter temporal, el deudor debe proceder a ejecutar su prestación cuando aquellos desaparezcan. En este caso, no hay, en estricto sentido, una imposibilidad con efecto extintivo sino una suspensión de la ejecución. El deudor debe atender las prestaciones pendientes dentro del menor tiempo posible después de cesados los hechos constitutivos de la fuerza mayor. La desaparición de la causa extraña no libera al obligado sino que lo exonera de la mora y de sus efectos indemnizatorios mientras ella dure. Al respecto, ha apreciado la doctrina: «[...] no sería posible hacer esperar mucho al acreedor o por tiempo indefinido; al punto de tronchar su interés en la relación de obligación [...]» Las cosas no son para cualquier tiempo o circunstancia, sino solo para un instante determinado o un espacio de tiempo razonable que le siga”. (FERNANDO FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 394).

²⁹ C. C., art. 1616. Véase también ABELIUK, pág. 982.

³⁰ ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, pág. 404.

intuitu personae, porque de no ser así, podría haber pago por un tercero y no habría imposibilidad absoluta, consideración que es especialmente relevante en las obligaciones de hacer³¹. Por otro lado, debe tratarse de una barrera que obstruya por completo la acción del deudor por diligente y precavido que este sea.

No es suficiente alegar que por causa de un hecho inesperado el cumplimiento se ha hecho más difícil o costoso³²; las dificultades económicas se encuentran excluidas de plano como razón justificadora de la inejecución³³. Estas circunstancias dan lugar a otro tipo de debates sobre la imprevisión y el desequilibrio económico como base para la revisión del contrato, pero no alcanzan a tener efectos liberatorios para el deudor³⁴. La teoría de la imprevisión ha dado lugar a la figura del *hardship* como

³¹ JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas, 2005, pág. 509 y ALTERINI, *op. cit.*, pág. 408.

³² “La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran—in radice— la posibilidad de cumplimiento, y que, *ad cautelam*, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto”. (C. S. J., sent. ya citada, de 26 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo). En Estados Unidos, la figura de *commercial impracticability* tiene una finalidad similar a la teoría de la imprevisión (Restatement of Contracts, 2nd. Section 261), pero permite al afectado excusarse de la ejecución.

³³ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 786.

³⁴ “En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito supone un acontecimiento que impide el cumplimiento de la obligación. De manera que no pueden considerarse como tál [*sic*], las dificultades y aumentos de costo del transporte de correos, aunque materialmente estas lo hicieran más difícil y gravoso, y como consecuencia de ellas el contratista se llegara a ver privado de toda ganancia o aun expuesto a pérdidas de importancia. Esto, porque la fuerza mayor o caso fortuito debe hacerse depender, no tanto de la magnitud o entidad del suceso, como de su naturaleza, que consiste en que tal figura jurídica se fundamente en hechos extraordinarios que no están al alcance de la previsión humana”. C. S. de J., Sala de Casación Civil de única instancia, sent. de 9 diciembre 1936, M. P. Eleuterio Serna, “G. J.”, t. XLIV, núms. 1914-1915, pág. 799.

principio de la contratación internacional³⁵, en el cual no hay imposibilidad de ejecución, sino excesiva onerosidad sobreviniente por circunstancias extraordinarias, recibiendo un tratamiento legal diferente bajo el principio *rebus sic stantibus*³⁶, que permite la revisión judicial del contrato de tracto sucesivo para restablecer la ecuación contractual. Solo en los casos en que no se logre corregir el grave desequilibrio que afecte de manera sustancial la economía del negocio en perjuicio de uno de los contratantes, el juez puede ordenar su terminación³⁷.

E) *Que sea total*

Es decir, que afecte toda la prestación. Si la imposibilidad es parcial, supone ontológicamente una prestación divisible³⁸ y se vuelve inejecutable en parte, caso en el cual la obligación solo podrá satisfacerse en la parte que aún es posible si el acreedor conserva el interés en ello³⁹; este deberá recibir el cuerpo cierto como se encuentre, con sus deterioros⁴⁰. La ley no brinda solución a este problema pero “si la prestación parcial satisface el interés crediticio se reducirá la prestación, mientras que en caso contrario, sobrevendrá la extinción”⁴¹.

La jurisprudencia civil, sobre los requisitos de la fuerza mayor y del caso fortuito en materia contractual, se ha pronunciado en innumerables

³⁵ Sobre esta figura véase NATALIA GUTIÉRREZ DE LARRAURI, *La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la Figura del Hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, trabajo de grado, Bogotá, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2010. En Estados Unidos, la figura de *commercial impracticability* tiene una finalidad similar a la teoría de la imprevisión (Restatement of Contracts, 2nd. Sec. 261). El dispositivo de hardship se encuentra regulado en los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios de la Contratación Internacional.

³⁶ El contrato es ley para las partes (*pacta sunt servanda*), pero puede dejar de serlo si hay un cambio importante en las circunstancias que rodearon su celebración, que rompen el equilibrio de las prestaciones (*rebus sic stantibus*).

³⁷ Véase sobre este tema ALTERINI, *op. cit.*, págs. 425 y ss.; ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, pág. 404; ABELIUK, *op. cit.*, págs. 698.699. La sección 313 del BGB (según reforma de 2002) permite solicitar adecuación del contrato si hubieren cambiado de forma importante las circunstancias que le servían de base. El artículo 868 del Código de Comercio consagra en nuestro medio la teoría de la imprevisión. Véase también en el tomo II de esta obra, el capítulo IV, “La teoría de la imprevisión”, por JUAN CARO NIETO.

³⁸ HINESTROSA. *op. cit.*, págs. 778 y 785.

³⁹ Véase ALTERINI, *op. cit.*, pág. 409.

⁴⁰ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 981.

⁴¹ ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, pág. 404.

ocasiones. Por su importancia y su estrecha relación con la imposibilidad de la ejecución, transcribimos el extracto de un importante fallo que resume el punto:

“Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no solo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si este reúne, con respecto a la obligación inexecutada, los siguientes caracteres:

”a) No ser imputable al deudor;

”b) No haber concurrido 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 con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización.

”Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de imposibilidad de ejecución, que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento [...]. En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a [*sic*] como ha obrado, y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprendida en la imposibilidad absoluta de ejecutar, que implica imposibilidad de prever y de evitar”⁴².

Para los efectos analizados, en la imposibilidad de la ejecución se incluye toda causa extraña: junto con la fuerza mayor y el caso fortuito,

⁴² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 julio 1935, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, “G. J.”, t. XLII, núms. 1897-1903, pág. 52.

se entienden cobijados los hechos de terceros por quienes el deudor no se encuentra obligado a responder, y la culpa del propio acreedor, siempre que sea la causa exclusiva del incumplimiento. Este debe tener un nexo directo con el evento fortuito; la inejecución debe ser causada únicamente por este⁴³.

4. IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN

De acuerdo con lo expuesto, la imposibilidad de ejecución puede definirse como un modo de extinguir las obligaciones que se presenta cuando por un hecho no imputable al deudor se le hace imposible a este cumplir la prestación debida⁴⁴. Es uno de los casos en que el vínculo se disuelve y el deudor queda libre aunque el acreedor no haya sido satisfecho.

El incumplimiento no imputable normalmente afecta la prestación en sí misma, que se torna irrealizable (imposibilidad objetiva)⁴⁵, pero excepcionalmente puede recaer sobre las personas que se encuentran en los extremos de la relación obligatoria, deudor o acreedor, que por un hecho sobreviviente que recae sobre uno u otro, hace imposible la ejecución (imposibilidad subjetiva).

A) *Imposibilidad objetiva*

En esta categoría se encuentra la imposibilidad de ejecutar la prestación pendiente de dar, hacer o no hacer⁴⁶.

a) *Obligaciones de dar y entregar*. La imposibilidad de ejecución en esta clase de obligaciones es la que se prevé específicamente en los artículos 1729 y siguientes del Código Civil.

En las prestaciones de dar, como es bien sabido, el deudor debe transferir el dominio u otro derecho real, que a partir de ese momento se ra-

⁴³ ALTERINI, *op. cit.*, pág. 412.

⁴⁴ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 974. La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías se refiere al concepto de impedimento ajeno a la voluntad del deudor (art. 79).

⁴⁵ FRANCESCO MESSINEO emplea el término “imposibilidad objetiva sobrevenida” (*Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 398).

⁴⁶ Véase al respecto: RICARDO URIBE-HOLGUÍN, “El objeto imposible”, en: *Cincuenta ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, Edit. Temis, 1970.

dica en el patrimonio del acreedor convirtiéndose en el nuevo titular, en virtud del modo tradición⁴⁷. Las obligaciones de simple entrega —que son prestaciones de hacer— exigen al obligado ceder la tenencia temporal de una cosa para su uso, goce o explotación por el acreedor, con cargo a restituirla cuando ocurra el hecho previsto para el efecto por la ley o el contrato⁴⁸.

La imposibilidad de dar o entregar un cuerpo cierto que se debe, ya sea porque ha perecido, se ha perdido, destruido, desaparecido o porque ha quedado fuera del comercio⁴⁹, libera al deudor si la obligación era de especie o cuerpo cierto⁵⁰. Estas son las obligaciones que recaen sobre

⁴⁷ C. C., art. 740. “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”. Las obligaciones de dar (modo tradición) deben estar precedidas por un contrato (título) que prevea la obligación del dueño de una cosa —o titular de otro derecho real— de transferir el dominio a la otra parte (acreedor): véase C. C., art. 745. En el sistema colombiano, del título surge la obligación de dar; de la realización del modo —tradición— surge la titularidad del acreedor sobre el derecho real que se transfiere. Véanse los arts. 754 al 756 del C. C. sobre la forma como se hace la tradición de bienes muebles y de bienes inmuebles. En los primeros, con la aprehensión material de una cosa presente, mostrándola, entregando las llaves donde esté guardada la cosa, poniendo la cosa a disposición del otro en un lugar convenido. Para los bienes inmuebles, la tradición se efectúa por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. En materia comercial, para completar la tradición de inmuebles, se exige además de esta inscripción, la entrega material al acreedor de la cosa.

⁴⁸ Debe distinguirse la obligación de entregar (como en el arrendamiento o en la prenda sin tenencia prevista en el régimen mercantil, contratos consensuales de los que surge dicha obligación) de los contratos reales en los que la entrega —para los bienes no fungibles— o tradición de la cosa —para los fungibles— se requiere para perfeccionar el contrato y no para cumplirlo (v.gr: comodato, prenda civil, depósito, mutuo), conforme lo señala el art. 1500 del C. C.

⁴⁹ Por ejemplo, si la autoridad competente establece un monopolio legal o prohíbe la comercialización de los bienes objeto del contrato, de suerte que el deudor no puede entregarlos.

⁵⁰ Sobre la pérdida de la cosa que se debe, véase el fallo de la Sala Civil de 6 mayo 1968 (M. P. Flavio Cabrera Dussán, “G. J.”, t. CXXIV, núms. 2297-2299, pág. 97): “La cosa se pierde o perece, como dice el artículo [...] de conformidad con el artículo 1730 *ibidem*, [...] si la cosa *perece* por obra o durante la mora del deudor, la obligación de este *subsiste*, [...]”.

cosas que se determinan por su individualidad, que las hacen inconfundibles con cualquier otra⁵¹. En otras palabras: el acreedor espera recibir específicamente la cosa acordada, que no puede sustituirse por otra, aunque sea de características muy similares.

a') *Obligación de dar*. De acuerdo con la ley, la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y si esta es un cuerpo cierto, contiene además la de conservarla hasta su entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir (C. C., art. 1605); la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado (C. C., art. 1606).

Ahora bien, en los negocios traslaticios de naturaleza civil y comercial, la tradición de bienes muebles se rige por unos mismos principios, que son los establecidos en los artículos 740 y siguientes de Código Civil⁵². En estos casos, la obligación de dar el cuerpo cierto puede extinguirse para el tradente si el bien respectivo se destruye o se pierde sin su culpa y por esa causa no puede ponerse en poder del adquirente.

El caso de los inmuebles merece una precisión. En efecto, como en los actos civiles la tradición de los bienes raíces se efectúa con el trámite formal de inscribir el título (compraventa, permuta, donación, por ejemplo) en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, esta obligación a primera vista no se tornaría imposible por la pérdida del inmueble (por fuego, terremoto, disturbios, etc.), sino solamente por la imposibilidad absoluta y definitiva de acceder al registro, hipótesis ciertamente rara. De no presentarse esta situación, nunca sería imposible para el tradente cumplir con su obligación de tramitar la inscripción para de esa manera poner al adquirente en posición de dueño o titular del derecho real de que se trate. Es más, como el trámite mencionado no es *intuitu personae*, puede el mismo adquirente o cualquier persona en su nombre inscribir el título en la oficina competente, pagando el arancel que corresponda. Sin embargo, en materia civil se entiende —por razones obvias que saltan a la vista teniendo en cuenta la función económica que cumplen los contratos traslaticios— que el tradente de bien inmueble debe entregar

⁵¹ ANTONIO VODANOVIC, *Derecho de obligaciones*, Santiago, Ediciones Periodísticas y Estadísticas, 1970, pág. 138.

⁵² El art 2º del C. de Co. señala que la ley civil es aplicable cuando no hay norma comercial que rija el punto. Como, en estricto sentido, se trata de los modos de adquirir y no de las obligaciones y los contratos, la remisión directa al derecho común no debe hacerse en virtud del artículo 822 del ordenamiento comercial.

materialmente la cosa al adquirente para que ejerza la posesión pacífica como nuevo señor y dueño, tal como lo ordena el artículo 1605 del Código Civil. De ahí que, realizada la inscripción del título, puede suceder que la entrega material no se lleve a cabo. Si ello ocurre por pérdida fortuita de la cosa, indudablemente se extingue la obligación del deudor de ella.

Por su parte, el artículo 922 del Código de Comercio dispone que, en los negocios comerciales, la tradición de bienes raíces requerirá, además del registro del título, la entrega material de la cosa al adquirente, norma que claramente establece la posibilidad de que la pérdida o destrucción del inmueble ocurrida después de celebrado el contrato, pero antes de cumplida la obligación de tradir, produzca la liberación del deudor-tradente⁵³.

b') *Obligación de entregar*: En estas obligaciones, que pertenecen a la categoría de las de hacer, el deudor debe poner el bien materialmente a disposición del acreedor —sea de manera directa y personal o en otra forma acordada—, sin transferir su propiedad, y se entiende comprendida también la entrega de la cosa cuya restitución se debe⁵⁴. Estas prestaciones se extinguen igualmente por imposibilidad objetiva, si la especie que se debe se ha perdido o destruido o ha desaparecido o salido del comercio por una causa extraña, es decir, sin culpa del deudor. La pérdida debe ser total para que se produzca la extinción; cuando queda una parte de ella, la obligación subsiste en esa parte y el deudor está obligado a entregarla⁵⁵.

Tanto en las prestaciones de dar como en las de entregar cuerpo cierto, la extinción ocurre por la pérdida de la cosa, cuando es de especie y fue causada por fuerza mayor o caso fortuito. Como son obligaciones de resultado, en línea con los principios de prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil, siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o por culpa suya⁵⁶. En este evento, de acuerdo

⁵³ Esto ha justificado la reglamentación del proceso especial de entrega de la cosa del tradente al adquirente, en el art. 378 del C. G. P.: “El adquirente de un bien cuya tradición se haya efectuado por inscripción del título en el registro, podrá demandar a su tradente para que le haga la entrega material correspondiente. También podrá formular dicha demanda quien haya adquirido en la misma forma un derecho de usufructo, uso o habitación, y el comprador en el caso del inciso primero del artículo 922 del Código de Comercio [...]”.

⁵⁴ Por ejemplo, la obligación del arrendatario de restituir el bien arrendado cuando termina el contrato, y la restitución de la cosa retenida a su propietario cuando ha pagado al retentor la obligación así garantizada.

⁵⁵ CUBIDES CAMACHO, *op. cit.*, pág. 515.

⁵⁶ C. C., art. 1730.

con la ley, pesa sobre el deudor que no entrega la cosa la carga de probar que su incumplimiento obedece a una causa extraña⁵⁷.

Por consiguiente, la liberación del deudor o su responsabilidad por incumplimiento se rige por las siguientes reglas⁵⁸:

- Si la cosa perece por causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un tercero del que no debe responder el deudor o culpa exclusiva del acreedor) que reúna las características estudiadas, el deudor queda liberado de la obligación y no debe reparar ningún perjuicio. Si la pérdida fue causada por un tercero, el acreedor podrá exigir que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa⁵⁹.

- Si quien está obligado a entregar y no lo hace no desvirtúa la presunción de culpa que sobre él pesa, no debe ya la cosa por haber esta perecido, pero tendrá a su cargo el valor de ella y será responsable de indemnizar perjuicios, pues la especie se ha perdido por culpa durante la mora del deudor⁶⁰. Si el acreedor prueba el dolo del deudor, podrá reclamar, además, los perjuicios directos previsibles e imprevisibles⁶¹.

- Si la pérdida se debe al hecho —no culposo— del deudor que ignoraba la obligación⁶², es decir, a una conducta positiva ejecutada por él que produce la destrucción de la cosa, se deberá solamente el precio sin indemnización de perjuicios⁶³.

- En consonancia con los principios de la responsabilidad civil, en el hecho o culpa del deudor que ha ocasionado la pérdida de la cosa se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable⁶⁴.

⁵⁷ C. C., art. 1604, inc. 3º: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega”, reiterado por el art. 1733: “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”. En armonía con lo anterior, el art. 1757 *ibidem* dispone que incumbe probar la extinción de las obligaciones al que la alega.

⁵⁸ Véase CUBIDES, *op. cit.*, pág. 510 y ABELIUK, *op. cit.*, pág. 977.

⁵⁹ C. C., art. 1736.

⁶⁰ C. C., art. 1731.

⁶¹ C. C., art. 1616.

⁶² Por ejemplo, el heredero que no ha aceptado la herencia y destruye una cosa que el causante debía dar o entregar.

⁶³ C. C., art. 1737.

⁶⁴ C. C., art. 1738. En materia extracontractual, los arts. 2346 a 2349 del C. C. establecen los principios de responsabilidad vicaria o por el hecho de otra persona que

- Si estando el deudor en mora, la pérdida hubiese ocurrido igualmente en poder del acreedor —hecho que compete probar al deudor— solo deberá aquel perjuicios moratorios, pero no el precio de la cosa⁶⁵.

- Si la cosa perece en poder del deudor durante la mora del acreedor en recibirla, la obligación se extingue y no hay lugar al pago de perjuicios, salvo que haya culpa grave o dolo del deudor⁶⁶.

- Si el deudor ha asumido responsabilidad por todo caso fortuito o por alguno en particular, se observará lo pactado; en otras palabras: la pérdida fortuita no tendrá, en los eventos pactados, fuerza liberatoria⁶⁷. Estos convenios sobre mayor responsabilidad del deudor son válidos, pues versan sobre derechos patrimoniales y la ley respeta la libertad de los particulares para obligarse⁶⁸. De acuerdo con POTHIER, “las conven-

está bajo subordinación o dependencia (responsabilidad indirecta), por una presunción de culpa por mala elección, *in eligendo*, o deficiente vigilancia, *in vigilando*. Tratándose de personas jurídicas, la jurisprudencia ha sentado la regla de que responden, de manera directa conforme lo establece el art. 2341 del C. C., por los hechos de sus empleados y dependientes, si el daño ocurre cuando se encuentran en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. En la responsabilidad contractual, se aplican los mismos principios de la responsabilidad de las personas jurídicas, con matices. El contrato solo puede ser celebrado por quienes tienen poderes de representación, pero su incumplimiento puede provenir de agentes o dependientes sin facultad de obligar. El art. 1738 del C. C. permite aplicar los principios mencionados. HINESTROSA considera que esta disposición permite vincular la responsabilidad del deudor en todas las circunstancias en que de hecho o ha asumido un riesgo, como el ejemplo de los subcontratistas en subcontratos 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 (*outsourcing*) con los mismos fines (*op. cit.*, pág. 778). Esta extensión es cuestionable porque somete a los contratistas independientes, que actúan con autonomía técnica, a las mismas reglas de responsabilidad que los empleados o agentes que obran bajo relaciones de subordinación o dependencia.

⁶⁵ C. C., art. 1731, inc. 2°. Véase CUBIDES, *op. cit.*, pág. 513.

⁶⁶ C. C., art. 1739. Según HINESTROSA, para que el acreedor asuma el riesgo durante la mora *accipiendi*, se requiere notificación de la oferta de pago por consignación. *op. cit.*, pág. 801.

⁶⁷ C. C., art. 1732.

⁶⁸ CUBIDES, *op. cit.*, pág. 512; HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 789. La validez de estas estipulaciones dependerá de que se cumplan los requisitos de validez de los actos jurídicos y que no sea una cláusula abusiva, por ejemplo, que se imponga en un contrato por adhesión a un consumidor de parte de un empresario que tiene posición dominante en el mercado. Con la función contraria, esto es, para restringir los casos en que se libera el deudor, suelen pactarse las llamadas “cláusulas de irresponsabilidad”. De acuerdo con

ciones por las que un deudor se ha encargado de los casos fortuitos, no son contrarias a la equidad que debe reinar en los contratos, sobre todo cuando el deudor [que] se ha encargado del riesgo recibe de la otra parte alguna cosa equivalente a la estimación del riesgo de que se ha encargado, puesto que los riesgos son susceptibles de apreciación”⁶⁹.

- Quien haya hurtado o robado un cuerpo cierto no podrá, en ningún caso, alegar su pérdida por caso fortuito para esquivar su obligación de pagar el valor de la cosa y los daños resultantes, sin perjuicio de la responsabilidad penal⁷⁰.

- Si la cosa debida es un género, no se extingue la obligación, pues aquel no perece (*genera non pereunt*), al ser posible su reemplazo por otra cosa de la misma calidad⁷¹. Mientras el género debido subsista, la obligación del deudor no se extingue por imposibilidad de ejecución⁷². El retraso del deudor mientras obtiene otros individuos del mismo género no desencadena perjuicios moratorios⁷³. Pero la desaparición de todo el género —cuando el género es limitado y se agota por completo— produce los mismos efectos de la pérdida del cuerpo cierto⁷⁴. Puede ocurrir también que un género se agote o quede temporalmente fuera del comercio,

ALTERINI, las partes pueden pactar libremente que si ocurre algún evento que anuncian cuya caracterización como fuerza mayor puede ser dudosa, el deudor se exonerará de responsabilidad, tanto del cumplimiento como de los daños. La jurisprudencia argentina ha considerado válidas esas cláusulas, pues no lesionan el orden público y sirven para interpretar la voluntad de las partes (*op. cit.*, pág. 415).

