

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Acuerdo entre las partes

Las partes en su libertad contractual son independientes de concurrir a celebrar contratos con las partes que consideran convenientes, de la misma forma son capaces de realizar este procedimiento a la inversa; son completamente libres de disolver los vínculos obligacionales si así lo deciden, y si ningún impedimento legal se los prohíbe, como por ejemplo, negociar frente a obligaciones que se desprenden de derechos que por su naturaleza son personalísimos, o que su transacción no permiten en el mundo jurídico. El Código Civil en su artículo 1625 en su primer inciso establece: “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”.

Es claro que para que por medio de una convención se extingan las obligaciones, las partes tienen que poseer ciertas características que les permita disolver dichas obligaciones. La primera de ellas, es que las personas que realizan la convención sean efectivamente las partes en las que recae la obligación; el segundo presupuesto es que sean capaces de disponer de dicha extinción, así por ejemplo, si las partes quisieran dar por terminado un contrato de compraventa, pero una de las partes fuera un menor de edad, no podría efectuarse dicho acuerdo ya que por parte del menor, previamente mencionado, no intervino ni su representante legal o su curador, si fuera el caso, siguiendo los lineamientos de la ley 1306 del 2009.

Dado lo anterior, se observa con facilidad que la extinción de las obligaciones por medio de una convención entre las partes que poseen todos los requisitos para hacerlo, resulta una manera muy armónica y generalmente sencilla de extinguir un conjunto de obligaciones, ya que no se necesita movilizar al aparato jurisdiccional del Estado para este fin, o recurrir a complejas figuras del derecho, debido a que su extinción parte de un consenso de las partes, lo que generalmente garantiza un proceso tranquilo y ajustado a las necesidades de cada uno.

Pago

El pago, como lo cita el Código Civil en su artículo 1626, es el cumplimiento efectivo de las obligaciones con el cual un deudor extingue las obligaciones que posee con su deudor. El pago es el modo normal de extinguir las obligaciones, ya que supone la ejecución efectiva de la prestación que previamente acordaron las partes, y por la que se vieron abocadas a contratar. Al respecto, Tamayo Lombana expresa: *el pago es el acto jurídico por el cual se cumple la prestación debida, cualquiera que sea su objeto (dar, hacer o no hacer), y cuyo efecto es extinguir la obligación*²¹².

Antes de continuar el análisis sobre el pago, es necesario realizar la siguiente precisión, el pago no necesariamente recae en la obligación de entregar una suma de dinero, el pago es una figura mucho más amplia a esta simple limitación. “Cualquiera que sea la obligación, el que la ejecuta está pagando. Al respecto, muy clara doctrina ha sido al precisar el sentido restringido y el amplio del vocablo pagar, el sentido usual y el sentido jurídico. En síntesis, puede decirse: en lenguaje ordinario, pagar se entiende como entregar una suma de dinero. En lengua jurídica, pagar es ejecutar la obligación, cualquiera que sea su objeto²¹³”.

El pago, como ya se dijo anteriormente puede recaer en la ejecución de una prestación de dar, como la que surge de entregar una cantidad de dinero, o de hacer, como por ejemplo realizar una obra de arte, o por último una prestación de no hacer, como la de no realizar una edificación. Todo pago supone una obligación, “esto quiere decir que el pago sólo es válido en tanto que exista una deuda

212 Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá. P. 93.

213 Cita de Tamayo Lombana, parafraseando a Pérez Vives. P. 93.

•Extinción de las obligaciones•

por extinguir y que si esta deuda no existe, lo que se haya pagado sin deberse está sujeto a repetición. Pero también puede significar que el hecho del pago hace presumir la existencia de la deuda y que corresponde al deudor, cuando pretenda repetir lo que ha pagado, probar que nada debía²¹⁴”.

El pago, para que realmente extinga las obligaciones, debe ser ejecutado acorde al tenor de la obligación misma, ya que cada prestación posee características distintas lo cual hace que su pago eficiente adopte múltiples variantes. De esto se deduce, que el acreedor no podrá ser obligado a que se le pague de forma distinta a como se estipuló o como lo determine la ley, aun sin importar que el deudor realice otro pago de parecida similitud o de mayor amplitud a la que se estableció.

¿Quién puede hacer el pago?

El pago lo puede realizar el deudor o cualquier persona que decida encargar para dicha tarea, puede pagar además cualquier persona a su nombre sin importar si es aun sin su conocimiento o contra su voluntad. Pero si la obligación recae en una obligación que necesariamente sea de *Intuitu Personae*, el pago sólo será efectivo si lo realiza la persona en la que recae directamente la obligación, o en otra que el acreedor autorice para ejecutarla.

Visto lo anterior, se entiende que dependiendo de quien pague la deuda se tendrán tres casos distintos. Si la tercera persona paga con consentimiento del deudor se subrogará en los derechos del acreedor, como ya se vio en unidades anteriores. Si el tercero paga sin conocimiento del deudor, la persona que paga sólo podrá pedir el reembolso de lo pagado, y no se entenderá subrogado en los derechos del acreedor. Pero si el tercero paga aun en contra de la voluntad del deudor, el Código Civil en su artículo 1632 manifiesta que este no tendrá derecho ni siquiera a exigir lo pagado, lo cual es claramente contradictorio a la sistematicidad con la cual se debe interpretar el Código, ya que aunque sea cierto que la figura del reembolso no está facultada en este escenario, sí podría estarlo la de enriquecimiento sin justa causa, ya que en este caso se cumplirían todos los requisitos necesarios para que prospere dicha acción, y la persona que pagó en contra del deudor recupere lo pagado.

.....
214 Planiol, Marcel & Ripert, Georges. *Las obligaciones civiles*. Editorial Leyer. Bogotá. P. 167.

¿A quién se le debe pagar?

El artículo 1634 del Código Civil establece a quién debe realizársele el pago, menciona que el pago será válido cuando se le pague al acreedor, a quien el dante para el pago (mandatario), a quien lo haya sucedido, a quien designe a ley (representantes legales y curadores), o el juez si se está frente a una controversia judicial. También se menciona que el pago hecho de buena fe a la persona que se consideraba poseedora del crédito será válido, aun si después se demostrara que no lo era. Si por alguna razón el deudor le paga a cualquiera de las personas, que no se mencionó anteriormente, el acreedor podrá ratificar el pago expresa o tácitamente, con lo cual este se considerará válido desde el inicio.

El Código también establece los casos en que el pago es nulo completamente, se implantan tres casos para esto; el primero es si se paga al acreedor que no tiene la administración de sus bienes, excepto que si se demuestre que fue para provecho del acreedor. El segundo escenario es cuando el juez ha embargado la deuda y el deudor aún así decide pagarle al acreedor. El tercer caso es cuando se realiza el pago con el objeto de defraudar a los acreedores, cuando están inmersos en un concurso de acreedores.

¿Cuándo y dónde debe hacerse el pago?

El pago debe realizarse en primera medida cuando sea exigible, excepto en los eventos en que este atada a una condición o plazo. Cabe resaltar además que la época específica para el pago también está determinada por el tipo de contrato, así por ejemplo si se habla de un contrato de compraventa en que no esté diferido su pago, o no se esté atado a una condición o plazo, su exigibilidad será inmediata, caso contrario a los contratos de tracto sucesivo donde se deduce que el pago se hace de forma periódica.

El Código Civil en sus artículos 1645, 1646, y 1647 establecen la forma de determinar el sitio donde se debe realizar el pago, al respecto se dice: el lugar del pago será en primera instancia el sitio que hayan acordado las partes, a falta de estipulación se seguirán las siguientes reglas: si se debe un cuerpo cierto se hará el pago en el lugar en que el cuerpo cierto existía al momento de crearse la obligación. Si se debe una cosa que sea género se hará en el domicilio del deudor, si

•Extinción de las obligaciones•

este cambió de domicilio será en el que se encontraba al momento de contratar, a menos que se estipule lo contrario.

“Según la ley comercial colombiana, si lo debido es dinero, el pago se hará en el domicilio que tenga el acreedor en el momento de la exigibilidad de la obligación, salvo estipulación en contrario. Si el acreedor cambió de domicilio, el deudor podrá hacer el pago en el lugar de su propio domicilio, previo aviso al acreedor²¹⁵”.