⁶⁹ ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1978, pág. 417.

⁷⁰ C. C., art. 1735. MESSINEO explica que en estos casos nunca hay liberación del deudor si ha sustraído ilícitamente la cosa que posteriormente alega como extraviada. Está, en todo caso, obligado a abonar su valor. *op. cit.*, pág. 339.

⁷¹ C. C., arts. 1565-1567. Véase HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 802. RICARDO URIBE-HOLGUÍN, “Genera non pereunt”, en *Cincuenta ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, Edit. Temis, 1970, págs. 135-139, plantea una solución distinta. Sostiene que no hay razón para distinguir las obligaciones de especie y las de género en cuanto a la imposibilidad; ambas deberían extinguirse, pues tan imposible es hacer una entrega de una especie que ha perecido como hacerla de cosa genérica cuyo comercio se ha prohibido.

⁷² OSPINA, *op. cit.*, pág. 457.

⁷³ “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”. C. C., art. 1616, inc. 2°.

⁷⁴ Véase CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 559; HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 820, y ALTERINI, *op. cit.*, pág. 423.

caso en el cual la imposibilidad es temporal y el deudor puede satisfacer la prestación cuando aquella termine, sin que sea responsable por los daños⁷⁵. Las reglas mencionadas en este numeral se aplican a las obligaciones dinerarias⁷⁶.

- Si la imposibilidad es parcial, imputable al deudor y el incumplimiento reviste importancia, el acreedor puede escoger entre pedir la resolución del contrato o exigir cumplimiento parcial con indemnización de perjuicios. Si no es de importancia, el acreedor solo puede pedir cumplimiento parcial e indemnización de perjuicios⁷⁷.

- Si la imposibilidad es temporal, el deudor debe indemnizar si le es imputable; por su parte, el acreedor puede exigir la prestación devolviendo la indemnización compensatoria⁷⁸.

b) *Obligaciones de hacer, distintas de entregar cosas*. Cuando el deudor promete ejecutar alguna acción en beneficio del acreedor, los hechos sobrevinientes sin su culpa que le impiden pagar lo excusan de cumplir; la obligación se extingue si el hecho no puede ser realizado por un tercero y no debe pagar perjuicios. En estas obligaciones, el análisis varía según la naturaleza del hecho prometido, de suerte que saber si el cumplimiento de la obligación realmente ha llegado a ser imposible es una cuestión de hecho que el juez debe valorar en el caso concreto⁷⁹.

Se reitera que la imposibilidad debe ser absoluta y perpetua; no simplemente temporal o accidental. Como ya se mencionó, no bastaría que

⁷⁵ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 385.

⁷⁶ C. S. J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 julio 1935, M. P. Eduardo Zuleta Ángel: “[...] ningún acontecimiento, sea cual fuere la naturaleza de este, puede constituir con respecto a una determinada obligación en dinero, como la contenida en la cláusula 7ª del contrato que se estudia, fuerza mayor o caso fortuito liberatoria, porque —según se ha visto— la fuerza mayor liberatoria supone imposibilidad absoluta de ejecución (es decir, una imposibilidad, que por ser absoluta, se aprecia, no con respecto a las condiciones peculiares del deudor, sino con relación a un tipo abstracto de deudor), y es claro que no se concibe tal imposibilidad para la entrega de una suma de dinero, así como no se concibe, en general, para las obligaciones de género: genera *no pereunt*. Mientras que la fuerza mayor puede tener muy vasta aplicación si ha prometido un cuerpo cierto, y una aplicación ya menor si el objeto hace [*sic*] parte de un *genus limitatum*, si el deudor debe una cosa de género, que no pertenezca a un *genus limitatum*, no puede invocar la fuerza mayor para no entregarla”. (“G. J.”, t. XLII, núms. 1897-1903, pág. 52).

⁷⁷ ABELIUK, *op. cit.*, pág. 981.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 982.

⁷⁹ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 385.

un cambio de circunstancias, sobrevenido entre la época del contrato y su ejecución hubiera hecho ésta más difícil o más onerosa⁸⁰.

c) *Obligaciones de no hacer*. La ley no se refiere a la imposibilidad en las obligaciones de abstención, y la doctrina, salvo pocas excepciones, no dedica mayor atención a este problema. Aunque no es la situación más frecuente y en ellas es más difícil que sobrevenga el impedimento absoluto, también es factible que se presente imposibilidad para que el deudor mantenga su conducta negativa⁸¹.

HINESTROSA sostiene, respecto de las obligaciones de no hacer, que “[...] es general la afirmación de que en ella es inadmisibles la imposibilidad de ejecución, y las eventualidades que pueden mostrarse de imposibilidad son del todo marginales: el deudor que por *metus se* ve forzado a realizar la conducta prohibida [...]”⁸².

Cierto es que se trata de un caso de rara ocurrencia, pero a los deudores de obligación de no hacer debe aplicárseles la regla general de la imposibilidad de la ejecución como método extintivo, siempre que el hecho sobreviniente cumpla los requisitos que se han señalado.

d) *La teoría de los riesgos*. En las obligaciones de dar, hacer y no hacer hay lugar a estudiar los efectos que tiene la extinción de la deuda por imposibilidad, sobre la contraprestación que pesa sobre la otra parte en un contrato bilateral, problema que se conoce como la “teoría de los riesgos”⁸³. En nuestros códigos, esta situación se encuentra reglamentada específicamente para las obligaciones de dar y entregar cuerpo cierto. Pero teniendo en cuenta el carácter general de la imposibilidad como modo extintivo, debe darse respuesta al interrogante sobre la supervivencia o no de la obligación de la otra parte en un contrato sinalagmático, cuando el deudor no puede ejecutar la prestación por un hecho que no le es imputable.

⁸⁰ CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 560.

⁸¹ ABELIUK menciona como ejemplo la obligación de no demoler una pared, que no puede cumplirse porque la autoridad ordena hacer la demolición. *op. cit.*, pág. 979.

⁸² HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 804.

⁸³ Algunos autores la llaman “teoría del riesgo”, pero otros han preferido utilizar el plural para distinguirla de la “teoría del riesgo” o el riesgo creado, que se refiere a un criterio de imputación en la responsabilidad civil, especialmente extracontractual, incluso para predicar responsabilidad objetiva, cuando el daño se causa en ejercicio de actividades peligrosas. En este capítulo emplearemos la expresión en plural, para evitar confusiones.

Revisando en primer lugar la pérdida del cuerpo cierto sin culpa el deudor, es claro que este queda liberado. Pero cuando esa obligación se enmarca en un contrato bilateral que supone prestaciones recíprocas, surgen varias preguntas: ¿cuál es la suerte de la contraprestación a cargo de la otra parte? ¿Se extingue igualmente o se mantiene vigente por ser todavía posible? Si la contraparte ya ejecutó su obligación, ¿puede el deudor liberado conservar la prestación? ¿Debe restituirla?

Empezaremos por afirmar lo obvio: el dueño es quien debe correr con el riesgo de la pérdida de las cosas de su propiedad, puesto que es su patrimonio el que se afecta cuando tales bienes desaparecen o se destruyen. No solo se disminuye el valor de los activos del titular, sino que este pierde el disfrute y el provecho económico que esas cosas le reportaban. En una situación estática, de goce de derechos reales, se impone lógicamente la regla *res perit domino*⁸⁴.

En los derechos personales (situación dinámica), el riesgo se presenta cuando, entre la celebración del contrato bilateral traslativo y el cumplimiento de la obligación de dar o entregar la especie acordada, esta se ha hecho imposible sin que la inexecución pueda atribuirse al deudor⁸⁵. Aquí las posibles soluciones legales frente a la contraprestación, son dos⁸⁶, aunque se trata de normas supletivas que pueden ser derogadas por los contratantes:

- El riesgo lo corre el acreedor, o *res perit creditori*, lo cual significa que el acreedor de la cosa (por ejemplo, el comprador) no la recibirá por haber perecido esta y no obstante, deberá cumplir la prestación a su cargo, si ella es posible, pudiendo la otra parte (por ejemplo, el vendedor) incluso demandar coactivamente su cumplimiento (por ejemplo, el precio). Si la contraprestación ya había sido pagada, el deudor liberado puede retener el pago. Aquí, a pesar del carácter sinalagmático y conmutativo del contrato, se presenta un evidente desequilibrio en las prestaciones: mientras el deudor de la cosa perdida nada debe, su contraparte no queda exonerada. Esta es la solución arcaica que adoptó nuestro Código Civil en los artículos 1607 —con carácter general— y 1876 —para la compraventa—.

⁸⁴ Véase ABELIUK, *op. cit.*, pág. 982. Esta regla resulta evidente cuando el propietario de un bien quiere trasladar el riesgo de pérdida a un tercero, debe contratar un seguro de daños, pagando una prima para que contractualmente el asegurador asuma el siniestro.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 982.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 984.

• El riesgo lo corre el deudor, o *res perit debitori*. En este caso, la pérdida fortuita del cuerpo cierto acarrea igualmente la extinción de la deuda y, en razón de ello, la contraprestación no tiene razón de ser, por lo cual el acreedor del bien también queda liberado, sin que deba nada a cambio. El Código de Comercio, en los artículos 929 y 930, consagró esta solución para la compraventa, pero puede analógicamente ampliarse a todos los negocios comerciales⁸⁷, de suerte que la liberación del deudor por imposibilidad en la entrega produce la resolución del contrato de pleno derecho y el vendedor queda libre de toda responsabilidad; por la disolución del vínculo, la obligación correlativa del comprador (acreedor) así mismo desaparece.

Esta última postura es la que tiene mayor aceptación en la doctrina moderna⁸⁸, por la íntima interdependencia de las obligaciones recíprocas y es la que debe extrapolarse a todas las obligaciones que se vuelven imposibles, de dar, hacer o no hacer, porque es la más equitativa y coherente con la naturaleza de los contratos bilaterales.

B) *Imposibilidad subjetiva*

En esta sección haremos referencia a casos especiales en los que la obligación no puede cumplirse por una situación sobreviniente que afecta, ya no el objeto, sino a los sujetos de la relación.

La regla general es que —tratándose de personales naturales— la muerte del deudor o del acreedor no produce la extinción de los vínculos válidamente contraídos, que por ser elementos del patrimonio se transmiten a los herederos por sucesión *mortis causa*. Como lo afirma POTHIER, estipulamos por nosotros mismos y por nuestros herederos⁸⁹.

Así las cosas, tras la apertura de la sucesión y la delación de la herencia, sin perjuicio de las disposiciones del testamento o, en su defecto, de la ley, se produce el traspaso de las deudas, junto con los derechos reales y crediticios del *de cuius* al patrimonio de sus causahabientes. Los herederos del acreedor podrán exigir la satisfacción de los créditos y, por su parte, los herederos del deudor deberán pagar las obligaciones, ya sea *intra vires hereditatis* (con las fuerzas de la herencia), si su aceptación

⁸⁷ C. C., art. 1°.

⁸⁸ ABELIUK apoya esta teoría, *op. cit.*, pág. 986.

⁸⁹ POTHIER, *op. cit.*, pág. 48.

ha sido con beneficio de inventario, o *ultra vires hereditatis* (más allá de las fuerzas de la herencia, incluso con activos propios), si la aceptación fue pura y simple⁹⁰.

Por consiguiente, cuando el deudor fallece, una vez deferida y aceptada la herencia, las obligaciones que había contraído se radican en el patrimonio de sus herederos; si no deja herederos, residen en la sucesión vacante, que lo representa⁹¹. Por excepción, en los siguientes casos la muerte no genera la transmisión de las obligaciones, sino su extinción:

- Aquellas prestaciones de hacer, contraídas por las calidades personales del deudor (*intuitu personæ*), que solo pueden pagarse por él directamente.
- Las que por ley se declaran extinguidas cuando fallece el deudor, como se prevé para ciertos contratos⁹².
- Las que por estipulaciones de las partes terminan con la muerte del sujeto pasivo.

La incapacidad —absoluta o relativa— que afecte al deudor una vez contraída la obligación válidamente no impedirá que sea satisfecha por sus representantes legales o con la autorización de estos, según el caso, a menos que se trate de un hecho personal del deudor y la incapacidad obedezca a una condición sobreviniente que recaiga sobre este y le impida cumplir⁹³.

En cuanto a las personas jurídicas, será imposible la ejecución de cualquier obligación si estas se disuelven y se liquidan dejando obligaciones pendientes, pues con la liquidación del patrimonio termina su existencia legal y las personas morales no tienen sucesores legales que asuman tales prestaciones con posterioridad⁹⁴.

⁹⁰ C. C., art. 1411, “Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos, a prorrata de sus cuotas [...]”.

⁹¹ POTHIER, *op. cit.*, pág. 425.

⁹² Por ejemplo, el mandato termina con la muerte del mandante o del mandatario (C. C., art. 2189); el contrato de trabajo termina con la muerte del empleado (C. P. del T., art. 61).

⁹³ El régimen de incapacidad debe interpretarse de acuerdo con las normas generales del Código Civil, en armonía con los principios de la ley 1996 de 2019 para las personas mayores de edad en condición de discapacidad.

⁹⁴ Es el caso de la liquidación cuando hay insuficiencia de activos para solucionar los pasivos y no se han constituido garantías adicionales en favor de los acreedores.

Respecto al acreedor, su deceso tampoco extingue los derechos de crédito, los cuales se transmiten a sus sucesores *mortis causa*. Los herederos pueden reclamar su pago, incluso judicialmente. Hay, por excepción, ciertos créditos que se extinguen con la muerte del sujeto activo; tales son aquellos que tienen por objeto alguna cosa que sea personal del acreedor o cuando la prestación recae sobre él directamente o requiere su presencia, como un tratamiento médico o la enseñanza de un idioma.

Así mismo, se extinguirá la obligación por muerte del acreedor cuando la ley lo prescriba⁹⁵ o cuando convencionalmente así se haya previsto en el respectivo negocio.

La incapacidad sobreviniente del acreedor no extingue la obligación, y este conserva su capacidad de goce y puede exigir la satisfacción del crédito por conducto o con la autorización de su representante legal. Se liberará el deudor cuando la obligación sea de aquellas que recaen sobre la persona del acreedor o que requieran de su concurso y la incapacidad sea de tal naturaleza que le impida al acreedor recibir la prestación.

Cuando el acreedor sea persona jurídica y ocurra su disolución y liquidación, el deudor queda liberado por imposibilidad subjetiva y no debe siquiera intentar oferta para el pago por consignación por cuanto el acreedor no existe más.

5. PRUEBA DE LA IMPOSIBILIDAD

La prueba de la extinción de las obligaciones y de las causales de exoneración de responsabilidad corresponde a quien las alega, es decir, al deudor. En las obligaciones contractuales de resultado, el incumplimiento hace presumir la culpa del deudor y por lo mismo, pesa sobre este la carga de probar la causa extraña⁹⁶.

La cuestión probatoria fue tratada con anterioridad en distintos apartes, por lo cual nos remitimos a esas consideraciones.

6. EFECTOS DE LA IMPOSIBILIDAD

Cuando al deudor le queda imposible cumplir, de acuerdo con los principios expuestos a lo largo de este capítulo, la obligación se extingue

⁹⁵ La renta vitalicia termina cuando muere el acreedor de ella y la renta se ha estipulado por la vida del beneficiario (C. C., art. 2287).

⁹⁶ C. C., art. 1757. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 388; ABELIUK, *op. cit.*, pág. 980; CUBIDES, *op. cit.*, pág. 513.

definitivamente con todos sus accesorios y, consecuentemente, se libera aquel, aunque el acreedor no haya recibido lo pactado. No puede exigírsele al deudor la ejecución por vía coactiva ni la indemnización de perjuicios⁹⁷.

Las excepciones a este efecto liberatorio son las que resultan en los casos y con los requisitos ya estudiados⁹⁸.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

La imposibilidad de la ejecución es uno de los modos de extinción de las relaciones obligatorias en que no hay satisfacción del crédito, quedando el acreedor desprovisto de acciones para reclamar la prestación —por sustracción de materia— ni la reparación del daño, porque no hay perjuicios que le sean imputables al deudor.

El régimen civil colombiano reglamenta esta materia de manera anti-técnica, como se ha comentado a lo largo de este capítulo. Nuestro derecho privado requiere de manera urgente la modernización de muchas de sus instituciones. Si bien el régimen de las obligaciones se caracteriza por una larga estabilidad que favorece la seguridad de las relaciones patrimoniales y cuenta con un importante desarrollo doctrinal y de jurisprudencia, sin duda reclama una revisión que debe emprenderse con cuidado y rigor, y sin espacio para la improvisación, con miras a establecer unas reglas uniformes, claras y completas para las relaciones entre particulares.

Uno de los aspectos en los cuales se necesita una revisión, sin que comporte ninguna complejidad, es precisamente la imposibilidad de la ejecución, como se ha hecho ya en el derecho italiano⁹⁹ y en el argentino¹⁰⁰,

⁹⁷ Véase CUBIDES, *op. cit.*, pág. 514; ABELIUK; *op. cit.*, pág. 691.

⁹⁸ ALTERINI, *op. cit.*, págs. 411 y ss.

⁹⁹ “Art. 1218.—*Responsabilità del debitore*. Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

“Art. 1256.—*Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea*. L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

¹⁰⁰ El C. C. y Com. arg., en el título de la imposibilidad de cumplimiento dispone:

“Art. 955. *Definición*. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin

entre otros, sin perjuicio de que se prevea un tratamiento legal especial para la imposibilidad en cada tipo de obligación (dar, hacer y no hacer) como lo hace el Código Civil del Brasil de 2002¹⁰¹. Se debe prever la imposibilidad de la ejecución como modo de extinguir todo tipo de obligaciones y no solo cuando acaece la pérdida o destrucción del cuerpo cierto que el deudor debe dar o entregar y debe así mismo precisarse el tratamiento de la imposibilidad cuando se trate de las obligaciones de género limitado. En las de género propiamente dicho, en línea con las disposiciones de los artículos 1565-1567 del Código Civil hoy vigente y con el inciso 2° del artículo 1616 *ibidem*, según el cual “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, se dará un plazo razonable al deudor para que cumpla su obligación.

Tal previsión permite además eliminar la innecesaria distinción que hoy existe en el derecho civil y comercial en la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales. En un régimen unificado, cuando la prestación —de dar, hacer o no hacer— a cargo de una de las partes se hace imposible, no solo se extingue su obligación, sino que el negocio en conjunto se disuelve. Se recomienda de esta manera acoger la postura según la cual el riesgo de la imposibilidad corre para el deudor como lo propone el Código de Comercio vigente, en línea con la tendencia contemporánea que privilegia la solución que reconoce la interdependencia de las obligaciones y procura el equilibrio económico que debe existir en los contratos sinalagmáticos.

De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, que contiene el principio universal de la obligatoriedad de los contratos, que deberá conservarse en cualquier reforma del derecho privado, la fuerza normativa de estos negocios solo decae cuando las partes lo deciden de común acuerdo o cuando sobrevienen “causas legales”. Pues bien, la imposibilidad de la ejecución que afecte a cualquiera de las partes, con las características estudiadas en este capítulo, es precisamente una de las circunstancias que causa la liberación del deudor y, en forma refleja, la disolución del negocio jurídico que le sirvió de fuente.

responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

”Art. 956. *Imposibilidad temporaria*. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.

¹⁰¹ Véanse los arts. 233 a 251 del C. C. de Brasil.

8. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

- ABELIUK, RENÉ: *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL y MARÍA EULALIA AMAT LLARI: “La extinción de la relación obligatoria”, en *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- ALESSANDRI, ARTURO: *Derecho civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y otros: *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO: “La causa extraña como eximente de responsabilidad”, en *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, t. III, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2018.
- CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII, vol. III, De las obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CARO NIETO, JUAN: “Teoría de la imprevisión”, en *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, t. II, Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2016.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE: *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- FUEYO LANERI, FERNANDO: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1992.
- GIANFELICI, MARIO CÉSAR: *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- GUTIÉRREZ DE LARRRAURI, NATALIA: La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *Hardship* en los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Trabajo de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 2010.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN: *Manual de Derecho civil. Obligaciones*, 11ª ed., Buenos Aires, Edit. Perrot, 1997.
- MAZEAUD, HENRI y LÉON: *Derecho civil*, t. II, El cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de la obligaciones*, vol. III, Bogotá, Edit. Temis, 1955.

- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones*, trad. de José M. Cajica, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.
- POTHIER, ROBERT-JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1978.
- ROMERO CRUZ, DIEGO: “*Ad impossibilia nemo tenetur*”: *Tratamiento jurisprudencial de la irresistibilidad y la imprevisibilidad de la fuerza mayor y el caso fortuito*, Bogotá, Trabajo de grado, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2009.
- SOTO NIETO, FRANCISCO: *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1965.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO: *Manual de obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2003.
- URIBE-HOLGUÍN, RICARDO: “Genera non pereunt”, en *Cincuenta ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, Edit. Temis, 1970.
- VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, 7ª ed., vol. III, De las obligaciones, Bogotá, Edit. Temis, 1986.
- VODANOVIC, ANTONIO: *Derecho de obligaciones*, Santiago, Ediciones Periodísticas y Estadísticas, 1970.

B) *Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia*

- Sent. de 5 julio 1935, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, “G. J.”, 1935, t. XLII, núms. 1897-1903.
- Sala de Casación Civil de única instancia, sent. de 9 diciembre 1936, M. P. Eleuterio Serna, “G. J.”, t. XLIV, núm. 1914-1915.
- Sala de Casación Civil, sent. de 7 marzo 1939, M. P. Liborio Escallón. “G. J.”, t. XLVII, núm. 1940.
- Sala de Negocios Generales, sent. de 31 agosto 1942, M. P. Arturo Tapias Piloneta, “G. J.”, t. LIV, núms. 1989-1990. Sala de Casación Civil.
- Sala de Casación Civil, sent. de 16 septiembre 1961, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, “G. J.”, t. XCVII, núms. 2246-2249.
- Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 1962, M. P. Enrique López de la Pava, “G. J.”, t. c, núms. 2261, 2262, 2263 y 2264, p. 269.
- Sala de Casación civil, sent. de 6 mayo 1968, M. P. Flavio Cabrera Dussán, “G. J.”, t. CXXIV, núm. 2297-2299, pp. 98-100.
- Sala de Casación Civil, sent. de 10 abril 1978, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CLVIII, núm. 2399, pp. 57-66.
- Sala de Casación Civil, sent. de 20 noviembre 1989, M. P. Alberto Ospina Botero, “G.J.”, t. CXCVI, núm. 2435, pp. 83-95.
- Sala de Casación Civil, sent. de 14 febrero 2002, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp. 6897.

Sala de Casación Civil, sent. de 26 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 50013103011-1998 6569-02.

Sala de Casación Civil, sent. de 24 octubre 2005, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 7602.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2010, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, exp. 2004-00012-01.

Sala de Casación Civil, sent. de 3 septiembre 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez, SC11822-2015, exp. 2009-00429-01.

C) *Laudo arbitral*

Laudo arbitral de Guillermo Zuluaga y otros contra Hatogrande Yacht y Country Club Cartagena Limitada, de 20 de octubre de 2008 (Cámara de Comercio de Bogotá).

CAPÍTULO XXI

MODOS INDIRECTOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
DIEGO ROMERO CRUZ

Como se explicó en el capítulo introductorio del módulo de extinción de las obligaciones de esta obra, los denominados otros modos, o *modos indirectos* de extinción de las obligaciones, son aquellos encaminados a disolver el negocio jurídico del cual proviene la obligación. Algunos de ellos son fruto de la autonomía privada, mientras que otros operan solamente mediante intervención judicial.

De esa manera, la convención extintiva expresa¹ y la *revocación* unilateral —que procede en ciertos contratos— son modos indirectos voluntarios de extinción de las obligaciones, porque solo requieren la voluntad de los intervinientes; mientras que la *resolución* (por el evento de la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales)² y por cumplimiento de plazo o condición resolutoria³, la *rescisión* por nulidad⁴ y por lesión enorme⁵, la declaración de simulación⁶ y de mutuo disenso tácito son considerados por la doctrina modos *indirectos* jurisdiccionales de extinción de la relación crediticia, en cuanto exigen una declaración judicial de certeza sobre la destrucción del acto y, como reflejo, se produce la extinción de las obligaciones que habían nacido en razón de él.

A continuación se explicará cómo tales fenómenos —ya explicados con mayor detalle en otros capítulos de esta obra— “afectan de tal manera

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.559>.

¹ C. C., art. 1625.

² C. C., art. 1546 y C. de Co., art. 870.

³ C. C., art. 1544.

⁴ C. C., art. 1740.

⁵ C. C., art. 1946.

⁶ C. C., art. 1766.

la fuente de la obligación que se produce como consecuencia la extinción del vínculo obligatorio”⁷.

1. CONVENCIÓN EXTINTIVA O MUTUO DISENSO

Así como el postulado de la libre autonomía de la voluntad privada permite a las partes dar origen a un acto jurídico —siempre y cuando se respeten los requisitos establecidos en la ley—, también las autoriza para dejarlo sin efecto. El artículo 1625 del Código Civil establece con claridad que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”. En igual sentido, el artículo 1602 —enunciativo de los modos de extinción de las obligaciones— dispone que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Las normas citadas le confieren un papel protagónico al poder dispositivo de los particulares, en virtud del cual “*pueden revocar, disolver, invalidar su disposición de intereses*” por el solo acuerdo de voluntades⁸.

Con referencia al modo extintivo indirecto que se examina, el disenso puede ser expreso o tácito, según haya manifestación explícita de las partes encaminada a deshacer un negocio previamente celebrado, o una conducta de ellas, indicativo de la misma intención. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la disolución del vínculo jurídico puede ocurrir cuando las partes —de manera expresa— llegan a un acuerdo en tal sentido, o cuando del comportamiento de ellas se desprende, sin duda alguna, que no desean persistir con el negocio:

“Es sabido que el mutuo disenso es una forma de disolución de un contrato, por voluntad concordante de las partes. Pero esta forma de destrucción del vínculo surge cuando se acuerda por las otorgantes (será entonces mutuo disenso expreso) o cuando el querer de los contratantes que inicialmente se expresa para crear el nexo negocial, se dirige en sentido contrario y negativo, sin declaración de voluntad directa sobre el

⁷ JORGE CUBIDES, *Obligaciones*, 5ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pág. 531.

⁸ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 897.

particular (será mutuo disenso tácito). Uno y otro muestran su fundamento práctico en la conveniencia recíproca de anotar el vínculo jurídico por motivos sobrevinientes, pero con la diferencia de que cuando la voluntad se expresa por las partes, en ese sentido, los actos realizados guardan correspondencia con la disolución del negocio, en las condiciones que ellos mismos precisan, mientras que en el tácito, no se dan los instrumentos definitorios por los otorgantes”⁹.

Para que se produzca la disolución del contrato por consentimiento expreso solo se requiere la voluntad concurrente de las partes, en tanto que la proveniente del mutuo disenso tácito requiere la intervención judicial”¹⁰.

A) *Mutuo disenso expreso*

Respecto del mutuo disenso expreso, HINESTROSA señala que la facultad de extinción de los actos jurídicos conferida por la ley a las partes “no se trata de una simple retractación o de un destrato, tampoco de un contrato modificatorio del celebrado y en curso, que sería un acto complementario o negocio de integración, sino de un verdadero contrato disolutorio, con los mismos requisitos formales de existencia”¹¹.

El acuerdo en virtud del cual las partes consienten en disolver un negocio jurídico previamente celebrado recibe el nombre de *convención extintiva, mutuo disenso expreso, resciliación*¹² o distracto contractual. Tal acuerdo, para poder surtir sus efectos extintivos, debe cumplir con los mismos requisitos formales y sustanciales que exige la ley para el surgimiento del negocio jurídico que se pretende disolver.

B) *Mutuo disenso tácito*

Por su parte, es un fenómeno jurídico diseñado por la jurisprudencia civil con objeto de poner fin a situaciones de prolongada incertidumbre y atascamiento como consecuencia del incumplimiento recíproco de las obligaciones emanadas de un negocio jurídico. Así, en vista de que la legislación civil no le permite a la parte incumplida exigir la resolución

⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1985, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, “G. J.”, t. CLXXX, núm. 2419, págs. 125 y ss.

¹⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 noviembre 1979, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CLIX, núm. 2400, pág. 306.

¹¹ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 898.

¹² Sent. de 23 septiembre 1966, M. P. Flavio Cabrera Dussán, “G. J.”, t. CXVII, pág. 327.

del vínculo por el evento de la condición resolutoria tácita¹³ —en tanto la otra está facultada para formular la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*)—, la Sala de Casación Civil ha interpretado “*la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones*” como la exteriorización de un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual¹⁴.

Así, buscando terminar con “la indefinida expectativa de que «en algún tiempo» pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través [*sic*] de la prescripción”, la Corte ha entendido que el abandono recíproco y rotundo de las prestaciones debidas constituye un hecho inequívoco mediante el cual se puede deducir el querer implícito y recíproco de disolver de manera definitiva el negocio jurídico¹⁵.

La Corte, refiriéndose al mutuo disenso tácito, ha señalado que este “[...] se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende, traducirse como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual”¹⁶.

A diferencia del mutuo disenso expreso, es indispensable que mediante pronunciamiento judicial se constate de manera definitiva que el incumplimiento mutuo de las obligaciones derivadas de un determinado contrato obedece, sin lugar a dudas, al querer de los contratantes de poner fin a tal acto, y no que el abandono de las prestaciones ocurrió por una causa diversa.

En las dos modalidades del mutuo disenso —expreso y tácito—, el efecto necesario de la desaparición del vínculo negocial que sirvió de fuente es la extinción de las obligaciones y los derechos correlativos que habían surgido en cabeza de las partes.

¹³ C. C., art. 1546 y C. de Co., art. 870.

¹⁴ Sent. de 5 noviembre 1979, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CLIX, núm. 2400, pág. 306.

¹⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, “G. J.”, t. CCXXV, núm. 2464, págs. 708 y ss.

¹⁶ C. S. de J., sent. de 5 noviembre 1979, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CLIX, núm. 2400, pág. 306.

2. REVOCACIÓN UNILATERAL

Como se reseñó, la legislación civil exige, para disolver un negocio jurídico y extinguir a su vez, las respectivas obligaciones, la necesidad del mutuo acuerdo de las mismas partes que concurrieron a su celebración.

Con todo, la ley excepcionalmente le concede a una sola de las partes o interesados el derecho potestativo para revocar unilateralmente ciertos actos jurídicos, como ocurre en el contrato de mandato¹⁷, el arrendamiento de servicios inmateriales¹⁸ y la confección de obra material¹⁹, en los cuales es indispensable, para su desarrollo, la inteligencia o la confianza recíproca entre dichas partes²⁰.

La misma prerrogativa puede atribuirse convencionalmente a uno o a todos los contratantes cuando —en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada— se han reservado la facultad de extinguir unilateralmente la relación obligatoria, como cuando en el arrendamiento de cosas se estipula que el arrendador, el arrendatario, o cualquiera de ellos, podrá terminarlo antes del vencimiento del plazo convenido. El pacto de arras también implica, por regla general, el derecho de las partes para retractarse unilateralmente, perdiendo el valor de aquellas²¹. El ejercicio de la facultad de terminación unilateral debe realizarse conforme con los principios de la buena fe y la lealtad, consultando su finalidad. El desvío en su ejercicio puede constituir un abuso del derecho, que origina la obligación de indemnizar perjuicios²².

En suma: la revocación por una de las partes produce el efecto extintivo señalado cuando ha sido autorizada por la ley o por el contrato y ejercida dentro de los límites del derecho; la terminación unilateral y sin justa causa de actos y negocios jurídicos no es otra cosa que un incumplimiento contractual por abandono injustificado de las obligaciones contraídas, que da lugar a la responsabilidad civil.

¹⁷ C. C., art. 2189 y C. de Co., art. 1279.

¹⁸ C. C., art. 2066.

¹⁹ C. C., art. 2056.

²⁰ HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 897.

²¹ C. C., art. 1859. Véase al respecto, GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 516.

²² C. de Co., art. 830.

3. MODOS INDIRECTOS JURISDICCIONALES

Además de los casos señalados por el artículo 1625 del Código Civil para la extinción indirecta de las obligaciones, a saber, “[...] la declaración de nulidad o rescisión” y “el evento de la condición resolutoria”, hay otros casos en los que ese efecto se produce por el ejercicio de ciertas acciones, siendo indispensable la intervención del poder jurisdiccional para acreditar —mediante un proceso contencioso de naturaleza declarativa— que se han dado los supuestos de hecho establecidos en la ley para el surgimiento de tales fenómenos.

A continuación se examinarán, dentro de esta categoría, la declaración judicial de nulidad, la rescisión por lesión enorme, la declaración de simulación y la condición resolutoria (tácita y expresa).

A) La declaración judicial de nulidad

Los actos jurídicos y los contratos, una vez celebrados, gozan de una presunción de validez. Pero si al momento de su formación padecen defectos que comprometen su eficacia, puede demandarse la nulidad absoluta o relativa, según afecte el orden público o el interés de alguno de los contratantes, respectivamente²³.

La declaratoria de nulidad absoluta o de rescisión por nulidad relativa se efectúa por medio de una sentencia en la cual el juez pronuncia que el acto jurídico no produce efectos por haberse probado un vicio constitutivo de alguna causal de nulidad prevista en la ley.

La declaratoria de nulidad o rescisión se produce tras un proceso judicial (ordinario) que comienza, en caso de nulidad relativa, a petición de la parte afectada y, en caso de nulidad absoluta, por demanda de todo el que tenga interés en ello y del ministerio público. La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

Aun cuando posteriormente se hará referencia particular al efecto retroactivo de estas declaraciones judiciales, es necesario puntualizar que

²³ La nulidad absoluta se produce por incapacidad absoluta de las partes, objeto ilícito, causa ilícita, por omisión de una formalidad que la ley prescribe para la validez del acto y, en general, por contrariar norma imperativa. La nulidad es relativa, si hay incapacidad relativa en las partes, si el consentimiento ha sido otorgado con vicios (error, fuerza o dolo) o si hay cualquier otro vicio (C. C., art. 1741; C. de Co., arts. 899, 900).

la consecuencia que surge —tanto en la absoluta como en la relativa— cuando se declara la nulidad de un contrato de ejecución instantánea es la retrotracción de los efectos jurídicos para volver a la situación original de las partes, como si el contrato no se hubiese celebrado, dando lugar a restituciones mutuas y a la devolución de lo pagado, si las partes o alguna de ellas han satisfecho total o parcialmente su prestación (*ex tunc*)²⁴. Si lo dado o pagado son sumas de dinero, se debe la actualización monetaria²⁵ y si es cuerpo cierto, el obligado a restituirlo, será responsable de su pérdida o deterioro, salvo caso fortuito.

Si se trata de un negocio de ejecución sucesiva y la declaración de nulidad sobreviene cuando ya se han cumplido las prestaciones correspondientes a períodos anteriores, aquella tiene efecto hacia el futuro (*ex nunc*) y no retroactivo. Las prestaciones que ya se han consolidado en el patrimonio de las partes no son afectadas por el fallo de nulidad.

Sea con efecto retroactivo o hacia el futuro, el fallo de nulidad, tras disolver el vínculo negocial, extingue las obligaciones surgidas del acto o contrato declarado nulo, por lo cual se cataloga como modo indirecto.

En Francia, la reforma de 2016 al *Code Civil* introdujo la posibilidad de que las partes mismas constaten de común acuerdo, sin necesidad de acudir a un juez, la nulidad de un contrato²⁶. Adicionalmente, la reforma codificó el concepto de caducidad como una nueva sanción al negocio jurídico. La caducidad ocurre cuando desaparece un elemento esencial del contrato *con posterioridad* a su formación²⁷. Tratándose de los deno-

²⁴ C. C., art. 1746. Hay pocas excepciones al efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad: las previstas en los arts. 1525 y 1747 del C. C., que se comentarán posteriormente.

²⁵ Véanse, entre otras, las sentencias de la Sala de Casación Civil de 7 marzo 1994, M. P. Alberto Ospina Botero, exp. 4163, extracto en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIII, núm. 269, págs. 547 y ss., y 25 abril 2003, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 7140, extracto en *www.multilegis.com*. El cap. XIV del primer tomo de esta obra, escrito por MARCO ANTONIO ÁLVAREZ, trata de la lesión enorme.

²⁶ C. C. francés, art. 1178: “La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne le constatent d’un commun accord”.

²⁷ C. C. francés, art. 1186 : “Un contrat valablement formé devient caduc si l’un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l’exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d’une même opération et que l’un d’eux disparaît, sont caducs les contrats dont l’exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l’exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d’une partie. La caducité n’intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l’existence de l’opération d’ensemble lorsqu’il a donné son consentement”.

minados contratos interdependientes o conexos, la reforma dispone que cuando uno de ellos desaparece (presumiblemente por cualquier causa), hay caducidad de (i) los contratos cuya ejecución se vuelve imposible por dicha desaparición; (ii) aquellos contratos para los cuales la ejecución del contrato desaparecido sea una condición determinante del consentimiento de una parte²⁸. El efecto de la caducidad es la disolución de dicho vínculo jurídico con efectos retroactivos similares a los de la nulidad.

B) *La rescisión por lesión enorme*

La rescisión por lesión enorme ocurre mediante una sentencia en la que el juez declara sin efectos un acto jurídico por encontrar desproporción o desequilibrio económico considerable que perjudica a una de las partes. En especial, se refiere al rompimiento de la conmutatividad del contrato cuando una de las prestaciones resulta demasiado onerosa o reducida —según el caso— con respecto a la contraprestación que se recibe.

No en todos los casos en que procede la lesión enorme el remedio es la rescisión; esta solo puede invocarse en aquellos eventos en los que el desequilibrio grave se presenta en los elementos esenciales del negocio. Cuando la desproporción aparece en un elemento accidental (cláusula penal, intereses), lo que puede solicitar el lesionado es la reducción o la pérdida, según el caso.

La lesión enorme es una institución regulada taxativamente y de aplicación restringida a los siguientes actos: a) aceptación de asignación sucesoral²⁹; b) partición de la herencia³⁰; c) contrato de compraventa de inmuebles³¹ y d) contrato de permuta de inmuebles³². Tratándose de cláusula penal enorme³³, de los intereses en el mutuo civil³⁴ y en la anticresis³⁵, como elementos accidentales, el desequilibrio permite solicitar la reducción; en los negocios mercantiles en que hayan de pagarse rentas del capital, cuando se sobre pase el límite legal, la sanción es la pérdida de ellos³⁶.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ C. C., art. 1291.

³⁰ C. C., art. 1405.

³¹ C. C., art. 1946.

³² C. C., art. 1958.

³³ C. C., art. 1601.

³⁴ C. C., art. 2231.

³⁵ C. C., art. 2466.

³⁶ C. de Co., art. 884.

En Francia, la reforma de 2016 al *Code Civil* amplió significativamente el rango de operación de esta figura, al disponer, para los contratos de adhesión, que se tendrán por no escritas aquellas cláusulas que generen un desequilibrio significativo entre las partes³⁷.

Cuando hay rescisión del acto lesivo, la sentencia judicial que la declara tiene también efecto retroactivo llevando las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, por lo cual procederán las restituciones mutuas, a similitud de la nulidad. Al desaparecer el acto, se extinguen las obligaciones del acto rescindido³⁸.

C) *La declaración judicial de simulación*³⁹

“Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece”⁴⁰. Así, la simulación será absoluta si las partes en realidad no han querido celebrar ningún acto jurídico, y relativa cuando estas han querido un acto distinto del que dan a conocer al público, sea por diferencia en la causa, el objeto o las partes intervinientes.

Quien tenga interés en que se declare judicialmente que un acto que lo perjudica es ficticio, deberá instaurar una acción de simulación o de prevalencia⁴¹ para que el juez determine que el contrato ostensible no tiene efecto y que en cambio, sí lo tiene el acto oculto que paralelamente celebraron las partes. Como consecuencia de la declaración judicial, las cosas vuelven al estado en que se refleje la situación real: si la simulación fue absoluta, el acto queda privado de todo efecto, por lo cual hay lugar a las restituciones mutuas; si fue relativa, la sentencia confiere pleno efecto al acto oculto.

³⁷ C. C. francés, art. 1171, “Dans un contrat d’adhésion, toute clause que crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite”.

³⁸ Sin embargo, cuando se pronuncia sentencia de rescisión en la compraventa, el comprador vencido puede perseverar en el negocio completando el justo precio, o el vendedor, restituyendo el exceso, según sea el caso, con deducción del 10% (C. C., art. 1948).

³⁹ Véase el capítulo x, “La simulación”, escrito por JORGE y FELIPE SUESCÚN, en el primer tomo de esta obra.

⁴⁰ FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente. 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pág. 43.

⁴¹ Acción creada por la jurisprudencia, con apoyo en el art. 1766 del C. C.

La declaratoria de simulación mediante sentencia produce la extinción de los efectos de un acto jurídico ficticio. Es un modo indirecto de extinguir las obligaciones, puesto que el acto ostensible, pero simulado, queda sin efectos y en consecuencia se extinguen las obligaciones contenidas en él.

D) *La condición resolutoria*

Al respecto deben distinguirse a) la condición resolutoria ordinaria; b) la condición resolutoria tácita; c) la condición resolutoria expresa (genérica); d) el pacto comisorio simple; e) el pacto comisorio calificado.

a) *Condición resolutoria ordinaria*. Esta es una modalidad de las obligaciones que consiste en un hecho futuro e incierto que se pacta expresamente, y cuando se cumple, extingue un derecho⁴². La condición debe ser válida según las normas generales: debe ser física y moralmente posible, no meramente potestativa y debe estar estipulada en términos inteligibles.

La obligación nace como pura y simple, por lo cual las prestaciones son exigibles; pero acaecida la condición, se extingue el derecho. La condición resolutoria ordinaria es en realidad un modo directo de extinguir obligaciones porque no se disuelve el negocio jurídico fuente, sino que se extingue el derecho crediticio como tal, al igual que la deuda correlativa.

Una vez cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido en tal condición⁴³, pero no se deberán los frutos de la cosa objeto de la condición que se hayan causado en el tiempo intermedio, a menos que haya pacto expreso⁴⁴. Puede ser necesaria la intervención judicial para establecer si una determinada condición resolutoria se ha cumplido y, en consecuencia, debe ponerse fin a la relación obligatoria.

b) *Condición resolutoria tácita*. Declaratoria judicial de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento.

En todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria tácita en virtud de la cual la parte cumplida, en caso de inejecución de la otra parte, puede escoger a su arbitrio la resolución del contrato o la ejecución de la obligación incumplida, en ambos casos con indemnización

⁴² C. C., art. 1536.

⁴³ C. C., art. 1544. Véase la sentencia de la Sala de Casación Civil, de 18 agosto 1987, M. P. Alberto Ospina Botero, *Jurisprudencia y Doctrina*, t. xvi, núm. 190, págs. 1025 y ss.

⁴⁴ C. C., art. 1545.

de perjuicios. Estos serán compensatorios, en el primer caso, y moratorios, en el segundo⁴⁵. Cuando se opta por la resolución, el contratante cumplido le pide al juez que declare disuelto el vínculo contractual por incumplimiento; si la sentencia acoge las pretensiones, la declaración judicial resuelve el contrato con efecto retroactivo, por lo cual las cosas deben regresar al estado anterior a su celebración (*efecto ex tunc*). En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva puede solicitarse la terminación, la cual no afecta las prestaciones ya cumplidas y tiene efecto hacia el futuro (*ex nunc*).

En suma: la resolución pronunciada judicialmente es un modo indirecto de extinción, pues al declararse resuelto (ejecución instantánea) o terminado (ejecución sucesiva), el contrato que sirvió de fuente, dejan de existir, a su vez, las obligaciones resultantes.