¿Cómo y qué debe pagarse?

Como ya se dijo anteriormente, el pago para que efectivamente extinga la obligación debe ser completo y ajustándose a la obligación debida. A continuación se analizará a más profundidad dicho postulado. “Conviene resaltar, ante todo, el principio de la indivisibilidad del pago. El *solvens* (el deudor) debe pagar exactamente la prestación debida y pagarla en su totalidad. No le es dado hacer un pago fraccionado (aun si se trata de dinero) ni pretender pagar con una cosa diferente de la debida (C.C., arts. 1627 y 1649)²¹⁶”.

Al respecto de como se debe pagar la obligación, cabe hacer referencia a las siguientes reglas. En primer lugar, el pago debe ser lo que hayan estipulado las partes, la ley o el juez. Si se trata de un género, el deudor debe darlo en la forma como está estipulado, sino lo está se entenderá que no debe entregarlo ni de la mejor forma posible, pero tampoco de la peor que exista, debe estar en un punto promedio, en la calidad mediana.

Si se trata de un cuerpo cierto el artículo 1648 del Código Civil trae las siguientes reglas. El acreedor debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre; a menos que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor o de las personas por las cuales responde; también responde el deudor por los deterioros posteriores a la mora y que no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor²¹⁷.

Cabe hacer énfasis que por regla general el pago debe ser de forma completa, pero si las partes estipulan lo contrario es posible que el pago sea fraccionado, al

.....
215 Pérez Vives, *Op., cit.*, P. 475.

216 Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá. P. 110. Primer paréntesis por fuera del texto original.

217 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 111.

respecto el Código Civil en su artículo 1649 expresa: “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convenición contraria; y sin perjuicio de lo que disponen las leyes en casos especiales”. Cuando la deuda se pueda pagar a plazos se entenderá que la deuda será dividida en fragmentos iguales, excepto si se pacta lo contrario.

Imputación del pago

Cuando un deudor le debe varias obligaciones a su acreedor que reposen en una misma naturaleza, como por ejemplo, una cantidad de dinero, es importante determinar si en un momento dado el deudor decide pagar una cantidad específica, saber a qué deuda estará dirigida dicho pago, he allí la importancia de la imputación del pago.

El Código Civil al respecto trae las siguientes reglas. Primera, el deudor puede hacer la imputación a la deuda que prefiera, pero no puede abonarla a la deuda que aún no esté vencida, debe dirigirla contra la que ya se venció, tampoco puede abonar al capital, salvo que el acreedor este de acuerdo.

Segunda, si el deudor no señala la imputación, el acreedor estará facultado para realizarla. Debe además el acreedor realizar una carta de pago donde se manifieste que el capital abonado se dirige contra el capital, y que aun los intereses se deben, sino realiza este acto se entenderá que los intereses ya fueron pagados.

Tercera, si ninguna de las partes imputa el pago, la ley presumirá que se realizó a la deuda vencida, si todas estuvieran vencidas el deudor será el encargado de señalar a cuál se imputa.

Modalidades de pago

Pago por consignación

El pago por consignación es una figura que proviene del Derecho Romano y que se utiliza cuando por algún motivo el deudor no puede pagar su obligación directamente a su acreedor, estas circunstancias pueden originarse porque, el acreedor se niegue a recibir el pago, no se conozca la ubicación de este, carezca

•Extinción de las obligaciones•

de representantes conocidos, haya fallecido y se desconozcan sus herederos o se ignore a las personas que poseen un mejor derecho frente al crédito.

Esta figura jurídica permite al deudor hacer el pago con los efectos jurídicos propios de este acto, es decir, con la extinción de la obligación, la cesación de los intereses, la liberación de responsabilidad por los riesgos de la cosa, además de la devolución de las prendas y la cancelación de las hipotecas y fianzas²¹⁸.

Para que el pago por consignación se realice y tenga validez es necesario que se cumplan ciertos requisitos, los cuales son, que se ejerza por medio de una oferta, que la persona que la haga sea capaz y sea la que está obligada a pagar, que se dirija al acreedor capaz de recibir o a su representante, que la obligación actualmente sea exigible, que se ofrezca realizar el pago en el lugar que se estipuló, y que la obligación que se ejecutará sea la que corresponde. El procedimiento para el pago por consignación está regulado en el artículo 381 del Código General del Procedimiento.

Pago con beneficio de competencia

Esta figura es de origen romano (*lex Julia*), no fue acogida por el derecho Francés, pero sí por el ordenamiento Colombiano y Chileno. En el Código Civil está expuesto en los artículos 1684, 1685 y 1686²¹⁹.

El pago con beneficio de competencia es una figura que consiste en otorgarle al deudor una autorización previa judicial, la facultad de pagar sus obligaciones con todos los bienes que posee, excepto de los cuales son necesariamente indispensables para su modesta subsistencia.

El beneficio de competencia es una figura que pretende garantizar el pago de los créditos que posee el acreedor, con la limitación de no dejar al deudor en una circunstancia deplorable²²⁰. Siendo esta la razón por la cual, cuando el deudor está cobijado bajo la figura de pago con beneficio de competencia, está obligado a completar el resto de lo debe cuando mejore su condición económica, si previamente el pago que hizo con todos sus bienes no fueron suficientes para cubrir el total de la deuda.

.....
 218 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 113.

219 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 114.

220 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 665.

Las personas que están cobijadas por el beneficio de competencia están establecidas en el artículo 14 de la ley 95 de 1890, que subroga el artículo 1685 del Código Civil. Estas personas son:

1. Descendientes o ascendientes, que no hayan irrogado ofensa alguna al acreedor y que se pueda clasificar como causal de desheredación.
2. Cónyuge, no estando divorciado por su culpa.
3. Hermanos, que no hayan cometido ofensa de magnitudes similares a las causales de desheredación por los descendientes o ascendientes.
4. A los consocios, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad.
5. Al donante, pero sólo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida.
6. Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo la cesión.

Pago por cesión de bienes

El pago por cesión de bienes está regulado en el Código Civil por el artículo 1672, dicho artículo establece: *la cesion de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas.*

Como se deduce del artículo no todos los deudores son susceptibles de que se les sea aplicable la cesión de bienes, ya que para que esta figura opere es necesario que el deudor este en un estado que lo imposibilite a pagar sus deudas. Hasta cierto punto el legislador presume la inculpabilidad del deudor en el mal estado de sus negocios²²¹.

Sin embargo, a lo anterior, el artículo 1674 del Código Civil manifiesta que cualquier acreedor puede exigirle al deudor que pruebe su inculpabilidad en la suerte de sus negocios. Esto indica que se presume que el mal manejo de los negocios del deudor corresponde a un caso fortuito, pero con un sólo acreedor que

221 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 661.

exija que se pruebe la inculpabilidad, o el buen actuar del deudor que ha sucumbido frente a un mal estado económico, el deudor estará obligado a comprobarlo²²².

Por regla general, el acreedor está obligado a aceptar la cesión de bienes como manera de pago. El mismo Código Civil en su artículo 1673 establece que esta figura será de conocimiento del juez cada vez que el deudor la solicite, incluso, si las partes estipulan en contrario. Dentro del mismo articulado del Código se establece que sólo el acreedor no será obligado a aceptar la cesión de bienes por las causales que se exponen en el artículo 1675.

Efectos de la cesión de bienes

1. Cuando el deudor es abocado a la cesión de sus bienes, estos no se transfieren a su acreedor, su derecho de dominio permanece intacto, el único impacto es que se limita su derecho de dominio sobre los mismos. Se produce un efecto negativo en la no enajenación de los bienes, por lo cual el deudor queda privado de la facultad de transferir y administrar los bienes que previamente ha cedido.
2. En el caso de que los bienes que se hayan otorgado en la cesión de bienes sean mayores a las deudas por las cuales cedió los bienes tiene derecho el deudor para exigir el exceso.
3. El deudor puede recuperar los bienes que ha entregado, si previamente cancela las deudas que tiene con sus deudores.
4. La cesión de bienes puede llevar a que en un punto se rematen los mismos, lo que hace que definitivamente el deudor pierda el derecho de dominio sobre los mismos
5. La cesión de bienes es de carácter universal, lo que implica que la cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

Novación

La novación fue concebida en el Derecho Romano como la única forma de sustituir el vínculo obligatorio, la prestación misma o el aspecto pasivo o activo

.....
²²² *Ibidem*.

de la obligación. Empero, tal sustitución acarrea la extinción de la obligación, pues la inveterada concepción personal que sobre la obligación se tenía impedía que la nueva obligación contuviera elementos de la primitiva.

La novación, según el artículo 1687 de nuestro Código Civil, es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. Así mismo, jurisprudencia la ha definido como:

...un acto jurídico de doble efecto: ella extingue una obligación preexistente, y la reemplaza por una obligación nueva que hace nacer. No hay novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior, como ocurre cuando se cambia un documento por otro, por haberse variado el objeto o causa de la cambia un documento por otro, por haberse variado el objeto o causa de la obligación²²³.

Clases de novación

La novación puede hacerse de tres modos, los cuales se encuentran señalados en el artículo 1690 del Código Civil; el primero de ellos, se realiza cuando se sustituye la obligación primitiva por otra nueva, ya sea reemplazando el objeto o la causa. Ocurre novación por el objeto, también llamada novación objetiva o real; cuando el acreedor y el deudor por mutuo acuerdo, deciden cambiar el objeto de la prestación a la que se ha obligado, reemplazando una obligación de hacer, bien sea, por una de dar o no hacer. Así mismo, las partes pueden convenir en que el objeto material de la obligación sea sustituido por otro, por ejemplo, si se han obligado por medio de una compraventa a transferir la propiedad de un bien inmueble, es posible que en virtud de la autonomía de la voluntad decidan que, en vez de la dación del inmueble, se transfiera el dominio de un mueble, ya sea un costoso caballo o un famoso cuadro.

En materia de Derecho Comercial, la entrega de Títulos Valores que haga el deudor a su acreedor valdrá como pago de la obligación que ha contraído aquel, y por lo tanto, llevará implícita la condición resolutoria del pago en caso de que el objeto sea rechazado. De esta manera, nuestro ordenamiento a través del artículo 882 inciso 1° del Código Comercio otorga efecto novatorio a la entrega del título

.....
223 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de septiembre de 1927. xxxiv. P. 336.

•Extinción de las obligaciones•

valor, extinguiéndose así mismo la obligación anterior y despejando la duda de si tal acto constituía o no novación.

Pero puede suceder que se realice la novación debido a que la misma fuente o causa de la obligación es sustituida, por ejemplo, entre las partes un contrato de arrendamiento, estas deciden posteriormente que el contrato primeramente estipulado sea reemplazado por una compraventa, designando el canon inicialmente pagado como una parte del precio. Siguiendo por esta línea, pero haciendo un paralelismo, es claro que el tipo de contrato que más permite ilustrar el fenómeno de novación es el contrato de Leasing. Consiste básicamente en que una sociedad de Leasing le otorga el uso y goce de un determinado bien a un locatario, el cual se compromete a pagar una cantidad de dinero por un tiempo determinado, con la opción de que llegado el tiempo de vencimiento del contrato pueda hacerse con el dominio del bien si así lo decide. En este tipo de contrato vencido el término y ejercida la opción de compra, se extinguen las obligaciones anteriores y surgen unas nuevas en su reemplazo, como el deber de transferir el bien, por ejemplo.

En los casos anteriormente señalados, para que la novación se perfeccione es necesario que la obligación posterior extinga una obligación preexistente, por lo tanto, si la obligación primitiva se encuentra sometida a condición suspensiva, que no ha acaecido o ha fallado, no habrá novación. Tampoco si se da el caso contrario, como pretender sustituir una obligación pura y simple con una obligación condicional (art. 1692). De igual manera, no se efectuará la novación cuando el contrato novatorio posea algún elemento causal de invalidez, ya sea porque se celebra con un menor impúber, lo que conllevaría a la nulidad absoluta, o porque presenta algún vicio del consentimiento, causando así la nulidad relativa.

El segundo modo de hacerse la novación ocurre cuando en el vínculo obligatorio se sustituye al acreedor (*mutatocreditore*), separándose completamente el anterior acreedor y extinguiéndose la obligación primitiva. Es decir, el extremo activo de la obligación es íntegramente sustituido. Se debe distinguir la *novación personal* por cambio de acreedor de otras figuras jurídicas, como son la subrogación, la cesión de créditos y la diputación de pago. Se diferencia la novación por cambio del aspecto activo de la subrogación y la cesión de créditos, en que la obligación que asume el nuevo acreedor por medio de la novación, es una obligación completamente nueva y deslindada de cualquier garantía, privilegio o accesorio de la primitiva, puesto que estos últimos si se transfieren en la cesión y la

subrogación. En cuanto al pago con diputación, el acreedor no se separa del vínculo obligacional, sino que, simplemente designada a una persona para que reciba el pago por él (art. 1691 C.C.).

Por último, hay un lugar a novación, según el numeral 3° del artículo 1690 del Código Civil, cuando el extremo pasivo de la obligación es sustituido por un nuevo deudor (*mutatodebitore*), *reemplazo* que puede hacerse tanto con el consentimiento del antiguo deudor como sin su consentimiento, no obstante, el cambio del deudor extinguirá la obligación anterior. Aun así, aunque pueda prescindirse de la aceptación del deudor antiguo, por mandato del artículo 1694 *ibídem*, *es necesario para que haya novación por cambio del aspecto pasivo, del consentimiento del acreedor; pues si este se rehúsa a liberar al antiguo deudor, no se producirá el efecto novatorio, sino que se tendrá al nuevo deudor como un simple diputado para la realización del pago o como codeudor solidario o fiador de la deuda, según se deduzca del acto que han celebrado las partes.*

La Corte Suprema de Justicia, frente a la novación personal por el aspecto pasivo ha expresado:

La novación por cambio de deudor se verifica cuando un deudor se sustituye a otro, es decir, cuando un deudor deja de ser tal porque otro pasa a ocupar su lugar; la primitiva obligación se extingue y en su lugar nace una nueva entre el acreedor y el nuevo deudor. La novación por cambio del deudor puede ser de dos clases; 1°) con el consentimiento del deudor primitivo; y 2°) sin su consentimiento. Esta distinción la consagra el último inciso del art. 1690 llamando delegación el primer caso. El segundo se ha convenido en llamarlo por la doctrina *ex promisión*. Pero para que la novación por delegación sea perfecta se requiere de modo esencial, de acuerdo con el artículo 1694, que el acreedor manifieste expresamente su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Para que se verifique la novación es preciso que las partes así lo requieran y lo declaren como se infiere no solamente de la regla general del 1693. No basta decir que una persona cede un contrato a otra para que haya novación²²⁴.

En síntesis, la novación por cambio del deudor puede ser tanto la delegación como la *expromisión*. Cuando por medio de la delegación se libera el antiguo deudor y se extingue la obligación anterior la delegación es *novatoria*; diferenciándose de

224 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de agosto de 1942, LIV, P. 381.

•Extinción de las obligaciones•

la *delegación simple*, en la cual no se libera el deudor primitivo y puede o no existir obligación previa entre el delegante (deudor) y delegatario (acreedor); en caso de existir vínculo previo, este no se extingue por medio de la delegación simple²²⁵.

En la delegación, el acreedor (delegatario) tiene derecho a dirigirse contra el deudor (delegante) si su delegado es insolvente, o si en el contrato de novación se hizo esta reserva. La reserva es una institución jurídica reglamentada en nuestro código en el artículo 1701, por medio de esta figura se transmiten las garantías, privilegios y accesorios de la antigua obligación a la nueva, a menos que, los dueños de los bienes dados en garantía no accedan a la nueva obligación. Así mismo, no podrán extenderse los privilegios de la obligación nueva a la anterior, es decir, citando el mismo ejemplo del artículo mencionado, si la obligación nueva devenga interés, no para devengar la hipotecada transmitida mediante reserva estos intereses.