En Francia, la reforma de 2016 al *Code Civil* codificó un nuevo modo de resolución de los contratos: la resolución extrajudicial o por notificación al deudor. Esta figura, reconocida en la jurisprudencia francesa desde 1998 en el caso *Tocqueville*, está fundamentada en el incumplimiento grave de las obligaciones. De conformidad con la ley francesa, la resolución extrajudicial de un contrato opera de la siguiente forma: (1) la resolución se hace a cuenta y riesgo del acreedor, es decir, el deudor preserva la facultad de acudir a un juez para impugnar la legalidad de la resolución (por ejemplo, si el requerimiento y notificación al deudor se hicieron debidamente, o el incumplimiento no fue lo suficientemente grave); (2) salvo caso de urgencia, el acreedor debe haber requerido previamente o constituido en mora al deudor, a fin de concederle un plazo razonable para remediar su incumplimiento y advertirle que, de persistir el incumplimiento, se expondrá a la resolución del contrato; y (3) una vez vencido el plazo del requerimiento sin que el deudor cumpla, el acreedor puede notificar la resolución del acuerdo, precisando los motivos en los cuales se funda⁴⁶. Esta figura tiene como efecto práctico invertir el debate

⁴⁵ C. C., art. 1546 y C. de Co., art. 870.

⁴⁶ C. C. francés, art. 1226: “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu’à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l’inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l’inexécution”.

judicial en relación con la terminación de un contrato. Adicionalmente, en la resolución extrajudicial, la fecha de la notificación sirve como fecha efectiva de la disolución del vínculo.

c) *La condición resolutoria expresa (genérica) en los contratos bilaterales*. Es un pacto expreso que pueden celebrar las partes de un contrato bilateral cualquiera en virtud del cual la parte cumplida puede pedir la resolución de este si la otra incumple sus obligaciones. Se diferencia de la condición resolutoria ordinaria en que esta es una modalidad de las obligaciones que consiste en un hecho futuro e incierto, que cuando se cumple, extingue un derecho. En la condición resolutoria expresa el hecho futuro es el incumplimiento de alguna de las partes, mientras que en el caso de la ordinaria, es cualquier otra condición diferente de esta.

En Francia, la reforma de 2016 al *Code Civil* exige a las partes señalar expresamente las obligaciones cuyo incumplimiento conllevará la resolución del contrato⁴⁷. Contrario a lo que se podría pensar, esto no quiere decir que un acreedor no podría solicitar la resolución de un contrato si la obligación incumplida no está enunciada en la cláusula resolutoria. En realidad, el objetivo de esta disposición es limitar la facultad del juez de evaluar la gravedad del incumplimiento de las obligaciones allí enunciadas a fin de declarar o no la resolución del vínculo. Así, para las obligaciones no incluidas en la cláusula resolutoria, procederá la resolución siempre y cuando el incumplimiento sea grave. Asimismo, la reforma precisa que, salvo que las partes dispongan lo contrario, la resolución de un contrato en virtud de una cláusula resolutoria expresa está condicionada a un requerimiento al deudor. Este requerimiento tiene como propósito dar una oportunidad al deudor para que remedie su incumplimiento (de manera similar a como ocurre en Colombia con el pacto comisorio calificado).

La condición resolutoria expresa es también un modo indirecto de extinguir obligaciones, porque acaecida la condición (incumplimiento) se disuelve el vínculo contractual entre las partes y se extinguen en consecuencia las obligaciones y los derechos correlativos. Una vez cumplida, el contrato se extingue con efecto retroactivo y procede la devolución al estado anterior a la celebración del contrato por medio de las restituciones mutuas.

⁴⁷ C. C. francés, art. 1225: “La clause résolutoire précise les engagements dont l’inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s’il n’a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l’inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire”.

Cuando se pacta en el contrato de compraventa, la condición resolutoria expresa se denomina pacto comisorio, el cual puede ser simple o calificado.

d) *Pacto comisorio simple*. Es un pacto accesorio al contrato de compraventa que se establece en favor del vendedor, en virtud del cual se estipula expresamente que el contrato se resolverá si no se paga por el comprador el precio en el tiempo convenido⁴⁸. En todo caso, el vendedor cumplido conserva la alternativa de exigir el precio o la resolución de la venta con pago de perjuicios, conforme a las reglas comunes. Es otro modo indirecto de extinción de las obligaciones porque resuelto el contrato de compraventa, se extinguen las obligaciones surgidas de él y por el efecto retroactivo, las partes están obligadas a efectuar las restituciones mutuas⁴⁹.

e) *Pacto comisorio calificado*. Es una cláusula accesorial al contrato de compraventa que se establece en favor del vendedor cumplido, por la cual se estipula que el contrato se resolverá *ipso facto* si no paga el comprador el precio en el tiempo convenido. El vendedor debe presentar la respectiva demanda de resolución para dar la aplicación a esta cláusula, y el comprador demandado podrá hacer subsistir el contrato si paga el precio dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de ella⁵⁰.

⁴⁸ C. C., arts. 1935 y ss.

⁴⁹ Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 mayo 1977, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CLV, núm. 2398, págs. 123 y ss.

⁵⁰ Véase el art. 1937 del C. C. La jurisprudencia al respecto ha expresado: “2ª. [...] la condición resolutoria tácita del que mediante el citado precepto consagró el legislador colombiano como norma general para todos los contratos bilaterales, la estableció singularmente para el contrato de compraventa en el artículo 1930 *ibidem*, a términos del cual le asiste la acción resolutoria, también con indemnización de perjuicios, al vendedor «si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio que en el lugar y tiempo dichos [...]» 3ª) la condición resolutoria que, como se ha dicho, va implícita del contrato de compraventa por el no pago del precio, puede sin embargo ser objeto de expreso acuerdo entre vendedor y comprador; y si así ocurre se está entonces en presencia de la figura jurídica llamada pacto comisorio, el que, en definitiva, no es otra cosa que la expresa estipulación de resolución del contrato por el no pago del precio del oportunidad debida. Dice en efecto el artículo 1935 del C. C. Que «por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta», y agrega artículo 1937 siguiente que «si se estipula que por no pagar el precio al tiempo convenido se resuelve *ipso facto* el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, a las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda». Con fundamento en el sistema

La vía procesal es la que establece el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil⁵¹.

adoptado en la materia por el Código, la doctrina tiene clasificado el pacto comisorio en simple y calificado. El primero, o sea el que directamente define el artículo 1935 transcrito, es la misma condición resolutoria, expresamente convenida entre comprador y vendedor por el no pago del precio de la venta, y el segundo, que es el que contemple el artículo 1937, se presenta cuando dicha estipulación se agrega que la resolución de la compraventa se produce *ipso facto* por el mismo motivo. A más de lo anterior, el pacto comisorio calificado se distingue del simple en que por aquel se concede al demandado un plazo de gracia para hacer subsistir el contrato que se dice resuelto *ipso facto*, mediante el pago del precio debido entre los 24 horas siguientes a la notificación que de la demanda se le haga; y si así lo hiciere entonces el juez debe proferir «inmediatamente sentencia que declara extinguida la obligación que dio origen al proceso» (C. de P. C., art. 406); 4ª) más, ora si se trate de la condición resolutoria tácita, ya del pacto comisorio simple o ya del calificado o de la resolución *ipso facto*, es lo cierto que la procedencia de la acción resolutoria del contrato de compraventa requiere, como presupuesto indispensable, el estado de mora en el comprador en su obligación de pagar el precio. Consistiendo la mora del deudor en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por él debida, en tratándose de obligaciones a plazo la mora debitoria solo se estructura, generalmente según lo preceptuado por el ordinal 1º del artículo 1608 *ibidem*, cuando dentro del término estipulado no ha cumplido la obligación, puesto que únicamente cuando este haya sido nace para el acreedor el derecho de exigir su cumplimiento. [...] 5ª) En su sentencia el Tribunal de Ibagué reconoce, de [sic] una parte, que en el caso de este proceso se estipuló, mediante la cláusula 5ª del contrato de compraventa, un pacto comisorio simple; y de [sic] otra que el comprador no pagó, dentro del término acordado al efecto, la segunda cuota del precio de la venta. No obstante ello, estimó, y es esta la razón que sustenta su decisión inhibitoria, que dicho pacto no daba base para la acción resolutoria porque el demandante no requirió el demandado, previamente el ejercicio de la prestación que aquí deduce. La tesis que pregona la sentencia es a todas luces inaceptable, puesto que no existe razón legal alguna para considerar que el pacto comisorio simple que de sustraído a la regla *diez interpellat pro homine*, tanto más si se tiene en cuenta que el precipitado artículo 1935, al definir dicho pacto, claramente establece que por él se estipula en forma expresa que, «no pagándose precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta» [...]. Ha dicho la Corte que «la diferencia entre el pacto comisorio calificado o de resolución *ipso facto* y los otros dos, de condición resolutoria tácita y de resolución expresa o pacto comisorio simple, estriba en que en las dos últimas, el deudor debe hacer el pago dentro del término estipulado el contrato, mientras que, cuando hay pacto comisorio calificado, el comprador tiene plazo para pagar hasta el vencimiento de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda». C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 10 mayo 1977, M. P. Humberto Murcia Ballén “G. J.”, t. CLV, núm. 2398, págs. 127-128.

⁵¹ “*Resolucion de compraventa. Modificado*. Decr. 2282 de 1989, art. 1º, num. 209. Cuando en la demanda se solicite la resolución del contrato de compraventa en virtud de la estipulación consagrada en el artículo 1937 del Código Civil, el juez dictará sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso, siempre que el demandado consigne el precio dentro del término señalado en dicho precepto [...]”.

Su efecto principal es la disolución del vínculo contractual regresando las cosas al estado anterior a la celebración del contrato por medio de las restituciones mutuas. Como los anteriores, configura un modo indirecto de extinguir las obligaciones, porque resuelto el contrato de compraventa, se extinguen las obligaciones surgidas de él.

4. EL EFECTO RETROACTIVO. PRECISIONES ADICIONALES SOBRE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN LOS MODOS INDIRECTOS JURISDICCIONALES

Como se ha venido comentando, una vez demostrados los requisitos para la resolución de un contrato por incumplimiento tratándose de la declaración de nulidad, lesión enorme o simulación, la ley civil ordena su destrucción, dejándose sin efectos las obligaciones que de allí emanan. El ordenamiento jurídico colombiano ha optado por la declaración judicial como requisito indispensable para que estos fenómenos produzcan sus efectos, presumiéndose la validez de todos los actos jurídicos y dejando la posibilidad de que se ejecuten hasta que se declare judicialmente lo contrario.

Por ello, la sentencia que declara la existencia de cualquiera de los anteriores fenómenos del acto no es meramente declarativa; es decir, no se limita a declarar que se han cumplido los presupuestos para que el negocio deba dejarse sin efectos, sino que además disuelve el acto y ordena dejar a las partes en el estado en que se encontraban al momento de su celebración, es decir, tiene efectos retroactivos.

A) *El efecto retroactivo en la declaración de nulidad*

Acerca del efecto retroactivo de la declaración judicial de nulidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “[...] la sentencia que tal dispone [de la declaratoria de nulidad] no hace sino verificar una nulidad que ha existido siempre; el contrato nulo no se ha perfeccionado nunca y no ha producido efecto jamás [...] el efecto propio y natural de toda declaración judicial de nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato o acto nulo. [...] Como la sentencia que declara la nulidad produce efectos *ex tunc*, se supone que tal acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho contrato no se hubiera celebrado”⁵².

⁵² C. S. de J., sent. de 16 diciembre 1969, M. P. Ernesto Cediél Angel, “G. J.”, t. CXXXII, núms. 2318-2320, pág. 229. El art. 1545 del C. C., tratándose de obligaciones

Como se señaló, para entender cómo opera el efecto retroactivo de tales pronunciamientos judiciales, es necesario hacer una distinción entre si el acto o contrato se ha ejecutado total o parcialmente, o si por el contrario, no se ha cumplido todavía. Si el acto se ha cumplido en todo o en parte, cada contratante deberá devolverle al otro lo que de él ha recibido (efecto *ex tunc*), haciéndolo de manera recíproca si se ha celebrado un contrato bilateral; o de una sola parte, si se ha celebrado un contrato unilateral o uno bilateral en el que uno solo de los contratantes haya cumplido con sus obligaciones⁵³. En los contratos de tracto sucesivo, sin embargo, ante la imposibilidad material de hacer retroactivos los efectos de una declaración judicial de este tipo, la disolución de la relación obligatoria se decreta hacia el futuro (efecto *ex nunc*), es decir, desde el momento de notificación de la sentencia que así lo dispone, hacia adelante⁵⁴.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil sostuvo que las denominadas restituciones recíprocas “tienen fundamento en evidentes y claras razones de equidad, que procuran conjurar un enriquecimiento indebido. Tales restituciones recíprocas quedan incluidas en la demanda, de tal manera que el juzgador debe siempre considerarlas en el fallo, ya sea a petición de parte, ora de oficio [...] Cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no solo debe restituirse, por la parte obligada a ello, la suma de dinero recibida en desarrollo del contrato anulado o ineficaz, con la consiguiente corrección monetaria, sino también el valor de los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, pues el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”⁵⁵.

La disolución judicial de un negocio jurídico impone la necesidad “de regresar al *statu quo ante*, es decir, a un estado de cosas tal que queden eliminadas en lo posible, o contrarrestadas para mejor expresarlo, las consecuencias jurídicas y económicas que esas realidades llegaron

sujetas a condición resolutoria expresa, establece una excepción a la obligación de restituir lo entregado con todos sus frutos.

⁵³ ARTURO ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*, t. II, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1990, pág. 1083.

⁵⁴ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005. pág. 520.

⁵⁵ C. S. de J., sent. de 15 junio 1995, exp. 4398, M. P. Rafael Romero Sierra, “G. J.”, t. CCXXXIV, núm. 2473, pág. 852.

a suscitar”⁵⁶. Para dejar a las partes en el estado en que se encontraban antes de la celebración del vínculo a la postre disuelto, debe devolverse lo entregado con todos sus accesorios, es decir, con todos los frutos naturales y civiles que haya producido mientras se encontraba en poder de la otra parte.

Ahora bien, si las partes no han ejecutado aún las prestaciones que el negocio jurídico disuelto judicialmente les imponía, la declaración de su fenecimiento tiene como resultado la extinción de los derechos y obligaciones a que dio origen. Así, al resolverse, rescindir o declararse la extinción de un acto o contrato que aún no se ha cumplido, las obligaciones simplemente dejarán de ser exigibles, considerándose como si nunca hubieran existido⁵⁷.

Debido al carácter sancionatorio de ciertas casuales de nulidad, los artículos 1747 y 1525 del Código Civil consagran dos excepciones al efecto retroactivo de su declaración judicial. El primero de ellos establece que todo aquel que haya celebrado un contrato con una persona incapaz no podrá pedir restitución hasta que pruebe que con lo que pagó el incapaz se hizo *más rico*⁵⁸; mientras que el segundo impide la restitución de la prestación cumplida en virtud de un contrato nulo, cuando aquello haya sido un objeto ilícito o haya sido dado o pagado por una causa ilícita a sabiendas. Sobre esta última, la Corte ha dicho que la excepción consagrada en el artículo 1525 reviste un “gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpituden cesta repetitio*”. De acuerdo con esta corporación, “Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamien-

⁵⁶ Sent. de 15 junio 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3653. Extracto tomado de www.multilegis.com.

⁵⁷ ALESSANDRI, *op. cit.*, pág. 1083.

⁵⁸ El art. 1747 del C. C. dispone: “Se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas”. A su turno la jurisprudencia sostiene que dicha excepción tiene su fundamento “en un sentido de amparo legal a las personas que por razones fisiológicas o jurídicas, se presumen insuficientemente capaces para la actividad comercial, y que por ende habrán malgastado todo o parte de la prestación recibida por lo cual la ley les otorga una protección que vela por sus intereses”. Sin embargo, según la Corte, dicha excepción sufre a su turno una excepción, basada en la norma general de derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas ajenas. Por ello, el incapaz está obligado a restituir cuando el contrato anulado lo hubiera enriquecido. (Sent. de 20 septiembre 1938, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. XLVIII, núm. 1940, pág. 22).

to jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud”. Sin embargo, sostiene la Corte, “como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador solo reprime al que actúa en el negocio jurídico «a sabiendas» de la ilicitud, es decir, teniendo plena conciencia o conocimiento objetivo del mismo”⁵⁹.

Ahora bien, la declaratoria de nulidad da lugar a acciones contra terceros poseedores que, en virtud de un contrato o acto posterior y distinto del anulado, han adquirido la posesión del objeto dado como prestación dentro del primer contrato⁶⁰.

Al respecto, la Corte ha dicho que si bien la declaratoria de nulidad puede dar lugar a varias acciones, no todas se pueden predicar en el caso de terceros. Así pues, la acción personal de restitución busca la devolución de la cosa como consecuencia de la desaparición del vínculo que sirvió como causa a una tenencia, sin perjuicio de que el demandante opte por la reivindicación, caso en el cual deberá, por el carácter *real* de la acción, demostrar ser el dueño de la cosa y el demandado, simple poseedor⁶¹. Por el contrario, en el caso de los terceros, la posibilidad de optar entre una u otra acción no existe, porque estos, en su condición de ajenos a la relación contractual, no tienen obligación alguna de restituir algo que se ha dado en virtud de un contrato celebrado por otros, a pesar de que haya sido válido, incumplido o nulo. Por consiguiente, frente a terceros, siempre será necesario interponer la acción *real* reivindicatoria⁶².

B) Efecto retroactivo en la resolución por incumplimiento

Cuando la parte cumplida opta por la alternativa resolutoria que establecen los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio y demuestra el cabal cumplimiento de su parte, acompañado del efectivo incumplimiento del otro contratante, ocurre la extinción de la relación obligatoria, ordenándose restituir a la parte cumplida lo que ella pagó en ejecución del contrato junto con la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar⁶³. Ya señalamos que la disolución del vínculo por

⁵⁹ Sent. de 22 enero 1971, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CXXVIII, núms. 2340-2345, pág. 42.

⁶⁰ C. C., art. 1748.

⁶¹ Sent. de 8 septiembre 1992. Extracto tomado de www.multilegis.com

⁶² *Idem*.

⁶³ Sent. de 3 noviembre 1971, M. P. José María Esguerra Samper, “G. J.”, t. CXXXIX, núms. 2346-2351, pág. 203.

incumplimiento, tratándose de contratos de ejecución instantánea, recibe el nombre de *resolución*; mientras que aquel fenómeno predicado de contratos de tracto sucesivo ha sido denominado *terminación* o *resiliación*.

A diferencia de lo que ocurre en las demás hipótesis de disolución judicial de los actos jurídicos que son fuente de obligaciones, en la *resolución* o *terminación* por incumplimiento —según sea el caso— además de las restituciones recíprocas que deben hacerse como consecuencia necesaria de la disolución del vínculo obligatorio, deben también indemnizarse los perjuicios que dicho incumplimiento trajo a la parte que sí cumplió. De esa manera, tratándose de obligaciones dinerarias, la Sala de Casación Civil ha señalado que el contratante incumplido, responsable de la disolución del vínculo, no tiene derecho a reclamar el reajuste monetario de la parte que pagó en cumplimiento del contrato. A juicio de ese tribunal, “en el supuesto de que quien reclame la indemnización lo [*sic*] sea el contratante incumplido, la jurisprudencia tiene dicho que a este no le asiste legitimación para exigirla, en razón del referido incumplimiento. [...] Así que sería inequitativo que la parte cumplida que deba restituir el dinero tenga [*sic*] que hacerlo con reajuste, premiando por lo tanto el comportamiento del incumplido. En tal supuesto el incumplido, casualmente por su conducta, debe asumir la consecuencia”⁶⁴.

En Francia, la reforma de 2016 al *Code Civil* separó conceptualmente, por motivos de simplicidad y practicidad, la cuestión de la extinción de un contrato por incumplimiento de sus obligaciones, de la de las restituciones recíprocas⁶⁵. Bajo la legislación francesa, las restituciones recíprocas dejan de ser una consecuencia lógica y necesaria de la resolución del contrato, para operar solamente en las circunstancias previstas específicamente por la ley⁶⁶.

Así, según el artículo 1229 del Código Civil francés, la resolución tiene como efecto simplemente “poner fin a un contrato”. A su turno, habrá lugar a las restituciones recíprocas únicamente si las prestaciones intercambiadas no pueden encontrar su utilidad sino por la ejecución completa

⁶⁴ Sent. de 21 septiembre 1992, exp. 3457, M. P. Eduardo García Sarmiento, “G. J.”, t. CCXIX, núm. 2458, pág. 436.

⁶⁵ Reporte al presidente de la República relativo a la Ordenanza núm. 2016-131 del 10 febrero 2016 reformativo del derecho de los contratos, régimen general y prueba de las obligaciones, Capítulo IV, Sección 5, Sub-sección 4. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>

⁶⁶ *Ibid.*

del contrato resuelto⁶⁷. En cambio, si las prestaciones intercambiadas han encontrado su utilidad en la medida de ejecución recíproca del contrato, no habrá derecho a las restituciones recíprocas en relación al período en el cual las partes cumplieron con sus compromisos contractuales adecuadamente⁶⁸. Esta aproximación de la legislación francesa, fundamentada principalmente en la utilidad o función económica del contrato, se separa de la distinción puramente lógica entre el efecto retroactivo de la resolución en los contratos de ejecución instantánea, y la de los contratos de tracto sucesivo, acogida en el derecho colombiano. Así, en Francia habrá situaciones de resolución de contratos de ejecución instantánea en los cuales no haya lugar a la totalidad de las restituciones recíprocas. Todo dependerá de si las prestaciones ejecutadas recíprocamente antes del incumplimiento resultaban útiles para las partes.

Adicionalmente, la reforma de 2016 al *Code Civil* aclara, para evitar cualquier duda, que la resolución de un contrato no extingue las cláusulas de resolución de conflictos (p. ej. cláusulas atributivas de competencia, o cláusulas de arbitraje) ni aquellas que han sido pactadas para tener efecto incluso con posterioridad a la finalización del contrato, como las cláusulas de confidencialidad o de no competencia⁶⁹.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

ALESSANDRI BESA, ARTURO: *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*, t. II, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1990.

⁶⁷ C. C. francés, art. 1129: “La résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l’assignation en justice. Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l’exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l’intégralité de ce qu’elles se sont procuré l’une à l’autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l’exécution réciproque du contrat, il n’y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n’ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9”.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ C. C. francés, art. 1230: “La résolution n’affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence”.

- CUBIDES, JORGE: *Obligaciones*, 5ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pág. 531.
- FERRARA, FRANCESCO: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.
- HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.
- OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO y OSPINA ACOSTA EDUARDO: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2000.

B) *Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*

- Sent. de 20 septiembre 1938, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. XLVIII, núm. 1940.
- Sent. de 23 septiembre 1966, M. P. Flavio Cabrera Dussán, “G. J.”, t. CXVII.
- Sent. de 16 diciembre 1969, M. P. Ernesto Cediel Angel, “G. J.”, t. CXXXII, núms. 2318-2320.
- Sent. de 22 enero 1971, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.” CXXVIII, núms. 2340-2345.
- Sent. de 3 noviembre 1971, M. P. José María Esguerra Samper, “G. J.”, t. CXXXIX, núms. 2346-2351.
- Sent. de 12 agosto 1974, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CXLVIII, núms. 2378-2389.
- Sent. de 10 mayo 1977, M. P. Humberto Murcia Ballén, “G. J.”, t. CLV, núm. 2398.
- Sent. de 5 noviembre 1979, M. P. Alberto Ospina Botero, “G. J.”, t. CLIX, núm. 2400.
- Sent. de 16 julio 1985, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, “G. J.”, t. CLXXX, núm. 2419.
- Sent. de 18 agosto 1987, M. P. Alberto Ospina Botero, Jurisprudencia y Doctrina, t. XVI, núm. 190.
- Sent. de 8 septiembre 1992, Extracto tomado de www.multilegis.com.
- Sent. de 21 septiembre de 1992, exp. 3457, M. P. Eduardo García Sarmiento, “G. J.”, t. CCXIX, núm. 2458.
- Sent. de 15 junio 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3653, extracto tomado de www.multilegis.com.
- Sent. de 1º diciembre 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, “G. J.”, t. CCXXV, núm. 2464.
- Sent. de 7 marzo 1994, M. P. Alberto Ospina Botero, exp. 4163, extracto en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIII, núm. 269.
- Sent. de 15 junio 1995, exp. 4398, M. P. Rafael Romero Sierra, “G. J.”, t. CCXXXIV, núm. 2473.

Sent. de 25 abril 2003, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 7140, extracto en *www.multilegis.com* .

Sent. de 9 febrero 2004, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, exp. 7577.

Sent. de 12 febrero 2004, M. P. Eduardo Villamil Portilla, exp. 11001-31-03-040-2000-00492-01.

Sent. de 14 diciembre 2010, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Abeliuk Manasevich, René: 175, 212, 213, 215, 217, 223, 225, 467, 508, 511, 514, 524, 532, 540, 706, 707, 714, 716, 718, 722, 725, 727, 730, 731.
Abril Campoy, Juan Manuel: 705, 713, 714, 716.
Accursio: 559.
Aguado Montaña, Eustorgio Mariano: 19, 20, 77, 80.
Albaladejo, Manuel: 611, 616.
Alessandri Besa, Arturo: 752, 753.
Alessandri Rodríguez, Arturo: 292, 296, 300, 510, 513, 514, 516, 527, 565, 566, 615, 616, 650.
Alfonso Corredor, Viviana Alejandra: 377.
Alterini, Atilio Aníbal: 137, 178, 181, 483, 484, 485, 707, 708, 709, 710, 711, 713, 715, 716, 718, 724.
Álvarez, Marco Antonio: 743.
Ameal, Oscar José: 553.
Andreoli M., Marcelo: 177.
Arango-Arango, Carlos A.: 423.
Arrubla Paucar, Jaime Alberto: 181, 183, 190, 193, 335.
Aynès, Laurent: 178.
Azula Camacho, Jaime: 90, 91, 103.
Azzo: 559.

— B —

Baeza Campos, María del Pilar: 197.
Barbero, Doménico: 616, 635.
Barrera-Rego, María M.: 423.
Bartolo: 560.
Basozabal Arrue, Xabier: 584, 585, 588, 589, 590.
Bejarano Sánchez, Manuel: 292, 294, 467, 468, 510, 537, 540.
Bekker: 623.
Bello, Andrés: 617, 629.
Berg, Alan: 376.
Bernal Fandiño, Mariana: 551.
Bernal-Ramírez, Joaquín F.: 423.
Bhala, Raj: 434.
Bigot-Prémeneau: 613.
Birks, Peter: 404.
Bitbol, Alfredo: 625.
Boada-Ortiz, Alberto: 423.

Boffi Boggero, Luis M.: 615, 629, 652.
Bonivento Fernández, José Alejandro: 121, 186, 210, 213, 215, 220, 222, 638, 639, 647, 662, 672, 673, 678, 679.
Bonivento Jiménez, José Armando: 554, 562, 617.
Botero, María Bibiana: 326, 331.
Boulanger, Jean: 276, 277, 284.
Bourque, Samuel: 412.
Brammertz, Willi: 413.
Butera: 626, 631, 642, 656.

— C —

Calvino, Italo: 463.
Campbell Black, Henry: 619.
Cano Martínez de Velasco, José Ignacio: 152, 153, 156, 160, 162.
Capitant, Henri: 560, 613, 631, 634, 645, 647, 666, 673, 688.
Carbonnier, Jean: 582, 611.
Cárdenas Mejía, Juan Pablo: 211, 217, 708.
Cardona Hernández, Guillermo: 19, 24, 32, 34, 35.
Carnelutti, Francesco: 622, 623, 658.
Caro Nieto, Juan: 716.
Carrejo, Simón: 78, 79.
Carreras Llansana, Jorge: 620, 639.
Carresi, Franco: 631, 636, 640, 648, 655.
Carrizosa Pardo, Hernando: 9, 10, 11, 12, 13, 14, 24, 28, 72, 82, 496, 498, 499.
Carstens, A.: 421.
Castán Tobeñas, José: 612, 679.
Castillo Freyre, Mario: 603, 604, 629.
Castro de Cifuentes, Marcela: 1, 5, 111, 133, 151, 165, 171, 209, 233, 236, 273, 351, 375, 376, 467, 479, 493, 600.
Chabas: 495.
Chamie Gandur, José Félix: 382.
Chevalier: 635.
Chiovenda, Giuseppe: 686.
Cifuentes Muñoz, Manuel E.: 403, 419.
Claro Solar, Luis: 8, 12, 27, 28, 29, 32, 34, 145, 142, 146, 276, 277, 292, 293, 294, 303, 468, 470, 472, 474, 475, 479, 480, 481, 485, 488, 494, 495, 497, 502, 503, 555, 556, 557, 558, 568, 724.
Clemente de Diego, Felipe: 653, 664.

Colin, Ambrosio: 560, 613, 631, 634, 645, 647, 666, 673, 688.
 Cubides Camacho, Jorge: 161, 292, 299, 327, 481, 485, 489, 510, 514, 526, 532, 536, 554, 555, 578, 635, 642, 649, 722, 723, 730, 731, 738.
 Cujas: 560, 582.
 Cumyn, Michelle: 156.

— D —

D'Amello, Mariano: 626.
 D'Argentré: 633.
 Darnaculleta I Gardella, M^a Mercè: 439.
 De Asís Sancho Rebullida, Francisco: 636.
 De Gásperi, Luis: 648, 655, 663, 673, 683, 689.
 De la Calle Lombana, Humberto: 323, 337.
 Del Prato, Enrico: 605, 659.
 Delvincourt: 147.
 Demolombe: 503, 504.
 Denecker, Olivier: 426.
 Devis Echandía, Hernando: 307.
 Díez-Picazo, Luis: 556, 567, 571, 613, 625, 631, 648, 654, 656, 661, 680.
 Domat: 560, 582, 613.
 D'Onofrio: 648.
 Dumoulin: 560, 582, 633.
 Durán Uribe, Juan Carlos: 349.

— E —

Ekdahl, María Fernanda: 695.
 Emiliani Román, Raimundo: 562, 568.
 Enneccerus, Ludwig: 290, 291, 584, 623.
 Espín Canovas: 631, 634, 642, 664, 666, 686.
 Espín Canovas, Diego: 613.
 Ettore, Giannantonio: 418.

— F —

Félix Morandi, Juan Carlos: 534.
 Ferrara, Francesco: 745.
 Fleischer, V.: 443.
 Fonseca Jaramillo, Claudia: 270.
 Fueyo Laneri, Fernando: 695, 714.
 Fung Ling Tsui, Sara: 412.

— G —

Gagliardo: 695.
 Gamboa Morales, Luis Carlos: 5.
 Gamboa Sepúlveda, Mario: 553, 558, 559, 560, 567, 571, 574, 577.
 Gámez Rodríguez, Andrés: 351, 352, 357, 359, 361.
 García-Amigo, Manuel: 196.

García-Pita y Lastres, José Luis: 174, 179, 181.
 García y Goyena, Florencio: 613.
 Garrigues, Joaquín: 3, 181.
 Ghestin, Jacques: 372.
 Ghozi, Alain: 610.
 Gianfelici, Mario César: 707.
 Ginebra Serrabou, Xavier: 361.
 Giorgi: 512.
 Giraldo Bustamente, Carlos Julio: 182.
 Goetzmann, William N.: 417.
 Goforth, Carol: 418.
 Gómez Estrada, César: 20, 113, 117, 119, 120, 180, 212, 213, 220, 222, 228.
 Gómez, José J.: 569.
 Gómez Orbaneja: 663.
 González de Cancino, Emilssen: 404.
 Guillén, Horacio Pedro: 269.
 Gullón, Antonio: 613, 623, 624: 625, 631, 632, 633, 635, 647, 648, 654, 656, 658, 661, 680.
 Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino: 112.
 Gutiérrez de Larrauri, Natalia: 716.
 Gutiérrez y Fernández, Ernesto: 136, 137.
 Gutiérrez y González, Ernesto: 509: 510, 514, 517, 536, 538, 540.

— H —

Hernández Correa, Gerardo: 354.
 Heródoto: 417.
 Hinestrosa, Fernando: 117, 140, 141, 159, 160, 161, 178, 181, 200, 202, 213, 222, 226, 267, 269, 274, 276, 279, 281, 282, 284, 292, 293, 294, 297, 298, 299, 309, 310, 324, 385, 469, 470, 479, 482, 485, 491, 494, 495, 500, 502, 503, 504, 507, 509, 512, 513, 515, 517, 518, 519, 524, 525, 526, 527, 529, 530, 531, 532, 533, 535, 536, 537, 538, 542, 546, 553, 556, 615, 616, 649, 667, 708, 713, 723, 724, 726.

— I —

Ibáñez Najar, Jorge Enrique: 352.
 Iglesias-Redondo, Juan: 557, 624.
 v. Ihering, Rudolf: 503.
 Istace, Florent: 426.

— J —

Jaramillo, Carlos Ignacio: .
 Jaramillo J., Carlos Ignacio: 558, 559, 597, 609, 640, 677, 681, 692, 693.
 Josserand, Louis: 298, 538.
 Justiniano: 404, 557, 558.

— K —

Kaser, Max: 557, 558.
 Kemelmajer de Carlucci, Aída: 692.
 Kipp, Theodor: 290, 291.

— L —

Lafont Pianetta, Pedro: 9, 13, 18, 32, 642, 649, 672, 678.
 Lagomarsino, Carlos: 616.
 Larenz, Karl: 568, 584, 631, 636, 672.
 Larroumet, Christian: 182.
 Laurent, François: 503, 656.
 Lequette, Yves: 44, 551, 694.
 Lerner, Bernardo: 625.
 Lisfield, Robert: 427.
 López Blanco, Hernán Fabio: 306, 308.
 López Cabana, Roberto M.: 553.
 López de Santamaría: 629.
 Lorenzetti, Ricardo Luis: 650, 653, 661.
 Luna Serrano, Agustín: 637, 648, 661.

— M —

Maikel, Nisimblat: 271.
 Mantilla Espinosa, Fabricio: 186.
 Martínez de Velasco, Cano: 155.
 Martínez, Estela: 435.
 Martínez Sarnago, Carlos: 418.
 Mazeaud, Henri, Léon y Jean: 127, 136, 139, 275, 281, 283, 286, 292, 293, 294, 297, 298, 301, 302, 495, 507, 508, 510, 513, 514, 516, 517, 518, 525, 526, 527, 529, 530, 531, 535, 537, 538, 559, 582, 609, 613, 615, 627, 631, 633, 634, 635, 655, 660, 680, 686.
 Medellín Aldana, Carlos: 7.
 Medicus, Dieter: 577, 576, 584.
 Mendelowitz, Allan I.: 413.
 Mendoza Álvarez, Mateo: 377.
 Mendoza Ramírez, Álvaro: 604, 694.
 Mesa, Diana: 435.
 Messineo, Francesco: 197, 274, 275, 286, 479, 482, 637, 651, 664, 665, 724.
 Miquel Sala, Rosa: 584, 585.
 Modestino: 556.
 Montague, Adrian A.: 373.
 Montes-Negret, Fernando: 427.
 Morales Molina, Hernando: 225.
 Moreda de Lecea, Carlos: 361.
 Mosset Iturraspe, Jorge: 611.
 Moxó Ruano, Antonio: 602, 611, 619, 623, 624, 625, 630, 631, 632, 633, 642, 646, 652, 657, 665, 666.
 Murillo Villar, Alfonso: 557.

— N —

Namén Vargas, William: 366, 374.
 Narváez García, José Ignacio: 244.
 Narvaja, Tristán: 614, 617.
 Niederkorn, Marc: 426.

— O —

Obal, Carlos: 625.
 Ogayar Ayllón, Tomás: 616.
 Ortiz Monsalve, Álvaro: 355.
 O'Shields, Reggie: 413.
 Osorio y Florit, Manuel: 625.
 Ospina Acosta, Eduardo: 350, 626, 741.
 Ospina Fernández Guillermo: 135, 136, 139, 145, 153, 268, 270, 292, 350, 369, 481, 484, 486, 488, 489, 493, 494, 495, 497, 500, 504, 508, 526, 530, 532, 556, 565, 571, 706, 589, 626, 741.
 Osterling Parodi, Felipe: 588, 603, 604, 629.
 Otis Rodner, James: 351.

— P —

Pacheco, Beatriz Helena: 427.
 Padilla Sánchez, J.: 409.
 Palau, Ana María: 326, 331.
 Peláez, Francisco: 615, 616, 620, 622, 638, 639, 642, 647, 655, 658, 670, 671.
 Peña Castrillón, Gilberto: 320, 335.
 Peña Nossa, Lisandro: 247, 255.
 Pérez, Camila: 427.
 Pérez Vives, Álvaro: 2, 111, 117, 119, 120, 495.
 Petit, Eugene: 112, 558.
 Pizarro, Ramón: 617, 669, 689.
 Pizza de Luna, Isabel: 695.
 Planiol, Marcel: 135, 137, 276, 287, 291, 297, 300, 353, 385, 470, 475, 494, 498, 503, 509, 530.
 Plott, Gustavo: 389.
 Pothier: , 560, 501, 723, 635.
 Pothier, Robert-Joseph: 7, 493, 526, 582, 724.
 Prada Márquez, Yolima: 335.
 Prieto, Ana María: 435.
 Puig Peña, Federico: 603.

— R —

Raustiala, K.: 408.
 Rebelo, M.: 409.
 Remolina Angarita, Nelson: 284, 317.
 Restrepo Salazar, Juan Camilo: 353.
 Reyes Villamizar, Francisco: 166, 247, 248, 249.
 Rezzónico, Luis María: 624, 670, 680, 689, 690.
 Rice, Daniel: 419.

Rico Carrillo, Mariliana: 317.
 Ripert, Georges: 135, 137, 276, 277, 287, 291, 297,
 300, 470, 475, 476, 494, 498, 503, 508, 509, 510,
 529, 530, 536, 711, 725, 730.
 Risch: 623.
 Rochet, J.: 443.
 Rodríguez Azuero, Sergio: 459.
 Rodríguez Fonnegra, Jaime: 369.
 Rodríguez Grez, Pablo: 36, 77, 79.
 Rogoff, Kenneth S.: 426.
 Román, Emiliani: 574.
 Romero Cruz, Diego Orlando: 267, 467, 711.
 Ruiz, Álex: 418.
 Ruiz Serramalera, Ricardo: 671, 689.

— S —

Salazar, Natalia: 427.
 Sanahuja, J. M.: 625, 632, 652, 657, 667, 671,
 672, 682.
 Sánchez Román, Felipe: 636, 642, 672.
 Sancho Rebullida, Francisco de Asís: 468, 472, 637.
 San Cristóbal Reales, Susana: 647, 680.
 Santoro Passarelli, Francesco: 637.
 Santos Briz, Jaime: 611.
 Savelyev, Alexander: 414.
 Saxon, Steve: 408.
 Schumpeter, J.: 425.
 Segrave, K.: 414.
 Simler, Philippe: 551, 694.
 Solarte Rodríguez, Arturo: 551.
 Solé Feliu, Josep: 586.
 Somarriva, Manuel: 566, 567.
 Soto Nieto, Francisco: 707.
 Spickenreuther, Thorsten: 408.
 Spota, Luis: 625.
 Sprigman, C.: 408.
 Suárez Franco, Roberto: 27, 45, 51.
 Suescún, Felipe: 745.
 Suescún Melo, Jorge: 153, 164, 125, 359, 745.

— T —

Tamayo Haya, Silvia: 605, 608, 620, 621, 630, 655,
 659, 661, 663, 665, 666, 671, 673, 679.
 Tamayo Jaramillo, Javier: 373, 375.
 Tamayo Lombana, Alberto: 8.
 Tapscott, Alex: 412, 413, 420.
 Tapscott, Don: 412, 413, 420.
 Ternera, Francisco: 569.

Terré, François: 32, 44, 70, 77, 551, 694.
 v. Thur: Andreas, 623.
 Torres, José David: 435.
 Trabucchi, Alberto: 640, 654, 666.
 Tuttle, Edward: 585.

— U —

Ulpiano: 468, 612.
 Unterholzner: 623.
 Uribe Escobar, José Darío: 354, 427.
 Uribe-Holguín, Ricardo: 718, 724.

— V —

Valdés Sánchez, Roberto: 605, 667, 676, 688, 691.
 Valencia Zea, Arturo: 14, 52, 70, 136, 292, 296,
 298, 299, 312, 355, 508, 511, 514, 515, 517, 519,
 532, 536, 635, 647, 653, 662, 673.
 Vallespinos, Carlos: , 617, 669, 689.
 Valverde, Calixto: 624, 642.
 Varón Palomino, Juan Carlos: 284, 351, 352, 356.
 Vásquez Gundín, Eugenio: 609, 610, 647, 666, 680.
 Velásquez Gómez, Hernán Darío: 274, 275, 277,
 278, 282, 284, 287, 288, 290, 304, 306, 308, 555,
 561, 573, 574, 621, 639, 642, 663, 684, 685.
 Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo: 569.
 Vélez, Héctor Guillermo: 353.
 Vélez Sarsfield, Dalmacio: 617.
 Villamil Portilla, Edgardo: 607.
 Viterbo, Camilo: 657.
 Vodanovic, Antonio: 566, 567, 633, 635, 636, 650,
 672, 676, 720.

— W —

Weatherford, Jack Mciver: 419.
 Weinstein, Gail: 377.
 Windscheid, Bernhard: 656.
 Wolff, Martin: 290, 291, 584.
 Wood, Philip R.: 585.

— Y —

Yosifon, D. G.: 408.

— Z —

Zapata, Pilar: 271.
 Zimmermann, Reinhard: 112.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

<i>Código Civil</i>		<i>Código Civil</i>	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
1º	728	790	522
15	222, 479, 529, 574	791	522
16	355	821	7
41	46	822	114
42	46	823	569
43	46	826	541
47	48	832	16
50	46, 47, 48	838	655
64	375, 707	848	569
66	40	869	699
73	5	870	699
90	27	871	699
91	27	872	699
93	27	873	699
94	5	874	699
95	40	875	699
96	5	876	699
97	5	877	699
100	47	878	6, 16, 700
140	47	879	700
152	40	880	700
251	514	881	700
406	514	882	522
411	71	900	514
424	6	904	514
425	576	934	522
633	5	937	522
635	5	938	522
653	422	946	514
663	569	976	523
664	422	993	522
665	12, 14, 15, 16, 152, 422	1007	523
673	10	1008	11, 19, 25, 496
740	719, 720	1009	11, 496
745	719	1010	25, 68
751	522	1011	11, 26, 68, 496
754	242, 719	1012	19, 24
756	719	1013	25, 28, 29
761	113, 117, 122, 128, 243	1014	16, 39
778	17	1015	39
789	522	1016	43, 77, 78, 83

*Código Civil**Código Civil*

Art.	Pág.	Art.	Pág.
1018	27, 69	1202	541
1019	27, 69	1220	522
1025	27	1226	43, 69, 70, 71, 84, 91
1029	27	1227	91
1037	43, 44, 70	1230	43, 71, 91
1039	39, 44	1231	43
1040	43, 45	1232	43, 541
1041	51, 52, 55	1233	43
1042	51, 55, 58	1234	43, 72
1043	51, 52, 55, 60, 62	1235	43, 72
1044	51	1236	43, 55, 72
1045	43, 45, 46, 51, 52, 55	1237	43
1046	43, 45, 48, 49, 58, 60	1238	43
1047	43, 45, 50	1239	70
1050	45	1240	72, 73, 74
1051	45	1242	70, 71, 72, 74, 81, 82, 83, 84, 85
1052	44	1243	43, 81, 82, 83, 84, 85, 86
1054	43	1244	84, 85
1055	66	1245	83, 84, 85
1057	67	1248	43
1059	66	1249	43
1060	67	1251	43
1064	67	1252	85
1067	67	1253	85
1070	67	1256	81, 85, 86
1071	65	1259	85
1077	67	1262	81, 85, 86
1078	67	1264	85
1080	66	1265	312
1081	522	1266	312
1082	67	1270	541
1087	67	1271	541
1090	67	1274	523
1093	541	1278	43, 65
1096	67	1279	24
1097	67	1282	27, 152
1101	541	1283	35
1103	541	1284	28, 31
1104	67	1285	28, 31
1105	67	1288	35
1109	541	1289	26, 26, 35, 99
1112	67	1290	26, 35, 560
1113	65, 68	1291	31, 744
1121	69	1292	26
1139	648	1293	35
1140	655	1294	35
1155	91	1295	36
1162	91, 496	1296	28
1187	485	1297	96
1193	655	1298	29