Ha sido constante el esfuerzo hecho por la doctrina y la jurisprudencia para diferenciar la delegación imperfecta, es decir, cuando el delegante no quede libre de su obligación por no consentir en liberado el delegatorio de la estipulación para otro:

... dentro de esta modalidad parece contemplar este artículo, bajo la denominación de diputado por el deudor, en caso de que la nueva persona indicada al acreedor para hacer el pago no sea más que un mandatario, jurídicamente indiferenciable del mandante, caso en el cual no existe propiamente delegación por falta de las tres personas necesarias para integrar este fenómeno. El criterio aplicable para saber si se trata de una simple indicación de pago o de una delegación imperfecta en que se produce una yuxtaposición de deudores, es de acuerdo con el código, la propia interpretación del texto y del espíritu del pacto celebrado entre delegante y delegado²²⁶.

Esta misma jurisprudencia, a su vez, cita la posición de la doctrina, los juristas franceses, *Planiol y Ripert*, por su parte, han considerado que las dos figuras sólo difieren en sutilezas y aspectos mínimos, distinguiéndose sólo respecto al tiempo en que nace el derecho del acreedor del derecho pagado, siendo en la estipulación para otro, en el momento de celebrarse el contrato entre estipulante y promitente, y para la delegación imperfecta, cuando el delegatario (alrededor) acepta al delegado

225 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo III. Universidad Nacional de Colombia, 1957.

226 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de enero de 1943, LV, P. 13.

(tercero) como deudor. Así mismo, el jurista chileno Alessandri Rodríguez, citado por la corte, ha señalado como ejemplo de delegación imperfecta, la obligación que surge para quien por medio de un contrato de compraventa adquiere una propiedad cuya hipoteca debe ser cancelada.

Requisitos de la novación

Tanto la jurisprudencia como la doctrina, han convenido coherentemente que para que la novación surta efecto, son necesarios tres elementos, en primer lugar, la existencia de una obligación anterior, en segundo lugar, la existencia de una obligación nueva, y por último, la intención novatoria de las partes (*animus novandi*). En cuanto al primer elemento es necesario que en el momento en que las partes deciden novar exista la obligación que finalmente va a ser sustituida; como anteriormente lo mencionamos no puede sustituirse una obligación sometida a condición que aun no ha nacido a la vida jurídica por otra pura y simple. De igual manera, la obligación anterior, debe reunir los requisitos de validez, pues si la obligación anterior adolece de algún vicio, la novación no presume la ratificación de la anterior.

La obligación preexistente puede ser tanto una obligación natural como civil según lo dispone el artículo 1689 del Código Civil. A su vez, según el artículo 1527, del mismo código, define las obligaciones naturales como aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autoriza para retener lo que se ha pagado, en razón de ellas.

El segundo requisito de la novación es la existencia de una obligación nueva, es decir, la que difiere de la anterior ya sea por su objeto, su causa, o por la sustitución del extremo pasivo o activo del vínculo obligatorio. La obligación nueva debe poseer elementos sustanciales que la distingan de la obligación primitiva, a tenor del artículo 1501 del Código Civil, son elementos sustanciales o esenciales, sin las cuales el contrato no produce efecto alguno, o se convierte en otro diferente. La novación, por lo tanto, puede recaer en elementos puramente accidentales, que son según el artículo anteriormente citado, aquellos agregados por medio de cláusulas especiales.

El tercer elemento requerido para que se produzca la novación, es a la vez, el elemento esencial de la novación misma. El artículo 1693 consagra *animus*

novandi, puesto que para que se efectúe la novación es necesario e imprescindible que las partes tengan la intención de novar, bien sea, porque lo declaren expresa o tácitamente. No obstante, si las partes anhelan la sustitución del extremo pasivo del vínculo obligatorio es necesaria la aceptación expresa del acreedor, pues de lo contrario no se realizará la novación. Si del acto que ejecutan las partes no se justifica en el *animus novandi*, no se entenderá extinguida la anterior obligación y por lo tanto, se dará lugar a las obligaciones coexistentes.

Efectos de la novación

- La novación, en primer lugar, extingue la obligación anterior y al mismo tiempo hace que a la vez surja otra que reemplaza la obligación preexistente. Por lo tanto, las garantías constituidas a favor del anterior no se transfieren a la otra, si dado el caso, la obligación primitiva estaba garantizada con prenda e hipoteca, estas no serán garantías de la nueva obligación, a menos que, las partes así lo convenga (art. 1701 C.C.). Así mismo, si del crédito primitivo deviniere cierto porcentaje de intereses, estos se extinguirán al ser la obligación antigua remplazada por otra. Si por el contrario, las partes deciden que las garantías reales, como son la hipoteca o la prenda, se transmitan a la nueva obligación, se tendrán tales y como eran en la obligación primitiva, es decir, no podrán en ningún momento extenderse a los privilegios de la obligación actual. Así, por ejemplo, si una obligación deviene intereses, no se puede pretender que con la novación de la obligación estas se sigan deviniendo.
- Si se trata de novación personal por pasiva y es el nuevo deudor quien respalda la deuda preexistente por medio de garantías reales, la reserva, según mandato del artículo 1702 del Código Civil, será ineficaz, aun así medie el consentimiento del nuevo deudor, siendo totalmente necesario, que las garantías ahora constituidas sean renovadas con las formalidades que se exigen para que nazcan a la vida jurídica.
- Si la anterior obligación se encontraba respaldada por algún codeudor solidario o fiador, su responsabilidad se suprime por medio de la novación. Y si los deudores solidarios o subsidiarios han respaldado su responsabilidad

en la anterior obligación, con algún tipo de garantías, estas dejan de subsistir como consecuencia de la novación.

No puede entenderse que se ha efectuado novación en los siguientes casos; según el art. 1707 y 1708 *ibídem*, cuando las partes han reemplazado el lugar en que debe efectuarse el pago; o cuando han ampliado o reducido el plazo. De igual manera, no habrá novación, cuando las partes pacten intereses que el crédito no devengaba, o aumenten, disminuyan o supriman el porcentaje de los intereses que el crédito actualmente devenga.

Tampoco habrá novación, cuando la obligación adquirida por las partes se les constituya, aumenten o supriman garantías. Ya que los intereses, como en el caso anterior, y las garantías, son de índole accesoria y por lo tanto la inclusión de estos en el crédito no alteran la naturaleza de la obligación. Otro caso que no constituye novación, es al tenor del artículo 1710, cuando el deudor acepta la novación bajo condición de que su codeudor solidario o fiador acceda a la nueva obligación, y estos últimos no consienten en ser respaldo de la actual deuda.

Transacción

La transacción, según el artículo 2469 del Código Civil, se encuentra definida como el contrato en virtud del cual las partes que lo celebran terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Así mismo, el artículo mencionado advierte que no podrá considerarse transacción el acto mediante el cual una de las partes renuncia a un derecho que no es objeto de la disputa.

Por medio de la transacción, las partes renuncian o reducen en cierta proporción el monto de sus pretensiones; o dado el caso, de una de las partes, puede comprometerse a la realización de cierta contraprestación con la finalidad de que la otra reconozca que aquella es titular de determinado derecho. Quienes transigen deben estar plenamente facultados para disponer de los asuntos objetos de la negociación; pues de lo contrario, sólo podrán intervenir aquellos que por medio de poder especial han sido autorizados para asumir la posición de mandatarios y así, poder transigir sobre los bienes, acciones y derechos específicos y determinados que el poder establece.

•Extinción de las obligaciones•

No obstante, no son susceptibles de ser transigidos los derechos derivados del Estado Civil de las personas²²⁷. Así mismo, si hay lugar a la comisión de un delito, podrá transigirse sobre la indemnización de perjuicios que esta genera, es decir, sobre la acción civil, mas no sobre la acción penal. También proscribe nuestro Código Civil la transacción sobre alimentos futuros a quienes se deban por el mandato expreso de la ley, al igual, que sobre derechos ajenos o inexistentes.

En cuanto a las causales de nulidad de la transacción, el Código regula lo siguiente. En primer lugar, será nula la transacción en la cual se hayan utilizado títulos falsos o que haya sido obtenida por medio del dolo o la violencia. Como segundo, se tendrá por nula cuando se haya advertido sobre la nulidad del mismo. También será nula la transacción celebrada sobre un litigio ya definido y terminado, cuya sentencia produce el efecto de cosa juzgada, y sobre la cual no hayan tenido conocimiento las partes al momento de producirse la transacción, no obstante, la Corte ha expresado lo siguiente: *un litigio terminado puede ser materia de transacción cuando no todas las partes conocen el fallo; condición indispensable para evitar sorpresas respecto de la parte que no lo conocía*²²⁸. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han manifestado que no son únicamente causales de nulidad las consagradas en el artículo 2476 a 2478 del Código Civil, pues la transacción como negocio jurídico, encuentra sus causales de nulidad en el artículo 1740 a 1756 *ibidem* cuya aplicación es general²²⁹.

La transacción al tenor, del artículo 2479 del Código Civil, puede considerarse como un contrato *intuitupersonae*, ya que presume haberse efectuado en consideración a la persona con la cual se transige. Por lo tanto, puede caber el *error en cuanto a la persona*, pues creyendo transigir con un sujeto se transige con otro, causal por la cual puede rescindirse la transacción. También opera la rescisión si, al momento de realizarse la transacción, existiera algún tipo de título en el cual

.....
 227 La Corte en sentencia del 3 de julio de 1958, manifestó; *la transacción sobre el estado civil de las personas es nula de nulidad absoluta*. Empero, en sentencia del 3 de octubre de 1974, expresó que lo consagrado en el artículo 2473 no puede extenderse a los derechos patrimoniales contenidos en el estado civil: *Si bien un individuo no puede transigir con eficacia jurídica sobre las calidades que integran su estado civil, como la de casado, viudo, padre o hijo legítimo, ni sobre los derechos personalsimos que de este surge, como lo es de la patria potestad, si puede, en cambio, transigir válidamente sobre los derechos de carácter patrimonial que, como el de herencia, suelen encontrar su origen precisamente en el estado civil*.

228 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de mayo de 1920. xxviii, P. 29.

229 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de julio de 1958. Lxxxviii, P. 519.

constara que alguna de las partes no tenía la facultad para transigir sobre alguno de los asuntos objeto de la misma y, que no fuese conocido por la parte a que estos favorece en el momento de ser realizada. Si dado el caso, la transacción no se efectúa sobre un objeto en particular, sino sobre la controversia generada entre las partes, no habrá lugar a la rescisión. Si los títulos mencionados son descubiertos posteriormente al momento de la transacción, no podrá pedirse la rescisión, a menos que estos hayan sido extraviados dolosamente.

Así mismo, puede haber lugar a error en cuanto al objeto, y pretendiéndose transigir sobre alguna determinada cosa, finalmente, se transige sobre otra cuando este tipo de error genera nulidad sobre la transacción. Si la transacción opera sobre algún cálculo en especial, y existe algún error respecto del mismo, no habrá lugar a la nulidad de la transacción, solamente se pedirá la rectificación del mismo.

Efectos

La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, aun así, podrá impetrarse la declaración de nulidad o rescisión según las causales analizadas anteriormente.

Este modo de extinguir las obligaciones sólo produce efectos en cuanto a las partes. Por lo tanto, no podrán extenderse a terceros, excepto que estos estén bajo las normas de la solidaridad. Si dentro de la transacción hay lugar a la renuncia de algún derecho, se entenderá sólo con respecto a los bienes y asuntos objeto de la transacción, pero no podrá extenderse esta renuncia a los derechos adquiridos posteriormente a la transacción.

Remisión

La remisión o condonación consiste en el perdón que hace el acreedor a su deudor de realizar la prestación debida, impulsado por fines altruistas o de beneficencia, así, el deudor se libera del cumplimiento de la obligación operando a la vez la extinción de la misma (*animus solvendi*). Para que la remisión tenga plena validez, quien la realiza debe tener absoluta capacidad de disposición sobre el objeto de la obligación, la condonación es por esencia gratuita, ya que no es necesario para que desista el acreedor de su crédito de la realización de una contraprestación por parte del deudor, si fuese este el caso, es decir, si se extinguiera

•Extinción de las obligaciones•

algo a cambio del perdón que hace el acreedor de la obligación se estaría frente a otro modo de extinción de las obligaciones llamado novación.

El artículo 15 de nuestro Código Civil dispone que quien es titular de derechos conferidos por las leyes puede renunciar a ellos, siempre y cuando, por medio de la renuncia sólo busque satisfacer el interés propio y tal acto no esté prohibido. Con base en esta norma, el acreedor posee enteramente la facultad de renunciar a su crédito por medio de un hecho que emana de su propia voluntad, siendo entonces la remisión un acto jurídico unilateral que conlleva a la extinción de la obligación, pues a través del abandono del crédito el deudor se libera del vínculo obligacional. No es necesario, como sí lo ha considerado una parte de la doctrina²³⁰, el consentimiento del deudor, ya que por medio de la condonación no se ven afectados los derechos del sujeto pasivo sino que por el contrario, este último se abstiene de sufrir un detrimento patrimonial, siendo entonces una conducta netamente lícita y coherente al orden público y las buenas costumbres.

Así como el acreedor puede renunciar a su derecho crediticio expresamente, puede desistir de este tácitamente. Según el artículo 1713 del Código Civil, ocurre la condonación o remisión tácita cuando si constando en algún tipo de título el crédito, el acreedor lo entrega voluntariamente a su deudor, lo destruye, o cancela él mismo la deuda con el ánimo de extinguirla. Sin embargo, puede ocurrir la entrega, destrucción del título o cancelación de la deuda y aun así, no ser intención del acreedor condonarla. En este caso, debe este último otorgar la prueba que indica que la condonación fue ejecutada en contra de su voluntad o que jamás existió el ánimo de realizarla, pero si no existe prueba se entenderá que sí existió ánimo y voluntad de celebrarla, tratándose de una presunción legal que como tal admite prueba en contrario. No obstante, no se presumirá la remisión de la deuda cuando las garantías reales, accesorios o privilegios sí hayan sido condonados. Si el acreedor condona la deuda pero posteriormente se arrepiente, el acreedor perderá las acciones para poder perseguir su crédito, ya que claramente su deudor habrá adquirido un derecho legítimamente, que no podrá ser desconocido aun ni por el mismo acreedor. Al respecto, el Código Civil en su artículo 1712 aclara que la condonación se regirá por las reglas de las donaciones entre vivos, y a su vez

.....
230 Entre ellos el jurista francés Pothier, quien entiende la remisión como un acto contractual que al contener un derecho crediticio debe necesariamente encontrarse involucradas las dos partes, acreedor y deudor, siendo así mismo, indispensable el acuerdo de sus voluntades para la extinción del vínculo obligatorio que los ata.

el artículo 1443 del mismo Código manifiesta: *la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuitamente e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta*. De lo anterior se confirma que cuando el acreedor condona una obligación en cabeza de su deudor esta será completamente válida y surtirá sus efectos, aun si pasado el tiempo el acreedor se arrepiente.

Requisitos de la condonación

Para que la remisión se perfeccione y pueda surtir efecto en la órbita jurídica, es necesario que cumpla, en primer lugar, con los requisitos del negocio jurídico, *capacidad del acreedor, consentimiento*, es decir, que el acreedor haya ejecutado la remisión por su libre albedrío, y no inducido por error, fuerza o dolo; y objeto y causa lícitos (art. 1502 C.C.).

Además de la capacidad legal que debe poseer el acreedor, este debe poder disponer totalmente de la cosa o prestación legal, ni los padres ni los curadores o tutores pueden remitir los créditos de los cuales su representado sea titular, cuando estos recaigan sobre bienes inmuebles; de igual manera, existe una prohibición relativa respecto a los bienes muebles o al dinero, pues para que la condonación de estos últimos sea válida, es necesario que los representantes legales estén judicialmente autorizados. Si el acreedor dispone realizar la remisión a través de un mandatario, es necesario e indispensable que dicha manifestación se realice por medio de un poder especial, ya que se trata de un acto dispositivo a diferencia del mandato general, que sólo recae sobre actos administrativos.