<i>Código Civil</i>		<i>Código Civil</i>	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
1299	29	1456	526
1300	29	1458	489
1301	29	1461	488
1302	31	1464	233
1303	27	1466	233
1304 26, 152,	498	1484	523
1305	139	1487	523
1306	33	1494	235
1307	33	1495 626,	627
1308	33	1496	182
1309	33	1498 218,	369
1310	34	1500	719
1312 25, 92, 95, 96,	97	1501	116
1314	34	1502 67, 116, 350, 410,	480
1316 10, 32, 34,	498	1505	134
1317	34	1506 162,	200
1318	34	1507 162,	200
1319	34	1519	355
1321	14	1520 12, 20, 80, 81, 86,	88
1327 68,	92	1521 211,	535
1329	522	1523 355,	535
1333 96,	541	1524 335,	367
1367	68	1525 743,	753
1368	68	1527 133,	510
1371	541	1536 27,	746
1373	68	1544 571, 737,	746
1374 13,	514	1545	746
1375 80, 81, 86, 87,	97	1546 268, 326, 331, 737, 740, 747,	754
1402	523	1556	300
1405	744	1557	730
1409 523,	524	1563	396
1411 77, 152, 284,	729	1564	300
1412	78	1565 284, 570, 724,	732
1414	80	1567 284, 724,	732
1415	77	1568 79, 138, 284,	500
1419	77	1570	489
1422	80	1571	138
1423	143	1575	489
1424	33	1577	522
1431	100	1579	575
1434	76	1580	78
1435 10, 36, 101,	499	1583	79
1436	37	1586	526
1437	38	1587	277
1438 22,	37	1588	277
1439 36,	37	1595	675
1440	499	1601 368,	744
1441	38	1602 669, 670, 732,	738
1442 38,	101	1604 375,	722
1450	488	1605	720

Código Civil

Art.	Pág.
1606	720
1607	727
1608 305, 519,	750
1615	519
1616 379, 708, 722,	724
1617 148, 223,	357
1618 677,	682
1619 677, 680,	681
1620	691
1622	682
1624	677
1625 222, 268, 317, 468, 507, 612, 628, 629,	705
.....737, 738,	742
1626 268, 273, 291, 317, 403, 409,	567
1627 134, 283, 291, 306, 385, 403,	567
1628 290,	403
1629 285,	403
1630 134, 162, 269, 280,	403
1631 135, 143,	279
1632 135, 143, 168, 279,	280
1633 168,	403
1634 269, 282,	403
1635	282
1636	283
1638	282
1640	282
1644	403
1645 269, 285,	403
1646 285,	572
1647 285,	403
1648 284,	403
1649	283
1651	519
1652	403
1653 269, 289, 290,	403
1654 288,	579
1655 288, 289, 403,	579
1656 303,	403
1657	304
1658 305,	306
1662 285,	576
1664	308
1665 303,	403
1666 136, 138,	403
1667	148
1668 34, 134, 137, 139, 140, 142, 146, 148,	277
.....278, 280,	498
1669 137, 143,	144
1670 138,	145
1671 136, 146,	403

Código Civil

Art.	Pág.
1672	403
1673	310
1674	309
1675	309
1677 310,	522
1678	310
1681	310
1683	403
1684 311,	403
1685	312
1686 273,	403
1687 154, 161, 268, 469,	522
1689	471
1690	161
1691 147,	162
1692	472
1693	474
1694 134, 160, 161, 176,	475
1701	475
1707	473
1708 473,	474
1709	473
1710	154
1711 268,	480
1712 486, 487,	573
1713 290, 480, 486, 487,	488
1714 268, 553, 561, 567,	582
1715 561, 562, 570, 571, 573, 589,	591
1716 566, 567, 575,	589
1717	567
1718 125, 128, 158,	580
1719 564,	565
1720	577
1721 576,	591
1722	579
1723 561, 572,	582
1724 222, 493, 494,	500
1725	500
1726	496
1727 500,	502
1728 10, 32, 493, 497,	498
1729 284, 376, 705,	718
1730 284, 719,	721
1731 722,	723
1732 375,	723
1735	724
1736	722
1737	722
1738 198, 281, 722,	723
1739 705,	723

<i>Código Civil</i>		<i>Código Civil</i>	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
1740	687, 688,	1967	4, 19,
1741	742	1968	4, 19
1743	126	1969	209, 210, 212, 218,
1746	743	1970	215,
1747	743,	1971 210, 211, 212, 215, 221, 222, 224, 226,	228
1748	754	1972	209, 210, 211, 212, 213,
1750	523	2004	172, 198, 200,
1756	688	2021	198
1757	290, 722,	2023	136
1759	502	2026	136
1766	737,	2031	198
1771	41	2056	741
1772	41	2066	741
1774	40	2158	134,
1781	41	2159	480
1782	41	2160	632
1783	41	2161	198
1789	41	2165	480
1789	136	2184	278,
1792	41	2189	729,
1816	671,	2221	569
1820	40,	2230	356
1838	522	2231	744
1846	523	2232	360
1857	20,	2273	304
1859	741	2281	304
1867	209	2287	730
1876	727	2300	523
1890	521	2304	140,
1913	521	2308	279
1914	301	2309	135, 144, 279,
1923	531,	2312	279
1930	749	2313	135, 274,
1935	749,	2315	275
1937	749,	2321	274
1938	523	2324	25
1942	7,	2341	723
1943	523	2343	76
1946	368, 737,	2346	722
1948	745	2347	521
1954	524, 542, 544,	2348	521
1958	744	2349	521,
1959	113, 116, 117,	2357	274
1960	114, 117, 214,	2358	521
1961	117,	2380	566
1962	119, 121,	2385	198
1963	243	2391	198
1964	114,	2392	198
1965	122	2405	198
1966	4, 113, 114,	2407	291,
	116		301

Código Civil

Art.	Pág.
2408	198
2435	140
2436	368
2440	141
2442	541
2466	368, 744
2469 268, 612, 612, 627, 642, 651,	688
2471	642
2476 676, 688,	689
2477	689
2478 612,	688
2479	648
2483 638, 669, 670, 673, 674, 675, 676, 687,	689
2484 683,	684
2485 677,	681
2486	649
2487	688
2488 9, 140, 311,	405
2489	136
2491 90, 302, 490, 524, 530,	542
2492	309
2493 140,	145
2495	140
2511 140,	309
2512 268, 270, 509,	515
2513 513, 517, 528,	540
2514 517, 529, 534,	540
2516	530
2517	514
2518 19,	514
2521	17
2523	524
2530 89, 527,	528
2533	19
2534	514
2535 509, 511,	519
2536 511, 514, 518,	526
2537 519,	530
2538 515, 515,	540
2539	524
2540	526
2541 89, 523, 527, 528,	540
2542	520
2543	520
2544	520
2545 514,	521

Código de Comercio

2°	162, 720
20	182, 203

Código de Comercio

Art.	Pág.
22	203
25	234
28	240
98	245
100	4
158	249
172 166,	247
172	253
173 248,	253
174 249,	256
175	249
176	249
177	249
178 166,	249
179	254
180 166,	247
218	5
222	5
247	5
248	5
249	5
260	189
390	310
515 9,	235
516 165, 202, 235, 236,	238
517 165,	237
523 198,	201
525 165, 237,	238
526 238,	243
527	239
528 239, 240, 241,	243
529	240
530	241
531 165, 238,	309
570	541
576	309
619 4,	115
643 318, 322, 323, 324,	325
648 4,	325
651	325
654	118
660 3,	115
668	325
670	4
698	541
719	581
727	581
729 541,	542
730 270, 333,	521
780	342

Código de Comercio

Art.	Pág.
781	522
782	329, 337
784	332
787	541, 542
788	539
789	333
790	333
793	342
801	541, 542
806	539
821	325
822 2, 3, 127, 243, 270, 271, 273, 289, 480, ...	581
.....	720
824	410
825	138, 284
830	741
831	335
867	38
868	367, 379, 381, 716
870	326, 737, 740, 747, 754
872	368
873	273, 404
874	269, 349, 356, 386, 388
876	269, 285, 572
877	285, 290
878	297
879	291
880	291
881	269, 288, 289, 579
882 269, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 325, ...	326
327, 328, 329, 330, 332, 334, 336, 338, ...	339
.....	340, 341, 342, 536
884	223, 357, 360, 397, 460, 744
885	357
886	273, 404
887 3, 164, 174, 179, 181, 183, 185, 189, ...	193
.....	194, 196, 202, 203, 253
888	180, 185, 186, 252, 253
889	204, 205
890	189
891	189
892	187
893	191
894	187, 243
895	191, 192, 206, 244, 252
896	164, 174, 191, 192, 203, 206, 244
898	239
899	355, 742
900	523, 742
901	240

Código de Comercio

Art.	Pág.
905	326
920	368
922	242, 721
929	728
930	728
932	541
993	270, 531, 532, 533
1081	270, 532, 533
1154	581
1163	357
1220	270
1226	9
1227	9
1244	9
1245	581
1259	541
1260	568
1277	581
1279	741
1329	270
1382	457
1383	442
1385	581
1396	457
1400	457
1401	458
1407	115
1443	481
1676	198
1679	198

Código de Procedimiento Civil

60	219, 226, 227
81	76
85	539, 540
90	334, 539, 540
97	540
107	217
108	217
177	305
305	539, 540
306	539, 540, 564
335	650, 675
340	607
406	750
407	515
422	511
488	519
489	76

Código de Procedimiento Civil

Art.	Pág.
493	224
518	312
575	93
591	35
593	35
698	211
2470	650

Código de la Infancia y la Adolescencia

64	47, 48, 49,	73

Código del Menor

64	46
100	47
103	47, 48, 49, 73

Código General del Proceso

28		95
68	217, 219, 220,	226
81		76
82		95
87		76
94	219,	525
95	525,	526
184		641
282	494, 513, 562,	589
283		520
284		520
306		224
308		99
312	651,	696
313		697
378		721
381	306,	307
422	640,	641
424		572
425		355
431	392,	393
435		392
443		214
446	392,	393
473	90, 93,	94
474		94
475		93
476		24

Código General del Proceso

Art.	Pág.
478	94
480	94
481	94
482	94
483	92
484	94
485	95
487 41, 42, 43, 87, 88, 89,	233
488 25, 29, 35,	95
489 95,	104
490 92,	95
491 93, 96, 103,	106
492 35, 95,	99
493 92,	99
494 35, 92,	100
495 92,	100
496	96
497	96
501 96,	97
502	97
503	100
504	100
505	101
506	101
507	98
508	98
509	98
511	101
512	99
513	101
514	101
517 87,	97
518	101
522	90
577	88
586	94
588	106
593 210,	283
626	76
1115	92
1124	92

Código Penal

298	361
305	460

Código Procesal del Trabajo

61	729

Código Sustantivo del Trabajo

Art.	Pág.
67	244
135	355
488	520

Constitución Política

1°	227
2°	609
11	692
13	227, 693
16	227
29	227, 341
58	202
93	227
95	693
113	430
115	430
150	455
189	455, 456
228	227
335	455

Decretos

Núm. Año	Pág.
155 1959	246
960 1970	65, 94, 644, 645
237 1983	95
522 1988	103, 106
902 1988	103, 106
2272 1989	92
2282 1989	750
2737 1989	47
2651 1991	103, 106
2153 1992	246
1735 1993	386, 388, 389, 390, 391
2520 1993	555
2649 1993	235
2653 1999	321
2786 2000	321
786 2001	321, 325
1700 2002	321
2210 2004	322
1400 2005	428, 429, 430, 431, 434, 439, 444, 463
24 2006	428
34 2006	463
852 2006	245
2555 2010	428, 436, 439, 440, 441, 460, 463

Decretos

Núm. Año	Pág.
1074 2015	463
2443 2018	440, 463
545 2020	489
564 2020	528
1234 2020	440, 463
1692 2020	428, 432, 435, 436, 441, 443, 463

Estatuto Tributario

Art.	Pág.
141	245
884	92

Leyes

Núm. Año	Pág.
87 1886	353
57 1887	117, 324, 567
153 1887	66, 69, 379
95 1890	711
51 1918	378
28 1932	40
50 1936	69, 518
75 1968	18, 89
5ª 1975	47, 48, 49, 73
29 1982	45
45 1990	460
54 1990	42, 92, 95
9ª 1991	355, 356, 388, 390, 391, 392
31 1992	354, 358, 390, 431, 581
80 1993	184, 188, 370
795 1993	431
222 1995	3, 9, 166, 189, 240, 251, 254, 256, 257, 259, 260, 523
446 1998	103
527 1999	410, 431, 463
791 2002	69, 89, 518
794 2003	334
795 2003	437
820 2003	201
860 2003	322
964 2005	431
979 2005	42, 92, 95
986 2005	385
1116 2006	281, 283, 302, 309, 485, 490, 530, 577, 578
1151 2007	457
1258 2008	234, 245, 254, 260

<i>Leyes</i>		<i>Leyes</i>	
Núm. Año	Pág.	Núm. Año	Pág.
1266 2008	409	1581 2012	409
1306 2009	480	1676 2013	15, 303
1328 2009	368, 460	1735 2014	457
1340 2009	246	1748 2014	460
1369 2009	419	1934 2018 45, 46, 52, 65, 66, 69, 71, 73, 74, ...	80
1380 2010	281	 81, 82, 84, 85, ...	86
1480 2011	411, 416, 463	1996 2019	30, 33, 35, 51, 89, 575, 729
1555 2012	460	2009 2019	460

ÍNDICE DE MATERIAS

— A —

Abuso

de la posición dominante: 666;
del derecho: 666.

Acceso

(tecnologías de): 458;
universal a la red: 416.

Acción (es)

cambiaria directa: 332, 333;
causal: 322, 329;
 (requisitos de la): 332;
de buena fe: 557;
de enriquecimiento cambiario: 333-334;
 (finalidad de la): 334;
 (requisitos de la): 338;
de *in rem verso*: 274;
de largo tiempo: 518;
de revisión: 379;
ejecutiva: 518;
 de cobro: 329;
hipotecaria: 79;
(negociación de): 246;
oblicua: 36;
ordinaria: 518;
pauliana: 302, 490;
 (prescripción de la): 524;
prescriptibles: 513;
rescisoria: 300;
subrogatoria: 36.

Accipiens: 274.

Accollo: 155.

Aceptación

con beneficio de inventario: 32;
de la herencia: 27;
 irrevocabilidad: 31;
del contratante cedido: 188;
expresa de la herencia: 29;
por los acreedores del asignatario: 99;
pura y simple de la herencia: 31;
tácita de la herencia: 29.

Acervo imaginario: 82.

Aclaración negocial: 631.

Acreedor (es): 1;

(culpa exclusiva del): 707;
de sociedades absorbidas: 249;
del asignatario
 (aceptación por los): 99;
del causante: 92;
hipotecario: 79;
(mora del): 274;
quirografario: 140.

Actio

directa: 112;
utilis: 112.

Activos: 218, 422;

(enajenación global de): 260.

Acto (s)

constitutivos: 639;
de última voluntad: 66;
dispositivos: 638;
entre vivos
 (partición por): 86, 87;
jurídico (s): 113, 350, 385, 399;
 (principio de normatividad de los): 670;
 unilateral: 66;
que tiene por objeto la sucesión futura: 80.

Actores de los sistemas de pago: 436.

Actuaciones

comunes a toda clase de sucesiones: 94;
dentro de la sucesión notarial: 104.

Acuerdo (s): 697;

de Basilea: 461;
de cesión de contrato: 182;
de escisión: 257;
de fusión: 249;
de voluntades: 616, 626;
transaccional
 (invalidez del): 686.

Adaptación

(cláusulas de): 369.

Adjudicación

adicional: 101;
de la herencia: 99.

Administración de la herencia: 96.

Adopción: 46, 73;

plena: 49;
simple: 49.

Adpromisión: 160, 471.

Adquirencia: 440.

Adquirentes: 446.

Agencia oficiosa: 279.

Agente

oficioso: 143;
regulador: 389.

Agrarian Chamber of the Czech Republica: 319.

Agregador: 450, 452.

Ahorro en dólares: 354.

Albacea: 68, 92;

fiduciario: 68;
(requerimiento al): 96.

Alcalde: 697.

Algoritmo: 413.

Alimentos

(deuda de): 576;
futuros
(transacción sobre): 675;
que se deben por ley: 70, 71.

Ánimo transaccional: 667.

Animus

extintivo: 667;
novandi: 467, 474.

Apelación: 697.

Apertura

de la sucesión: 24;
del proceso: 95.

Apoderado: 103.

Aprobación de la partición: 98.

Arbitral Court of the Economic Chamber: 319.

Argentina

(dación en pago en): 295, 313.

Arrendatario: 172.

Asignaciones

forzosas: 44, 69;
testamentarias: 68.

Asignatario (s): 25, 68;

a título singular: 26;
a título universal: 25;

(designación del): 68;
forzosos: 70.

Aspectos sustanciales de la sucesión: 23.

Asunción

acumulativa: 156;
externa: 156;
interna: 156;
liberatoria: 156;
singular de deuda: 155.

Autenticidad

(presunción de): 67.

Auto

que resuelve la transacción parcial: 697;
que resuelve la transacción total: 697.

Autonomía de la voluntad: 2, 644;

privada: 475.

Autor

(derechos de): 16.

Aviso: 248, 256.

— B —

Baja Edad Media: 418.

Bajas generales: 78.

Banca central: 428.

Banco (s): 390;

adquirente: 442, 455;
de la República: 354, 356, 365, 388, 391, 427,
444, 581;
de Pagos Internacionales: 421;
emisor: 455;
pagador: 442.

Banquero

(débitos del): 557.

Beneficiario: 454.

Beneficio

de competencia
(pago con): 311;
de excusión: 78;
de inventario: 498;
(aceptación con): 32;
(efectos del): 34;
(formalidades del): 34;
de separación: 36, 101;
(características del): 37;
de patrimonios: 499;
(elementos esenciales del): 37.

BGB: 469, 584, 614.

Bien (es)

corporales: 236;
de la partición
 (exclusión de): 101;
incorporales: 236;
inmuebles: 242;
mercantil: 165, 236;
muebles: 242;
(partición de): 97;
pignorados
 (dación en pago de): 303;
raíces: 645;
(secuestro de): 94.

Billetes: 352.

BIS: 421.

Bitcoin: 418.

Blockchain: 409, 425.

Bloque

(enajenación en): 237.

Bonorum emptor

(créditos del): 557.

Bonos de cesantía

de las universidades estatales: 321.

Borrado de los datos: 409.

Buena fe

(acciones de): 557;
exenta de culpa: 240;
(pago de): 282.

— C —

Caducidad

en materia de obligaciones: 542;
negocial: 538.

Cámaras de compensación: 555, 581.

Cambio

(cláusulas de): 376;
de moneda
 (cláusulas de): 371.

Canales de pago: 458.

Canalización: 389.

Canje interbancario: 555.

Cantidad líquida: 572.

Capacidad

de disponer del crédito: 475;
legal. Ajustes en el ejercicio: 30.

Capitulaciones matrimoniales: 41.

Características

de la fuerza mayor: 708;
de la transacción: 616;
del beneficio de separación: 37;
del proceso de sucesión: 91;
del testamento: 67;
generales de la transacción: 641.

Cargas de la sucesión: 77.

Carta de pago: 143.

Cashless society: 418.

Caso (s)

en los que no procede la compensación: 575;
fortuito: 707;
Occipetrol S. A. y Lukoil Ltda.: 646;
Tocqueville: 747.

Causa

antigua: 504;
de la obligación en moneda extranjera: 360;
extraña: 274, 707;
nueva: 504;
real: 274.

Causahabiente: 11, 25.

Causante

(acreedores del): 92.

CEDEC: 432.

Cedente: 120

(responsabilidad del): 21.

Central de riesgos: 409.

Cesión

de activos y pasivos: 246;
de bienes
 (pago con): 309;
de contrato (s): 171;
 (efecto de la): 189;
 (formalidades de la): 184;
 (función económica de la): 177;
 (requisitos de la): 181;
de créditos: 243;
 personales: 113;
 (requisito de la): 116;
de derechos litigiosos: 4, 209;
 (regulación de la): 215;
de derechos personales
 (en litigio): 213;
de deudas: 151;
de la posición contractual: 164, 243;
de un crédito en lugar del cumplimiento: 295;
de un derecho disputado: 211;
del contrato de arrendamiento: 172, 200;
del derecho de herencia: 19;

Cesión (cont.)

- (efectos de la): 122;
- parcial: 193;
- de créditos: 126;
- singular de deudas: 152.

Cesionario: 91, 120.

Cheque

- (pago con): 319.

Circulación del contrato: 177.

Circunstancia

- imprevisible: 373;
- imprevista: 373.

Civismo contractual: 611.

Cláusula (s)

- a la orden: 186;
- de adaptación: 369;
- de asunción y distribución de riesgos: 371;
- de cambio: 376;
- de moneda: 371;
- de confidencialidad: 756;
- de congelación: 372;
- de efecto material adverso: 376;
- de excesiva onerosidad: 369;
- de fuerza mayor: 369, 375;
- de "hardship": 372;
- de indexación: 371;
- de imprevisión: 372;
- de indicador financiero negativo: 372;
- de reajuste automático: 371;
- de resolución de conflictos: 756;
- de revisión: 369;
- de suspensión: 369, 375;
- penal
- (obligaciones garantizadas con): 675.

Cobro

- (diputación para el): 282.

Codeudor: 138, 276;

- de obligación indivisible: 277.

Codificación civil: 617.

Código

- Civil
- español. Transacción: 678;
- francés. Transacción: 678;
- y Comercial argentino. Transacción: 697;
- Informático: 413.

Coleccionar donaciones: 82.

Colombia

- (inversiones de capital extranjero en): 390.

Comercio

- electrónico: 410, 411;

exterior

- (operaciones de): 362.

Comisión Lando: 535.

Comisionistas de bolsa: 390.

Commercial impracticability: 716.

Common law: 585, 619.

Compañero permanente: 42, 92.

Compañía (s)

- de financiamiento: 390;
- fusionante: 249.

Compensación: 124, 268, 445;

- bilateral: 445;
- (cámaras de): 555;
- (clases de): 561;
- convencional: 573;
- de cosas fungibles: 569;
- de las obligaciones en derecho privado: 551;
- de operaciones: 460;
- (efectos de la): 578;
- Electrónica Nacional Interbancaria: 432;
- en el derecho
- alemán: 583;
- anglosajón: 585;
- comercial: 581;
- comparado: 582;
- francés: 582;
- positivo colombiano: 561;
- en instrumentos internacionales de armonización
- legislativa: 586;
- (evolución histórica de la): 556;
- facultativa: 574;
- (fundamento de la): 554;
- judicial: 574;
- (jurisprudencia sobre la): 552;
- legal: 561;
- (requisitos de la): 565;
- multilateral: 445;
- (naturaleza jurídica de la): 552;
- parcial: 578;
- total: 578;
- y cesión de derechos: 580.