Como ya se mencionó, cuando el acreedor renuncia a su crédito en virtud de la facultad que le confiere el artículo 15 del Código Civil, se hace necesario que la renuncia no esté proscrita y que tal acto sólo tenga como finalidad satisfacer el interés del acreedor.

El artículo 1712 del Código Civil, como ya se dijo atrás, estipula que la condonación se registrará por las reglas que son propias de la donación entre vivos, por lo cual si el acreedor pretende realizar la remisión o la condonación de una deuda que supere los 50 salarios mínimos legales vigentes, tendrá que utilizar la figura de la insinuación.

En materia de solemnidades, cuando la condonación se efectúa sobre bienes inmuebles, es indispensable para su perfeccionamiento que tal caso conste en

•Extinción de las obligaciones•

escritura pública y posteriormente esta sea registrada; excluyéndose la condonación de inmuebles de la remisión tácita, pues no puede presumirse cuando es obligatoria la forma solemne para que surta efectos. En palabras de la Corte Suprema de Justicia. *Tratándose de remisión tácita no es posible aplicar el art. 1712 del C.C. en cuanto sólo se refiera a 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 condonación externa esencial*²³¹.

Efectos

La remisión, en primer lugar, extingue el vínculo obligatorio que ata al acreedor y deudor por medio de la renuncia que hace el acreedor del derecho crediticio que le corresponde. Extinción que puede ser total si el acreedor renuncia a todo su crédito junto con sus accesorios, o parcial, si sólo renuncia o disminuye los privilegios, accesorios y garantías reales o se reduce en cierta parte la deuda.

Compensación

La compensación se constituye como modo de extinguir las obligaciones, y se efectúa cuando dos sujetos son deudores y acreedores recíprocamente, por ejemplo, si A debe a B 1000 pesos y por alguna circunstancia B termina debiendo a A la misma cantidad, entonces con miras a evitar un doble pago que posiblemente implicaría gastos inútiles para ambas partes, la deuda se compensa extinguiéndose de esta manera la obligación.

A diferencia de la novación, institución caída en desuso debido a la existencia de otras figuras mucho más pragmáticas, como la subrogación o la cesión de créditos; la compensación obedece a las necesidades del tránsito jurídico y comercial, facilitando las gestiones mercantiles y la circulación de la riqueza. Es por ello, que las entidades bancarias registran día a día créditos y deudas que entran en compensación, facilitando a sus clientes el manejo de las cuentas de ahorro y corrientes, la adquisición de créditos y una mayor inversión en general. El Código Civil faculta a que la figura de la compensación se ejerza hasta por la concurrencia de los valores que se deban las dos partes, pero en la práctica las entidades financieras

.....
 231 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de noviembre de 1940, L, P. 448.

no sólo realizan este procedimiento, sino que después de compensados los créditos, custodian el monto restante que la otra contraparte posea para compensarlos en una próxima concurrencia de deudas.

El avance de la actividad mercantil, ha permitido que esta figura haya obtenido un cierto grado de evolución jurídica, lo que le ha permitido obtener un mayor campo de acción con resultados bastante satisfactorios, en contraste con la compensación del Derecho Romano, puesto que esta se restringía a cierto número de casos, ya que en principio, sólo era admitida por la vía procesal.

Compensación legal

Nuestro Código Civil, al igual que el Chileno y Francés sólo regula la compensación legal, empero, la inveterada doctrina ha considerado que son tres los tipos de compensación, *legal*, como ya lo mencionamos, *jurídica* y *convencional*. La primera opera por el ministerio de la ley y aun sin conocimiento de las partes, extinguiéndose ambas deudas. Sin embargo, para que pueda efectuarse, las obligaciones deben reunir tres requisitos, estipulados en el artículo 1715 del Código Civil:

En primer lugar las obligaciones deben ser fungibles o de género, es decir, que el objeto de la prestación debe ser reemplazado por otro, o cuando el objeto es indeterminado de una clase o género determinado respectivamente (art. 1565 C.C.). Se excluye de la compensación legal las obligaciones de cuerpo cierto, ya que uno de sus efectos, es que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun sea de mayor valor que la pactada. Así mismo, ha dicho la inveterada doctrina, que sólo pueden ser compensadas las obligaciones de dar o entregar, ya que de la exigencia hecha por el primer numeral del artículo se deduce que la compensación legal no es coherente con el régimen de las obligaciones de hacer o no hacer. También cabe advertir que en procesos de insolvencia tampoco opera de compensación.

Las obligaciones deben ser líquidas, es decir, deben ser susceptibles de ser evaluadas en dinero. Ya sea porque están representadas en una cifra específica o porque están contenidas en una ecuación que permite calcular el monto al que ascienden. Por lo tanto, no será compensable la deuda que no pueda establecerse en una cantidad numérica precisa en un tiempo determinado.

•Extinción de las obligaciones•

También, las obligaciones deben ser actualmente exigibles, según el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, y 422 del Código General del Proceso. Es exigible una obligación cuando a la vez es cierta, es decir, que respecto a ella no cabe duda alguna o no existe ambigüedad, además de esto, la obligación debe ser pura y simple, puesto que si está sometida a condición suspensiva, aun no ha nacido a la vida jurídica y por lo tanto, mucho menos es exigible. Tampoco valdrá a la obligación sometida a plazo, puesto que aunque no hay incertidumbre respecto al nacimiento de la obligación, por ser esté un hecho futuro y cierto, la obligación es sólo exigible cuando el plazo se ha cumplido. Si se trata de condición resolutoria o plazo extintivo, sí puede efectuarse la compensación, pues estos no afectan la exigibilidad o nacimiento de la obligación, sólo su extinción, si acaece la condición resolutoria, la cual opera retroactivamente, dejando a las partes como si nunca hubiesen contratado, por ende, la compensación quedará extinguida y se entenderá que nunca fue realizada. En cuanto al plazo extintivo, que sólo produce efectos futuros (*ex nunc*), a pesar del acaecimiento de la fecha pactada, la compensación permanecerá intacta.

Restricciones a la compensación legal

No obstante, existen ciertas restricciones en materia de compensación legal. En primer lugar, es necesario que por medio de este tipo de compensación no se vean perjudicados derechos de terceros, el artículo 1720 del Código Civil, cita como ejemplo que después de efectuado el embargo de un crédito, el deudor podrá compensarlo al adquirir un crédito posterior al embargo en contra del acreedor. Pero si los créditos son anteriores al embargo sí podrá efectuarse la compensación, la razón de esta medida se encuentra justificada en el artículo 1521 del Código Civil, el cual establece como objeto ilícito los bienes embargados, debido a que estos se encuentran fuera del comercio.

El artículo 1721, estipula que no podrá oponerse la compensación a la demanda de restitución de una cosa, de la cual ha sido injustamente despojado su dueño, pues es contrario a derecho favorecer a quien ha realizado una conducta considerada por este mismo como reprochable. De igual manera, se entenderá si la restitución obedece a un depósito o comodato, sin embargo, ha considerado la doctrina que sí podrá operar la compensación si la cosa objeto del depósito es de género. Con relación al comodato, considera la doctrina inútil la prohibición puesto que si la cosa objeto de este contrato gratuito es de género, se estaría en presencia de

otro tipo de contrato, el mutuo o préstamo de uso, en conclusión, puede decirse que la restricción del artículo mencionado sólo opera para los cuerpos ciertos.

Tampoco será viable la compensación cuando aun perdida la cosa deba pagarse esta en dinero, puesto que de la restitución de la cosa en dinero hace parte la indemnización que el deudor debe pagar al acreedor de la cosa, pues se presume que la pérdida o deterioro de la misma han ocurrido por culpa suya (art. 1730 C.C.), haciéndose injusto que aun después de haber tenido la culpa, tenga derecho a compensar la indemnización.

El inciso fina, del artículo 1721, proscribe oponer la compensación a la demanda de indemnización, cuando media un acto de violencia o fraude; de igual manera, queda prohibido argüir la compensación frente a una demanda de alimentos no embargables.

En materia de cesión de crédito, el artículo 1718 del Código Civil dispone que no podrá oponer el cesionario la compensación del crédito cuando haya aceptado sin reservas la cesión; pues admitida de esta manera, el cedente se libera del contrato, siendo imposible oponer los créditos que antes de que la cesión hubiese podido compensar el cesionario a su cedente. Si por el contrario, la cesión no ha sido aceptada dispone el cesionario de la facultad de oponer la compensación a su cedente.

El artículo 1723 de nuestro código estipula que no podrá compensarse las deudas que deban ser canceladas en distintos lugares, a menos que las deudas sean de dinero.

Efectos

En primer lugar, la compensación efectúa la extinción de la obligación total o parcialmente; si las deudas compensadas son del mismo valor, su extinción será total; si por el contrario difieren sus cantidades, la compensación opera hasta la concurrencia de la deuda de menor valor. Así mismo, si los créditos contienen privilegios, accesorios o garantías reales, estos se extinguirán totalmente si las deudas compensadas son de igual valor, pero si estas son distintas, sólo se extinguirá lo de menor valor, quedando vigente junto con los intereses que devenguen aquellos que posean una cuantía superior.

El artículo 1722 del Código Civil, establece que si existen varias deudas las cuales sean susceptibles de ser compensadas, la prelación de las mismas se hará con base en las normas que regulan la imputación del pago. En consecuencia, la elección de la deuda que va a ser compensada corresponderá al deudor, pero sólo quedara efectuada la compensación por medio del ministerio de la ley, es decir, que la elección que hace el deudor puede considerarse paso previo, puesto que para que se perfeccione la compensación es necesario que opere por el ministerio de la ley. Así mismo, con base en el artículo 1653 *ibídem*, la compensación operará en primer lugar sobre los intereses y después sobre el capital.

Si la compensación opera sobre cantidades distintas, esta interrumpirá civilmente la prescripción del crédito de menor valor y de la parte que ha sido compensada del crédito de mayor valor; entonces, sólo prescribirá el excedente de la parte que no alcanzó a cubrir la compensación.

Compensación convencional

La compensación convencional procede cuando faltando uno de los requisitos para que pueda efectuarse la compensación por ministerio de la ley, las partes acuerdan en realizarla. Es posible que con miras a la protección del orden público y las buenas costumbres, se restrinja la compensación, no obstante, las partes pueden realizarla renunciando a su vez, a algunos de los beneficios que la ley le otorga. Por ejemplo, como ya anteriormente se mencionó, no es posible que el deudor principal oponga en compensación las deudas que su acreedor tiene con su fiador, con todo, el acreedor puede renunciar al beneficio que la ley le otorga por medio del requisito de reciprocidad de créditos y de deudas, y por lo tanto acceder a la compensación. Otro casi puede ser, cuando el plazo para el cumplimiento de la obligación, y que en principio se estipula a favor del deudor, es renunciado por este, pudiendo ser su deuda compensada al ser ya exigible.

Así mismo, se debe señalar que las partes por virtud de la autonomía privada que la normatividad les otorga pueden omitir cualquiera de las exigencias que la ley consagra (*flexibles, líquidas y de género*) y proceder a realizar la compensación. De tal modo que si por ejemplo una obligación está sometida a condición suspensiva o no puede actuamente apreciar su monto, las partes perfectamente podrían compensar sus deudas si así lo desean, incluyendo si lo prefieren un bien

de cuerpo cierto. En síntesis, el orden público es el único límite a la autonomía privada de las partes que anhelan compensar sus deudas, que se restringe para el caso de inembargabilidad, o concurso de acreedores²³². Así mismo, la doctrina ha considerado, que el artículo 1717 del Código Civil, aun así, no haya sido expresamente enunciado, es un tipo claro de compensación convencional²³³.

Compensación judicial

La compensación judicial se efectúa cuando quien es titular de un crédito, coacciona el aparato jurisdiccional presentando demanda ejecutiva para que su crédito sea reconocido, y en virtud de ello sea el demandado obligado a pagar. Sin embargo, el demandado es a su vez titular de un crédito cuyo deudor es su demandante, razón por la cual, aquel decide demandar en reconvencción, generándose así la compensación de las respectivas deudas.

Opera también la compensación por vía de excepción, cuando el demandado opone a las pretensiones del demandante la existencia de un crédito cuyo deudor es su mismo demandante; en síntesis, opera la compensación judicial cuando esta es declarada por el juez, a petición de una de las partes y aun así no reúna los requisitos formales de la compensación legal.

Con respecto a que la compensación que es incoada por vía de excepción, la Corte considera:

En el juicio promovido por vendedor contra comprador sobre resolución de la venta por mora en el pago del precio, el comprador puede oponer la excepción de compensación si el vendedor estaba también en mora de pagarle una suma de dinero igual cuando aquel debía cubrir el precio²³⁴.

Confusión

El artículo 1724 del Código Civil, define la confusión como la concurrencia de las calidades de deudor y acreedor en una misma persona, al ser imposible e

.....
232 Pérez Vives, Alvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo III. Universidad Nacional de Colombia. 1957. P. 415.

233 *Ibidem*.

234 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de septiembre de 1909, xxi, P. 195.

ilógico deberse o pagarse a sí mismo, opera a través de la confusión la extinción de la obligación. De igual manera, la jurisprudencia ha establecido:

Para que se efectúe el fenómeno de la confusión es indispensable que en una misma persona concurren a la vez las calidades de acreedor y de deudor con relación a ella misma, no con relación a otra. Cuando intervienen dos personas, el fenómeno es de compensación...²³⁵.

La confusión según el numeral 6° del artículo 1625 del Código Civil, se constituye como un modo de extinción de las obligaciones, empero, eventualmente puede presentarse como modo de extinción de derechos reales; el artículo 822 *ibidem* al establecer las formas de extinción del fideicomiso, estipula como una de ellas, la confusión de la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario; así mismo, el artículo 942 establece como causal de extinción de las servidumbres, la confusión o reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

Pero en materia de obligaciones, la confusión debe versar sobre las calidades de los sujetos que conforman el vínculo obligacional, es decir, acreedor y deudor. Ha considerado la doctrina, que la principal fuente de confusión es la transmisión *mortis causa*²³⁶, ya que se produce cuando el acreedor sucede a título universal al deudor o viceversa, o cuando un tercero sucede a título universal, al acreedor o deudor. Pero para que pueda efectuarse la confusión en este caso, se requiere que la aceptación de la herencia sea pura y simple, puesto que si esta es aceptada con beneficio de inventario, el patrimonio de ausente y el del heredero al no adherirse en uno sólo excluye la unificación de los dos patrimonios para que pueda el causahabiente ser titular de las calidades de su causante.

Pero la confusión también puede originarse con sucesión *inter vivos*, cuando el acreedor a través de la sucesión de créditos cede su derecho, o cuando en virtud de la liquidación de la sociedad, el socio es a la vez acreedor y deudor. (Ej. Constructora y comprador de apartamento).

.....
235 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 1925, xxxii, P. 157.

236 Pérez Vives, Álvaro, *Op., cit.*, P. 417.

Efectos

La confusión extingue la obligación operando total o parcialmente. Se dará el primer caso si una misma persona es tanto el acreedor y deudor por la misma cantidad; o será parcial si sólo en parte concurren las calidades de acreedor y deudor. Así, se trata de una obligación adquirida solidariamente por el aspecto pasivo, la extinción será total, pues siendo el deudor solidario quien debe responder por la obligación entera, al adquirir la calidad de acreedor de la misma el vínculo obligacional desaparece, sin perjuicio de los efectos internos que se producen entre los codeudores, pues cada uno de ellos debe responder por la parte de la deuda que le corresponda en el crédito (art. 1727 C.C.). Y será parcial cuando siendo el deudor el causante llamado a recibir la herencia de este junto con otros herederos, sólo se extinguirá la parte de la obligación que quepa y cobije en el crédito que el causante ha transmitido a su heredero deudor (art. 1726 C.C.).

El artículo 1726 del Código Civil estipula que la confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación, esto dado por el principio, de que lo accesorio sigue a lo principal, y que lo principal puede continuar sin lo accesorio. Aunque la norma sólo se refiera a esta institución, esta debe extenderse a todos los privilegios, garantías y accesorios con los que pueda ser caucionada una obligación.