Competencia

- (derecho de la): 424;
- (determinación de): 95.

Componentes transaccionales: 457.

Compras de empresas: 246.

Compraventa

- (contrato de): 301;
- de divisas
- (obligaciones derivadas de la): 351;
- (resolución de): 750.

Comunidad herencial: 13.

Concepto

- de contrato: 626;
- de sucesión “mortis causa”: 10;
- de transacción
 - en el Código Civil y Comercial argentino: 697.

Concesiones

- recíprocamente otorgadas: 650;
- recíprocas: 628.

Concurrencia

- de culpas: 274;
- de eventos
 - (subregla de la): 383.

Condición resolutoria

- del art. 882 del C. de Co.: 326;
- expresa en contratos bilaterales: 748;
- ordinaria: 746;
- tácita: 740.

Condonación: 270.

Confidencialidad

- (cláusulas de): 756.

Conflicto

- entre empresas polacas y rusas: 319.

Confusión: 269, 493;

- de patrimonios: 79;
- (efectos de la): 500;
- (ineficacia de la): 504;
- parcial: 496;
- por transmisión “inter vivos”: 500;
- total: 496.

Congelación

- (cláusula de): 372.

Congrua subsistencia: 71.

Consejo de Estabilidad Financiera: 422.

Consentimiento del deudor

- (pago con): 278.

Consignación

- (pago por): 303.

Consumibilidad: 569.

Contacto

- (portales de): 416.

Contador público: 239.

Contractual set off: 585.

Contratante cedido

- (aceptación del): 188.

Contrato (s): 405;

- atípico: 643;
- base: 116, 199;
- bienhechor: 656;
- bilateral (es): 182, 642, 647, 747;
- (cesión de): 171;
- (circulación del): 177;
- comerciales: 182;
- (concepto de): 626;
- (conmutatividad del): 744;
- con persona incapaz: 753;
- consensual: 643;
- de arrendamiento
 - (cesión del): 172, 200;
- de compraventa: 301;
- de depósito simple: 186;
- de ejecución
 - diferida: 369;
 - instantánea: 182;
 - sucesiva: 369;
- de *factoring*: 115;
- de opción financiera: 377;
- de seguro: 658;
- de suministro: 186;
- de tracto sucesivo: 182;
- de transacción: 628;
- (interpretación del): 676;
- derivados: 377;
- sobre divisas: 390;
- “espejo”: 199;
- estatales: 184, 370;
- forwards*: 377;
- inicial: 176;
- inteligentes: 412;
- intuitu personae*: 648;
- oneroso: 647;
- que pueden cederse: 182;
- (regeneración del): 373;
- swap*: 377;
- típico: 642.

Convención (es): 626;

- en materia sucesoral: 80;
- extintiva: 268, 738.

Cónyuge

- sobreviviente: 41;
- supérstite: 60, 62, 91.

Coobligados: 277.

Conspiraciones financieras: 390.

Cosa (s)

- de género de la misma calidad: 570;
- fungibles: 569;
- (compensación de): 569;

Cosa (s) (cont.)

juzgada: 219;
 constitucional: 671;
 (efectos de): 694;
 litigiosa
 (venta de): 245;
 no fungibles: 569;
 vendida: 233.

Crédito (s): 1;

(cesión de): 243;
 (cesión parcial de): 126;
 del *bonorum emptor*: 557;
 (derechos de): 16;
 embargables: 572;
 embargado: 577;
 (establecimientos de): 447;
 (fraccionamiento del): 127;
 personales
 (cesión de): 113;
 (prelación legal de): 140;
 (transmisión singular de): 111.

Criptoactivos (CA): 421, 422.

Criptomonedas: 418.

“Crypto Tokens”: 423.

Cuarta

de mejoras: 71, 73, 85-86;
 revolución industrial
 (tránsito a la): 413.

Cuarto orden hereditario: 50, 64.

Cuenta

corriente: 445;
 de ahorros: 445.

Cuerpo cierto: 284, 285;
 (hurto de): 724.

Culpa (s)

(conurrencia de): 274;
 del deudor: 713;
 exclusiva del acreedor: 707.

Currency

option: 371;
risk sharing: 371.

Current account set off: 585.

— D —

Dación en pago: 284, 291;
 de bienes pignorados: 303;
 (efectos de la): 300;
 en Argentina: 295, 313;
 en el derecho romano: 291;

(impugnabilidad de la): 302;
 (lesión enorme en la): 297, 301;
 (naturaleza jurídica de la): 294;
 (requisitos de la): 293.

Dato (s)

(borrado de los): 409;
 (mensajes de): 410;
 negativo: 409;
 (portabilidad de los): 409.

Débitos del banquero: 557.

Decadencia: 537.

Declaración

de herencia vacante: 95;
 de nulidad
 (efecto retroactivo en la): 751;
 de pertenencia: 515;
 de voluntad libre y exenta de vicios: 35;
 judicial
 de nulidad: 742;
 de simulación: 745.

Declaratoria de herencia yacente: 94.

Decreto de partición: 98.

De cuius: 11;

(división del patrimonio del): 74;
 (muerte del): 28.

Defensor de menores: 92.

Delación: 152;

de la herencia: 27.

Demanda

(presentación de la): 95.

Demandado cedido: 221.

Departamentos: 697.

Depósito (s)

Central de Valores del Banco de la República:
 433;
 centrales de valores: 321;
 de fondos: 448;
 simple
 (contrato de): 186.

Derecho (s)

(abuso del): 666;
 activos: 172;
 administrativo: 456;
 alemán: 155;
 (compensación en el): 583;
 anglosajón
 (compensación en el): 585;
 canónico: 558;

civil: 3;
 romano: 2;
 comercial: 3;
 (compensación en el): 581;
 comparado
 (compensación en el): 582;
 crediticios: 242;
 de accionar: 17;
 de autor: 16;
 de crédito: 16;
 de *habeas data*: 409;
 de herencia: 12;
 (cesión del): 19;
 de la competencia: 424;
 de la personalidad: 18;
 de oposición de los acreedores: 241;
 de persecución: 141;
 de pista
 (pagos por): 387;
 de representación: 50;
 de retiro: 251;
 de retracto: 210;
 (excepciones al): 228;
 litigioso: 220;
 de terceros: 475;
 de transmisión: 38;
 discutido: 653;
 disputado
 (cesión de un): 211;
 en formación: 17;
 extrapatrimoniales: 18;
 (imprescriptibilidad de los): 514;
 familiares: 18;
 feudal de la temprana Edad Media: 558;
 francés
 (compensación en el): 582;
 (evicción en el): 300;
 fundamentales: 6;
 humanos: 6;
 inmateriales: 16;
 internacional: 319;
 italiano: 156;
 justiniano: 559;
 litigiosos
 (cesión de): 4, 209;
 mercantil: 2, 234;
 moral: 16;
 no transmisibles por causa de muerte: 17;
 personales: 16;
 en litigio. Cesión: 213;
 (riesgo en los): 727;
 personalísimos: 6;
 políticos: 6;
 privado: 691;
 (compensación de obligaciones en el): 551;
 europeo: 560;

real (es): 242, 252;
 de herencia. Adquisición: 19;
 accesorios: 15;
 principales: 15;
 romano: 39, 111, 152, 404, 481, 557;
 (dación en pago en el): 291;
 (novación en el): 468;
 primitivo: 509;
 sobre el nombre comercial: 242;
 subjetivos
 extrapatrimoniales: 6;
 patrimoniales: 14;
 trasmisibles por causa de muerte: 14;
 universales: 16;
 (universalidad de): 237.

Descongestión judicial: 610.

Desequilibrio económico: 715.

Desheredamiento: 312;

de facto: 70.

Designación

del asignatario: 68;

de partidor: 98.

Determinación de competencia: 95.

Deuda (s)

(asunción singular de): 155;

(cesión de): 151;

(cesión singular de): 152;

de alimentos: 576;

hereditarias: 75;

pública

(títulos de): 321;

recíprocas: 568;

testamentarias: 75.

Deudor (es): 1, 243, 276, 407;

cedido: 113, 117, 125;

(culpa del): 713;

(dolo del): 713;

(domicilio del): 285;

(excepciones del): 124;

(incapacidad del): 729;

(mala fe del): 302;

mancomunados: 276;

(muerte del): 151;

plurales: 138;

solidarios: 684.

Devaluación de la moneda: 364.

DIAN: 96, 422.

Diario de amplia circulación: 241, 254.

Diccionario de la Lengua Española: 620, 652, 664.

Dies*a quo*: 518.*ad quem*: 518.**Digesto**: 417, 481, 612.**Diferencia litigiosa**: 650.**Digitalización**: 413.**Dilapidación**: 310.**Diligencia**

de entrega de bienes a los adjudicatarios: 99;

de inventarios y avalúos: 96.

Dinero: 352, 417.**Diputación para el cobro**: 282.**Dirección del Tesoro Nacional**: 321.**Diversificación**

en fuentes de financiación: 362.

División

de la herencia del “de cujus”: 52;

del patrimonio del “de cujus”: 74.

Documentos electrónicos: 415.**Dólares**

(ahorro en): 354.

Dolo del deudor: 713.**Domicilio**

del deudor: 285;

para el pago: 572.

Donaciones

bajo el art. 1520 del C. C.: 81;

irrevocables: 84;

revocables: 84.

Duda

objetiva: 653, 655;

subjetiva: 653, 655.

— E —

Economía digital: 413.**Edad Media**: 417.**Edicto emplazatorio**: 104.**Edictum**: 612.**Efecto (s)**

anormal

(subregla del): 382;

de cosa juzgada: 694;

en última instancia: 670;

de la cesión: 122;

de contrato: 189;

de un derecho en litigio: 217;

del derecho de herencia: 21;

entre el cedente y el cesionario: 218;

entre el cedente y el demandado cedido: 219;

entre el cesionario y el demandado: 220;

de la compensación: 578;

de la confusión: 500;

de la dación en pago: 300;

de la escisión: 257;

de la imposibilidad: 730;

de la novación: 475;

de la prescripción: 535;

de la subrogación: 145;

de la transacción: 668;

del beneficio de inventario: 34;

del pago: 286;

diferido: 697;

entre el cedente y el cedido: 190;

entre el cesionario y el cedido: 189;

entre las partes de la cesión: 189;

erga omnes: 240;*ex nunc*: 747, 752;

extintivo de la transacción: 669;

extraordinario: 373;

ex tunc: 747, 752;

jurídico de la enajenación: 242;

retroactivo

en la declaración de nulidad: 751;

en la resolución por incumplimiento: 754;

suspensivo: 697.

Ejecución

de la obligación en moneda extranjera: 363;

forzada de las prestaciones del contrato de

transacción: 675;

(imposibilidad de la): 705;

Instantánea

(prestaciones de): 674.

Elementos

de la novación en el derecho moderno: 471;

esenciales del beneficio de separación: 37.

Embargo: 93.**Empresa (s)**: 234;

(compras de): 246;

polacas y rusas

(conflicto entre): 319;

unipersonal: 9;

(valoración de): 248.

Empresario: 407;

(identificación del): 242.

Enajenación

de establecimientos: 238;

de comercio: 3, 165, 234;

- (efecto jurídico de la): 242;
 - en bloque: 237, 238;
 - global de activos: 260.
 - Endoso:** 186.
 - Enriquecimiento**
 - cambiario
 - (acción de): 333;
 - sin causa: 274.
 - Enseñas:** 16, 242.
 - Entidad (es)**
 - administradoras de sistemas de pagos de bajo
 - valor: 436;
 - adquirente: 445;
 - emisora: 445;
 - públicas
 - (transacción por): 697;
 - receptora: 448.
 - Entierro**
 - (gastos de): 77.
 - Entrega de legados en especie:** 100.
 - Equitable set off:** 585.
 - Equivalencia de las concesiones:** 666.
 - Equivalentes funcionales:** 415.
 - Error (es)**
 - aritméticos: 698;
 - (pago por): 274.
 - Escisión**
 - (acuerdo de): 257;
 - de asociaciones no societarias: 259;
 - de empresas industriales y comerciales del
 - Estado: 259;
 - de fundaciones: 259;
 - de sociedades: 166, 245, 255;
 - (efectos de la): 257;
 - impropia: 255;
 - múltiple: 255;
 - parcial: 255;
 - por absorción: 255;
 - por creación: 255;
 - (proyecto de): 256;
 - total: 255.
 - Escritura pública:** 41, 104, 186, 233, 239, 249, 257, 642, 645.
 - Especie**
 - (legados en): 100.
 - Especulación:** 361.
 - Establecimiento (s)**
 - de comercio
 - (enajenación de): 3, 165, 234;
 - (naturaleza jurídica del): 234;
 - (partes del): 235;
 - de crédito: 447;
 - (enajenación del): 238.
 - Estado:** 352, 455;
 - intervención en la economía: 460;
 - social de derecho: 354.
 - Evicción:** 300;
 - en derecho francés: 300.
 - Evolución**
 - del dinero: 419;
 - histórica de la compensación: 556.
 - Excepción (es)**
 - al derecho de retracto: 228;
 - de contrato no cumplido: 740;
 - del deudor: 124;
 - reales: 686.
 - Exceptio doli:** 558.
 - Excesiva onerosidad:** 374.
 - Excusión**
 - (beneficio de): 78.
 - Exigibilidad**
 - de la mora: 519;
 - de las obligaciones: 571;
 - del pago: 285.
 - Expromisión:** 160.
 - Expropiación**
 - por causa de utilidad privada e interés social: 222.
 - Extinción**
 - de la obligación en moneda extranjera: 385;
 - de las obligaciones: 267;
 - a cargo de la nación: 321;
 - (modos de): 268;
 - (modos indirectos de): 737.
- F —
- Factoring**
 - (contratos de): 115.
 - Fama comercial:** 235.
 - Fase (s)**
 - de la evolución del dinero: 419;
 - de los inventarios y avalúos: 94;
 - de medidas conservatorias: 93;
 - de medidas preparatorias: 93;
 - de partición: 94;
 - del proceso de sucesión: 93.
 - Favor contractus:** 691.

Fecha de pago: 393.

Fedesarrollo: 426.

Fiador: 139, 276;
(pago parcial del): 484.

Fidelización: 408.

Fiducia: 9.

Fiduciario: 9.

Fintech: 440.

Firma
digital: 415;
ológrafa: 415.

Fisco: 92;
(herencias del): 33.

Fogacoop: 428.

Fondos
(depósito de): 448.

Force majeure clauses: 376.

Formación
de precios: 459;
(derechos en): 17.

Formalidades
de la cesión de contrato: 184;
del beneficio de inventario: 34.

Fraccionamiento del crédito: 127.

Franquiciador: 441.

Franquicias: 441.

Fuente extracontractual
(obligaciones de): 519.

Fuerza mayor: 707;
(características de la): 708;
(cláusula de): 369, 375;
(mora por): 708.

Función
de intercambio de la moneda: 354;
económica
de la cesión de contrato: 177;
de la cesión de créditos: 115.

Fundaciones
(escisión de): 159.

Fusión
abreviada: 254;
absorción: 247;
(acuerdo de): 249;
creación: 247;
de sociedades: 166, 245, 247;
impropia: 247.

— G —

Gananciales: 41.

Garantías mobiliarias: 303.

Gastos
de entierro: 77;
de la consignación: 308;
judiciales: 520.

Género: 724;
(obligaciones de): 284.

Gestión de riesgos inherentes: 461.

Globalización económica: 352.

Glosadores: 559, 582.

Gobernador: 697.

Gobierno nacional: 697.

Good will: 235.

Guarda y aposición de sellos: 93.

— H —

Habeas data
(derecho de): 409.

“Hardship”
(cláusulas de): 372, 715.

Hecho
de un tercero: 707;
irresistible
(jurisprudencia sobre el): 710;
jurídico: 6, 151;
(universalidad de): 236;
voluntario: 504.

Heredero (s): 2, 11;
beneficiario: 32, 139;
universal: 44.

Herencia (s)
(aceptación de la): 27;
(aceptación expresa de la): 29;
(aceptación tácita de la): 29;
(adjudicación de la): 99;
(administración de la): 96;
del fisco: 33;
(delación de la): 27;
(derecho de): 12;
(petición de): 14;
(repudiación de la): 28, 34;
vacante
(declaración de): 95;
yacente
(declaratoria de): 94.

Hermanos: 52, 62.

Hijo adoptivo: 49.

Hijuela de deudas
(remate de bienes de la): 101.

Hipoteca: 140, 141.

Hurto de cuerpo cierto: 724.

— I —

ICBF: 45, 64, 96.

Identificación del empresario: 242.

Igualdad sucesoral: 44.

Impago: 408.

Imposibilidad
absoluta: 714;
definitiva: 714;
de la ejecución: 268, 270, 705;
por fuerza mayor: 384;
(requisitos de la): 713;
(efectos de la): 730;
externa al deudor: 713;
objetiva: 718;
sobrevenida: 718;
(prueba de la): 730;
sobrevenida: 713;
subjetiva: 728;
temporal: 714;
total: 716.

Imprevisible: 709.

Imprevisión
(cláusula de): 372;
legal: 380;
(teoría de la): 371.

Imprevisto: 709.

Imputación
de pagos: 287;
del pago
cuando hay deuda con capital e intereses: 288;
cuando hay varias deudas: 288;
por la ley: 288;
por las partes: 288.

Incapacidad del deudor: 729.

Incapaz
(repudiación del): 35.

Indemnización de perjuicios: 708.

Indexación
(cláusula de): 371.

Indicador financiero negativo
(cláusula de): 372.

Indignidad: 27.

Indivisibilidad
del acuerdo transaccional
(tesis de la): 690;
del pago
(principio de la): 283.

Industria: 40, 413.

Información financiera: 248.

Insolvencia empresarial: 577

Ineficacia de la confusión: 504.

Iniciador: 412.

Innovación financiera: 440.

Insinuación notarial de la remisión: 488.

Insolvency set off: 585.

Instrumentos de pago: 457.

Integridad financiera: 423.

Inteligencia artificial: 414.

Interés (es)
en moneda extranjera: 356;
legales: 223;
moratorio (s): 288, 356;
(tasa supletiva del): 357;
particular: 516;
remuneratorios: 288, 356.

Interesados
(reconocimiento de): 96, 103;
(mutuo acuerdo de los): 103.

Intermediarios autorizados: 389.

Internet: 407;
de las cosas: 414.

Interpretación
del contrato de transacción: 676;
restrictiva de la transacción: 680.

Interrupción
civil de la prescripción: 524;
de la prescripción: 524;
si la obligación es conjunta: 526;
si la obligación es solidaria: 526;
natural de la prescripción: 524.

Inventario (s)
(beneficio de): 498;
y avalúos
(diligencia de): 96;
(fase de los): 94.

Inversión (es): 361;
colombianas en el exterior: 390;
de capitales extranjeros en Colombia: 390.

Ipsa iure: 559, 582, 588, 591.

Irresistibilidad: 710.

Ius civile: 2.

— J —

Juez: 304.

Junta Directiva del Banco de la República: 358, 431.

Jurisprudencia

sobre caso fortuito y fuerza mayor: 717;
sobre efectos delo pago por terceros: 280;
sobre el derecho de retracto litigioso: 221, 224;
sobre el hecho irresistible: 719;
sobre el mutuo disenso: 740;
sobre escisión de sociedades: 260;
sobre la acción de enriquecimiento cambiario: 335;
sobre la caducidad: 539;
sobre la cesión de contrato: 175;
sobre la cesión de derechos litigiosos: 214, 221;
sobre la cesión de los créditos nominativos: 117;
sobre la compensación: 552;
sobre la condición resolutoria tácita: 749;
sobre la dación en pago: 299;
sobre la novación: 473;
sobre la prescripción
de la acción de enriquecimiento cambiario: 340;
extintiva: 512;
sobre la subrogación: 146;
sobre la sustitución de deudores: 157;
sobre la transacción: 606, 615, 644, 651;
sobre la validez de cesión de contrato mercantil: 180.

Justo y plausible medio: 659.

Juzgado

(pago a órdenes del): 283.

— L —

Lavado de activos
(riesgo de): 462.

Legados en especie: 100.

Legatario: 11, 496.

Legítima rigurosa: 70.

Legitimarios: 72.

Legítimas: 70, 72.

Lesión

enorme: 368, 666;
en la dación en pago: 297, 301;
(rescisión por): 744.

Letra de cambio: 418.

Lex mercatoria: 319.

Ley: 697;
de comercio electrónico: 412.

Libertad de forma
(principio de la): 646.

Libranza: 116.

Licencia de marca: 443.

Líneas: 46;
ascendentes: 46;
colaterales: 46;
descendientes: 46;
directas: 46.

Liquidación: 445;
de la sociedad conyugal: 40;
de las sociedades patrimoniales: 40;
de operaciones: 460.

Litigio
(transacción sobre parte del): 697.

Local: 236.

Lugar de pago: 285.

— M —

Mala fe del deudor: 302.

Marca (s): 16;
(licencia de): 443.

Masa herencial: 12.

Mecanismo (s)
de automatización para la expresión de la voluntad: 412;
de formación de precios: 443.

Medidas
conservatorias
(fase de): 93;
preparatorias
(fase de): 93.

Medios
de pago electrónicos: 427;
de prueba digitales: 415;
electrónicos
(pago por): 403.

Mejoras

(cuarta de): 71, 73, 74, 85.

Menores

(defensor de): 92.

Mensajes de datos: 410.**Mercado de servicios y contenidos digitales:** 410.**Mínimo vital:** 71.**Ministerio**

de Hacienda y Crédito Público: 321;
público: 92.

Ministerio iudicis: 565.**Mitad legitimaria:** 70.**Modificación convencional**

de los plazos de prescripción: 531.

Modo (s): 114, 244;

de extinción de las obligaciones: 268, 628, 705;
indirectos

de extinción de las obligaciones: 737;
jurisdiccionales: 742.

Momento del pago: 285.**Moneda (s)**

de curso legal: 353;
(devaluación de la): 364;
digitales: 352, 418;
extranjera
(intereses en): 356;
(obligaciones en): 350;
(pago de obligaciones en): 349;
(función de intercambio de la): 354;
metálicas: 352;
(revaluación de la): 364.

Mora accipiendi: 304.**Mora**

debetoria: 305;
del acreedor: 274;
(exigibilidad de la): 519;
por fuerza mayor: 708.

Muerte: 6;

civil del deudor incumplido: 408;
del *de cuius*: 28;
del deudor: 151;
simultánea: 39.

Municipios: 697.**Mutatio**

creditoris: 159;
debitoris: 159.

Mutuo

acuerdo de los interesados: 103;
disenso: 738;
expreso: 739;
(jurisprudencia sobre el): 740;
tácito: 739.

— N —

Nación: 321, 365, 697.**Nacionalismo.** 352.**Naturaleza**

de la prescripción: 517;
jurídica
de la compensación: 552;
de la dación en pago: 294;
de la remisión: 480;
de la transacción: 620;
del establecimiento de comercio: 234.

Negociación de acciones: 246.**Negociante:** 378.**Negocio (s)**

de tracto sucesivo: 244;
extrajudicial: 642;
simulado: 745.

Noción de sistema de pagos: 427.**Nombre comercial:** 16;

(derechos sobre el): 242.

Norma (s)

de orden público: 70, 355, 390.

Notaría: 65.**Notario:** 42;

público: 239.

Novación: 111, 154, 243, 249, 268, 296, 467;

delegatoria
imperfecta: 471;
perfecta: 470;
(efectos de la): 475;
en el derecho romano: 468;
objetiva: 298, 467;
subjettiva: 251, 468.

Nova obligatio: 472.**Nulidad**

absoluta: 674;
(declaración judicial de): 742;
de la transacción: 686;
del negocio: 504;
relativa: 674.

— O —

Objeciones a la petición: 98.**Objeto**

de la obligación en moneda extranjera: 351;
físicamente imposible: 713;
ilícito: 80, 355, 713;
jurídicamente imposible: 713.

Obligación (es)

alternativas: 300;
civiles: 133;
condicional: 285;
de dar: 718, 720;
de dinero: 284, 285;
de entregar: 718, 721;
de fuente extracontractual: 519;
de género: 284;
de hacer: 134;
distintas de entregar cosas: 725;
de las partes en contrato de cesión: 122;
de no hacer: 726;
derivadas de la compraventa de divisas: 351;
dinerarias: 351;
 (pago electrónico de): 417;
en moneda extranjera
 (extinción de las): 385;
 (nacimiento de las): 350;
 (objeto de las): 351;
 (pago forzoso de): 392;
(exigibilidad de las): 571;
(extinción de las): 267;
facultativa (s): 300, 396;
garantizadas con cláusula penal: 675;
inexistentes: 471;
litigiosas o dudosas: 652;
mercantiles: 404;
naturales: 133;
nueva: 472;
preexistente: 471;
pura y simple: 285;
solidaria (s): 121, 138, 684;
 (remisión en): 489;
sujeta a término: 285;
(transmisión de las): 1, 75.

Obligatoriedad de los contratos

(principio de la): 732.

Oferta formal de pago: 305.**Oficina de Registro de Instrumentos Públicos:**
720.**Opción**

entre porción marital y gananciales: 100;
financiera
 (contratos de): 377.

Operaciones

cambiarias
 canalizables: 389;
 no canalizables: 389;
(compensación de): 460;
de cambio: 357, 388;
 (pago forzoso de): 393;
de comercio exterior: 362;
de endeudamiento externo: 358, 390;
de endeudamiento público: 358;
en los sistemas de pago: 458;
externas: 387;
internas: 386;
 excepcionales: 392;
 pagaderas por cuentas de compensación: 357,
 388, 390;
(liquidación de): 460;
pactadas en dólares estadounidenses: 358.

Orden

de pago: 458;
justo: 688;
público: 355, 516, 533;
 (normas de): 70.

Ordenante: 454.**Ordenanza:** 697.**Órdenes hereditarios:** 44.**Otras operaciones internas excepcionales:** 391.

— P —

Pacto comisorio

calificado: 749;
simple: 749.

“Pacto de cuervo”: 80.***Pactum de compensando:*** 573.**Padres**

adoptantes: 49, 73;
de sangre: 49, 73.

Pago (s): 268, 273, 385, 403;
a órdenes del juzgado: 283;
abreviado: 553;
(canales de): 458;
(cómo debe hacerse el): 283;
con beneficio de competencia: 311;
con cesión de bienes: 309;
con cheque: 319;
con consentimiento del deudor: 278;
con subrogación: 4, 286;
con títulos-valores
 de contenido crediticio: 317;
 en Principios Unidroit: 318;

- contra la voluntad del deudor: 279;
 - (dación en): 284, 291;
 - de concesionarios de servicios aeroportuarios: 387;
 - de las ventas a distancia: 416;
 - de lo no debido: 274, 670;
 - de obligaciones en moneda extranjera: 349;
 - (domicilio para el): 572;
 - (efecto del): 286;
 - electrónico (s): 411;
 - de obligaciones dinerarias: 417;
 - en moneda extranjera
 - validez en Colombia: 386;
 - (exigibilidad del): 285;
 - (fecha de): 393;
 - físicos: 411;
 - forzoso
 - de obligaciones en moneda extranjera: 392;
 - de operaciones de cambio: 393;
 - (imputación de): 287;
 - (instrumentos de): 457;
 - (lugar del): 285;
 - (momento del): 285;
 - (oferta formal de): 305;
 - (oposición al): 307;
 - (orden de): 458;
 - parcial del fiador: 484;
 - por compraventas
 - de combustible para naves y aeronaves: 387;
 - de crudo a refinerías: 388;
 - por consignación: 303;
 - (requisitos del): 304;
 - (trámite procesal del): 306;
 - por derechos de pista: 387;
 - por error: 274;
 - por medios electrónicos: 403;
 - por un tercero: 133, 277;
 - (presunción de): 290, 520;
 - (prueba del): 290;
 - (requisitos del): 274;
 - (reversión de los): 417;
 - sin el asentimiento del deudor: 279;
 - (sistema de): 449;
 - y funcionamiento del Banco de la República: 388, 391.
- Parentesco civil:** 46.
- Partes**
- del establecimiento de comercio: 235;
 - del proceso de sucesión: 91.
- Partición**
- adicional: 101;
 - (aprobación de la): 98;
 - de bienes: 97;
 - (decreto de): 98;
 - en vida: 233;
 - (fase de): 94;
 - (objeciones a la): 98;
 - por acto entre vivos: 86, 87;
 - por el testador: 97;
 - por testamento: 86.
- Participantes:** 444;
- no vigilados: 444;
 - vigilados: 444.
- Particulares:** 389.
- Partidor**
- (designación de): 98.
- Pasivo:** 1;
- de la sucesión: 97.
- Patrimonio:** 1, 8;
- autónomo: 9;
 - (confusión de): 79;
 - de forzosa disposición: 70.
- PECL:** 587.
- Pérdida de la cosa que se debe:** 705.
- Perfeccionamiento de la transacción:** 641.
- Perjuicios**
- (indemnización de): 708.
- Permiso notarial:** 233.
- Permuta:** 296.
- Persecución**
- (derecho de): 141.
- Persona (s)**
- incapaz
 - (contrato con): 753;
 - jurídica: 5;
 - legitimadas para pagar: 275;
 - legitimadas para recibir el pago: 281;
 - natural: 5, 66;
 - que deben pagar: 276;
 - que pueden pagar: 278.
- Personalidad**
- (derechos de la): 18.
- Personería jurídica:** 236.
- Pesos colombianos:** 350.
- Petición de herencia:** 14.
- Plazo (s)**
- de caducidad: 542;
 - de prescripción: 518;
 - (modificación convencional de los): 531;
 - perentorio: 537;
 - prefijado: 537.

Pleito

futuro
(venta de): 244;
pendiente: 642.

Poder

especial: 282;
general: 282;
regulatorio: 352.

Porción conyugal: 40, 70, 71.

Portabilidad de los datos: 409.

Portales de contacto: 416.

Poseedor: 515.

Posición

contractual
(cesión de): 164;
dominante
(abuso de la): 666.

Precio (s)

irrisorio: 368;
(formación de): 459.

Preferencias generales: 140.

Prelación legal de créditos: 140.

Prescribiente: 513.

Prescripción (es)

adquisitiva: 514;
de corto tiempo: 520;
de la acción
de enriquecimiento cambiario: 339;
de enriquecimiento sin causa: 522;
de saneamiento de la venta por evicción: 521;
para la nulidad de un acto: 523;
pauliana: 524;
que resulte de la prenda sin tenencia: 522;
redhibitoria del contrato de compraventa civil:
521;
rescisorio por lesión enorme: 524;
de las acciones
de indemnización de perjuicios en casos de
responsabilidad indirecta: 521;
derivadas de los títulos-valores: 521;
por venta de predios por cabida: 521;
surgidas del contrato de fletamento: 522;
surgidas del contrato de seguro: 522;
surgidas del contrato de transporte: 522;
(efecto de la): 535;
especiales: 521;
extintiva: 508;
(jurisprudencia sobre la): 512;
y caducidad: 536;
extraordinaria: 19;

(interrupción de la): 524;
liberatoria: 268, 270;
(naturaleza de la): 517;
negativa: 514;
para el cobro
de honorarios de profesiones liberales: 520;
del precio de artículos al menudeo: 520;
(pazos de): 518;
positiva: 514;
que extingue las acciones ajenas: 512;
(renuncia a la): 528;
(requisitos de la): 511;
(suspensión de la): 527.

Presentación de la demanda: 95.

Prestación (es)

en lugar del cumplimiento: 295;
de ejecución instantánea: 674.

Préstamo

al deudor para que pague a acreedor: 142.

Presunción

de autenticidad: 67;
de pago: 290, 520.

Presupuestos de la transacción: 650.

Primer orden hereditario: 45, 52.

Principio (s)

accessorium sequitur principale: 475;
constitucional del *non bis in idem*: 341;
de normatividad de los actos jurídicos: 670;
de soberanía monetaria: 372;
de la autonomía de la voluntad privada: 475;
de la indivisibilidad del pago: 283;
de la libertad de forma: 646;
de la obligatoriedad de los contratos: 732;
de la preservación
de la confianza en la moneda nacional: 372;
del acuerdo negocial: 690;
de la relatividad en el acuerdo transaccional:
683;
del Derecho Europeo de los Contratos (PECL):
396, 560;
nadie está obligado a lo imposible: 706;
nominalista: 372;
pacta sunt servanda: 468;
Unidroit: 162, 163, 205, 560, 586;
(pago con títulos valores en): 318.

Prior obligatio: 470.

Procesador

adquirente: 450;
emisor: 450.

Procesamiento adquirente: 440.

Proceso

(apertura del): 95;
de sucesión
 (características del): 91;
 (fases del): 93;
 judicial. Trámites: 99;
 (partes del): 91;
(terminación anormal del): 696.

Procuratio in rem suam: 111.

Profit censuel: 632.

Programa informático: 413.

Propiedad: 242;

 industrial: 16;
 intelectual: 16.

Propuesta (s)

 de modificación al C. C. col.: 588;
 de modernización: 105, 127, 148, 167, 204, 228,
 261, 313, 394, 476, 491, 505, 545, 731.

Proveedor

 de tecnologías de acceso: 450;
 de servicios de pago: 449;
 (sustitución del). 187.

Proyecto

 de Código Civil colombiano
 (la transacción en el): 699;
 de escisión: 256.

Prueba

 de la diligencia o cuidado: 722;
 de la imposibilidad: 730;
 del pago: 290.

— Q —

Quanti minoris: 301.

Quinto orden hereditario: 50, 64.

— R —

Radiograma: 241.

Reajuste

 automático
 (cláusulas de): 371;
 monetario: 337.

Reconocimiento de interesados: 96, 103.

Red: 407;

 (acceso universal a la): 416.

Reformas

 a la normativa de la transacción en Iberoamérica:
 697;
 procesales a la transacción: 696.

Régimen

 cambiario: 390;
 de insolvencia empresarial: 281;
 subjeto de la responsabilidad: 707.

Registro

 de adquirentes no vigilados: 446;
 mercantil: 233, 240.

Regulación

 de sistemas de pago: 425;
 general de los títulos valores: 322;
 nacional de títulos valores: 320;
 “remisionista” de títulos valores: 321.

Relaciones comerciales: 410.

Remate de bienes

 de la hijuela de deudas: 101.

REMI: 443.

Remisión: 268, 270, 479;

 en obligaciones solidarias: 489;
 expresa: 486;
 (naturaleza jurídica de la): 480;
 parcial: 487;
 (requisitos de la): 480;
 tácita: 486;
 total: 487;
 y donación: 487.

Renegociación

 autocompositiva: 373;
 del contrato: 373;
 heterocompositiva: 373.

Renta vitalicia: 730.

Renuncia

 a la prescripción: 528;
 expresa: 223;
 a la prescripción: 529;
 gratuita: 483;
 onerosa: 483;
 parcial: 617;
 tácita: 223;
 a la prescripción: 529.

Reorganización empresarial: 577.

Representación

 (derecho de): 50.

Repudiación

 de asignaciones a favor de incapaces: 100;
 de la herencia: 28, 34;
 del incapaz: 35;
 expresa: 34;
 forzada: 35;
 intempestiva: 35;
 tácita: 34.

Requerimiento

al albacea: 96;
para aceptar la herencia: 99.

Requisitos

de la acción
causal: 332;
de enriquecimiento cambiario: 338;
de la cesión
de contrato: 181;
de créditos: 116;
de derechos litigiosos: 215;
de la compensación legal: 565;
de la dación en pago: 293;
de la imposibilidad de la ejecución: 713;
de la prescripción: 511;
de la remisión: 480;
de la sucesión notarial: 103;
del pago: 274;
por consignación: 304;
para extinguir la obligación
mediante entrega de títulos-valores: 325;
para otorgar el testamento: 67;
para suceder: 27.

Reserva hereditaria: 70.

Resciliación: 739.

Rescisión

por lesión enorme: 744.

Res dubia

(teoría de la): 654.

Residentes: 387.

Res

inter alios acta: 683;
litigiosa
(teoría de la): 658.
litigiosa et dubia: 652;
perit creditor: 727;
perit domino: 727.

Resolución

de la compraventa: 750;
de conflictos
(cláusulas de): 756;
extrajudicial: 747;
por incumplimiento
(efecto retroactivo en la): 754.

Responsabilidad

civil contractual
e imposibilidad de ejecución: 706;
del cedente: 21;
intra vires hereditatis: 33;
(régimen subjetivo de la): 707.

Restituciones recíprocas: 752.

Retiro

(derecho de): 251.

Retractación: 483.

Retracto

(derecho de): 210;
feudal: 632;
litigioso
(derecho de): 220.

Retrayente: 223.

Revaluación de la moneda: 364.

Reversión de los pagos: 417.

Revisión

(acción de): 379;
(cláusulas de): 369.

Revocación unilateral: 741.

Revolución industrial: 413.

Riesgo (s)

cambiario: 363;
(materialización del): 379;
crediticios: 462;
de lavado de activos: 462;
de liquidez: 462;
de mercado: 462;
de seguridad de la información: 462;
en los derechos personales: 727;
inherentes
(gestión de): 461;
legales: 462;
operativo: 462;
sistémicos: 462;
(teoría de los): 726;
usuales: 710.

Risk bearing: 371.

— S —

Salvaguarda monetaria: 361.

Sandbox regulatorios: 440.

SARC: 462.

SARI: 462.

SARO: 462.

SAS: 245, 254.

Secuestre: 304.

Secuestro: 385;
de bienes: 94;
definitivo: 93;
previo: 93.

Segregación: 255.

Segundo orden hereditario: 48, 58.

Seguridad monetaria: 360.

Seguro

(contrato de): 658.

Sentencia

arbitral: 640;

judicial: 640.

Separación

(beneficio de): 36, 101.

Servicios de pago

(proveedores de): 449-450.

Set off: 585.

Signatarios: 91.

Signos monetarios: 568.

Simulación

absoluta: 745;

(declaración judicial de): 745;

relativa: 745.

Sistema (s)

abiertos de tarjeta de crédito: 441;

cerrados de tarjeta de crédito: 441;

de Cuentas de Depósito (CUD): 433;

de gestión del riesgo: 462;

de marca: 443;

de pago: 449;

(actores de los): 436;

de bajo y alto valor: 428;

(noción de): 427;

(regulación de los): 425;

(usuarios de los): 454;

electrónico de negociación de valores: 433.

Smart contracts: 412.

Soberanía monetaria: 352, 424;

flexible: 352;

rígida: 352.

Sobrinos: 64.

Sociedad (es)

absorbidas

(acreedores de): 249;

conyugal

(liquidación de la): 40;

de innovación y tecnología financiera: 440;

(escisión de): 166, 245, 255;

especializadas en depósitos y pagos electrónicos

– SEDPES: 447;

(fusión de): 166, 245;

patrimonial (es)

entre compañeros permanentes: 42;

(liquidación de las): 40;

por acciones simplificadas (SAS): 245, 254.

Soft law: 162, 396, 591.

Solicitud de transacción: 696.

Solvens: 4, 134, 274, 510.

Streaming: 410.

Subarrendamiento: 172.

Subcontrato: 197.

Subregla

de la asunción tácita y de la oportunidad: 380;

de la concurrencia de eventos: 383;

del efecto anormal: 383.

Subrogación: 133;

convencional: 143;

(efectos de la): 145;

legal: 137;

(pago con): 4, 286;

parcial: 145;

personal: 136;

real: 136;

y cesión de créditos: 144.

Sucesión (es)

ab intestato: 11, 43;

ante el juez: 94;

(apertura de la): 24;

(aspectos procedimentales de la): 90;

(aspectos sustanciales de la): 23;

a título singular: 11;

a título universal: 11;

(cargas de la): 77;

ilíquida: 13;

intestada: 43;

(principales aspectos de la): 44;

judicial: 90;

mixtas: 44;

mortis causa

(concepto de): 10;

notarial

(actuaciones dentro de la): 104;

(requisitos de la): 103;

(trámite de la): 104;

(pasivo de la): 97;

por causa de muerte: 2;

procesal: 225;

testada: 65;

testamentaria: 11, 65.

Suministro

(contrato de): 186.

Superintendencia

de Industria y Comercio: 436, 456;
de Sociedades: 259;
Financiera: 340, 356, 365, 428, 437, 444, 447,
456.

Suspensión

(cláusulas de): 369, 375;
de la prescripción: 527.

Sustitución

del proveedor: 187;
patronal: 244.

— T —

Tarifa de intercambio: 443.

Tarjeta de crédito

(sistemas abiertos de): 441;
(sistemas cerrados de): 441.

Tarjetahabiente: 455.

Tasa

de cambio
(fijación convencional de la): 364;
representativa del mercado – TRM: 364;
supletiva del interés moratorio: 357.

Tecnología (s)

de acceso: 458;
(proveedor de): 450;
de Registros Distribuidos: 421.

Teoría

civilista clásica: 9;
constitutiva: 635;
de la imprevisión: 371, 379, 715;
de la *res dubia*: 654;
de la *res litigiosa*: 658;
de los riesgos: 726;
dispositiva: 638;
traslativa: 536.

Tercer orden hereditario: 50, 60.

Tercero (s)

(derechos de): 475;
(hecho de un): 707;
transitorios: 92.

Tesis

declarativa: 630;
de la indivisibilidad del acuerdo transaccional:
690.

Testador: 44, 68;

(partición por el): 97.

Testamento: 44, 65, 66;

(características del): 67;

(partición por): 86;

(requisitos para otorgar el): 67.

Tipicidad: 643.

Título (s): 114, 244;

a la orden: 115;
al portador: 115;
de deuda pública: 321;
ejecutivo: 640;
nominativos: 115;
valores: 4, 115;
de contenido crediticio: 317;
(eficacia probatoria de los): 343;
(regulación general de los): 322;
(regulación nacional de los): 320;
(regulación “remisionista” de): 321.

Tracto sucesivo

(contratos de): 182;
(negocios de): 244.

Tradición: 242.

Trámite (s)

adicionales en proceso de sucesión judicial: 99;
de la sucesión notarial: 104;
de la transacción: 696;
procesal del pago por consignación: 306.

Transacción (es): 268;

(aproximaciones a la figura de la): 611;
(características de la): 616;
(características generales de la): 641;
(contrato de): 628;
de buena fe: 657;
(efecto extintivo de la): 669;
(efectos de la): 668;
en diversos códigos del mundo: 612;
en el Código Civil español: 678;
en el Código Civil y Comercial argentino: 697-
698;
en el derecho privado colombiano: 597;
en el Proyecto de Código Civil colombiano: 699;
en efectivo: 426;
en la codificación civil: 617;
(importancia de la): 602;
(jurisprudencia sobre la): 606, 615, 644, 651;
(naturaleza jurídica de la): 620;
(nulidad de la): 686;
parcial: 697;
(perfeccionamiento de la): 641;
por entidades públicas: 697;
(reformas procesales a la): 696;
sobre alimentos futuros: 675;
sobre herencias: 645;
sobre parte del litigio: 697;
(solicitud de): 696;
(trámite de la): 696.

Transferencias de fondos: 418, 458.

Transformación digital: 413.

Transmisión

- a título universal por causa de muerte: 151;
- de las obligaciones: 1, 75;
- por causa de muerte: 5, 8;
- (derecho de): 38;
- de universalidades: 233;
- “inter vivos”
 - (confusión por): 500;
- singular de créditos: 111.

TRM: 364.

Trueque: 417.

— U —

Unidad de cuenta: 353.

Uniform Commercial Code (UCC): 320.

Unión

- Europea: 352;
- marital de hecho: 42.

Universalidad (es)

- de derecho: 237;
- de hecho: 165, 236;
- jurídica: 10;
- (transmisión de): 233.

Universitas facti: 236.

Usucapión: 514.

Usuarios

- de los sistemas de pago: 454.

— V —

Valoración de empresas: 248.

Venire contra factum proprium non valet: 694.

Venta (s)

- a distancia
 - (pagos de las): 416;
- al detal: 520;
- de activos y pasivos de las SAS: 260;
- de bienes para pago de deudas: 100;
- de “cosa litigiosa”: 211;
- de pleito futuro: 210.

Vicios redhibitorios: 300.

Vida

- (partición en): 233.

Vínculo jurídico: 111.

Volatilidad: 424.

Voluntad (es)

- (acuerdo de): 616, 626;
- (autonomía de la): 2, 644;
- del deudor
 - (pago contra la): 279;
- de poner fin a una diferencia litigiosa: 650.

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL VEINTINUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE ANDRÉS BELLO LÓPEZ (n. 29, XI, 1781 y m. 15, X, 1865).

LABORE ET CONSTANTIA