Cesación de la confusión

La obligación puede renacer si las calidades de acreedor y deudor que habían convergido en una sola persona vuelve a dividirse, lo cual plantea que no siempre que se extinga una obligación por medio de la confusión será de carácter permanente. El anterior hecho se presenta cuando la fuente de la confusión es jurídicamente aniquilada, como por ejemplo en el caso de que el heredero habiendo sido deudor del causante, y habiendo extinguido su obligación por medio de la confusión, con posterioridad obtiene la rescisión de la aceptación de la herencia, lo que provocaría que a fortiori, tanto el crédito como la deuda renacieran²³⁷.

237 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 701.

La pérdida de la cosa que se debe

Se entiende por pérdida de la cosa, al tenor del artículo 1729 del Código Civil, cuando aquella perece, se destruye, deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe. La norma comentada elabora una acepción mucho más amplia de lo que en términos comunes se refiere a pérdida, pues aparte del desaparecimiento; en un sentido jurídico la pérdida de la cosa también comprende la in comerciabilidad y la destrucción de la misma.

Las normas que regulan la pérdida de la cosa en nuestro Código Civil, al igual que las del Código Chileno y el Código Francés; sólo hacen referencia a los cuerpos ciertos, puesto que si el objeto de la obligación es de género, con base en el principio romano *genera non pereunt*, es posible reemplazar el objeto de la prestación y por tal razón no puede ser considerada la pérdida de la cosa de género, ya que se entiende que el género no perece como un modo de extinción de la obligación. No obstante, si se trata de un género limitado, como los cien kilos de la producción x, al perecer totalmente la producción mencionada se hace imposible el cumplimiento de la obligación, dándose así, la extinción de la misma.

Efectos de la pérdida de la cosa

La pérdida de la cosa debida como modo de extinción de la obligación, hace relación exclusivamente a la teoría de la causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero y culpa exclusiva de la víctima), de tal manera que si la pérdida de la cosa proviene de una causa imprevista e irresistible, es decir, por fuerza mayor o caso fortuito la obligación se extingue. Pero si por el contrario, la cosa perece por culpa del deudor o durante la mora de este, la obligación sí subsiste pero varía el objeto, pues al deudor le compete indemnizar y pagar al acreedor el precio de la cosa. Tampoco se extinguirá la obligación cuando el deudor estando en mora, la cosa perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente en manos del acreedor, en este caso contrario, es decir, que el caso fortuito no hubiera sobrevenido en manos del acreedor, el deudor entonces, estará obligado al precio de la cosa y a los perjuicios moratorios (art. 1731 C.C.).

Así mismo, se extinguirá la aprobación y por tal razón el deudor se liberará de esta cuando medie el hecho exclusivo de un tercero, entendiéndose por tercero a aquella persona que no posee ningún interés en el vínculo contractual en que se

encuentran obligados el acreedor y el deudor y por cuya intervención perece o se destruye la cosa. En este caso, según el artículo 1736 del código Civil, el acreedor podrá interpelar que se le cedan los derechos y acciones que tenga el deudor contra los terceros por cuya culpa ha perecido la cosa. No obstante, el deudor si se hace responsable de los hechos que realicen las personas que estén bajo su responsabilidad, como sus hijos, pupilos, aprendices, empleados, dependientes o discípulos (art. 1738).

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, dentro de esta casual de exoneración de responsabilidad, se encuentra la figura de la *mora creditoris* es decir, cuando la cosa es ofrecida al acreedor, pero ante la renuencia y retardo de este en recibirla, la cosa perece en manos del deudor, haciéndose sólo responsable este último por culpa grave o dolo.

Si dado el caso, la cosa perdida reaparece, el acreedor podrá reclamarla, restituyendo el precio que hubiere recibido por ella. Según el artículo 1730 del Código Civil, *siempre que la cosa perece, en el poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o culpa suya*, es decir, en términos de los hermanos Mazeaud, cuando se incurre en un error de conducta que no habría cometido persona prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas en que se hallaba el autor del daño. El artículo mencionado establece una presunción legal, por tal razón, esta puede ser desvirtuada, siempre y cuando el deudor acreedor logre demostrar alguno de los elementos de la causa extraña, bien sea la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. En síntesis, es el deudor sobre quien recae la carga de la prueba (art. 1733).

El deudor por mandato del artículo 1732 del Código Civil, posee la capacidad de comprometer su responsabilidad ante el acaecimiento de alguno, algunos o todos los casos fortuitos que sobrevengan y hayan hecho perecer la cosa, siempre y cuando así lo haya pactado expresamente el deudor; siéndole imposible invocarlos como causales de exoneración. Tampoco será válida la impetración que haga el deudor de alguno de los elementos de la causa extraña cuando haya hurtado o robado la cosa, y aunque alguno de ellos hubiera igualmente sucedido en manos del acreedor.

Por último, si el deudor destruye voluntariamente la cosa puesto que ignoraba o desconocía la obligación con una persona, sólo será responsable de la indemnización

de perjuicios, ya que no fue su intención lesionar a su acreedor, sino que simplemente obró sin conocimiento del vínculo que lo ataba a la obligación.

Nulidad y rescisión

Por medio de la autonomía de la voluntad privada que faculta a los sujetos de derechos, para que puedan obligarse y adquirir derechos por medio del negocio jurídico, estos pueden moldear sus intereses a través del acto que los obligaba y que puede crearse de acuerdo a sus pretensiones; no obstante, tal acto debe reunir ciertos requisitos indispensables para que pueda ser amparado por el derecho y para que en caso de incumplimiento pueda ser judicialmente exigido. En principio, el artículo 1502 del Código Civil enuncia los requisitos que debe cumplir todo negocio jurídico, empero, esta norma no es única, puesto que se complementa con otras del código mencionado. Tales requisitos son: en primer lugar las partes o parte (si se trata de un negocio jurídico unilateral como la oferta o el testamento) deben ser legalmente capaces; en segundo lugar, se requiere que las partes o la parte consientan o expresen su voluntad sobre dicho acto, que debe encontrarse libre de todo vicio; como tercer y cuarto lugar, se requiere de objeto y causa lícitos.

Además de esto, es necesario que la prestación a la cual se obligan las partes, sea posible tanto jurídica como físicamente, sea lícita, determinada y que pueda ser expresada en términos de patrimonialidad. También en algunos actos es imprescindible la forma solemne, por ejemplo, en el caso de la tradición de un inmueble se requiere obligatoriamente de la escritura pública y de la inscripción de tal acto en la oficina de instrumentos públicos. Con la reunión de todos los requisitos, el acto jurídico que pretende satisfacer los intereses de los sujetos, nace a la vida jurídica y produce eficazmente sus efectos.

Si por el contrario, el acto carece de algunos requisitos exigidos por la ley, tal acto será nulo según lo prescribe el artículo 1740 del Código Civil. La nulidad, se constituye como modo de extinción de las obligaciones, con relación a esto, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

La declaración de nulidad de un acto o contrato tienen por objeto exonerar a las partes del cumplimiento de las obligaciones que no han contraído válidamente y recuperar las cosas que en virtud de ese contrato han salido de su patrimonio. Indudablemente

no puede pretenderse la restitución sin que se haya pedido expresamente la declaratoria judicial de nulidad; pero ello no implica la necesidad de un juicio previo encaminado sólo a obtener tal declaratoria de nulidad²³⁸.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. Son causales de nulidad absoluta; la incapacidad absoluta de alguna de las partes; se constituyen como incapaces absolutos según el artículo 1504 *ibidem*, los dementes, los impúberes y los sordo mudos que no se pueden dar a entender por escrito u otro medio idóneo. Son también causales de nulidad absoluta la ilicitud del objeto o la causa y la falta de alguna de las formalidades (art. 1741 C.C.). La Corte Suprema ha considerado: *Están atacados de nulidad absoluta aquellos negocios que lesionan los intereses del orden público; la nulidad relativa, los actos jurídicos que atentan contra los intereses individuales de las partes*²³⁹.

Cuando se trata de nulidad absoluta, la legitimación por activa es amplia, esta puede ser alegada por ambas partes, incluyendo la parte que originó la nulidad y a pesar de que alegue su imprudencia; de igual manera los causahabientes pueden incoarla por dos vías: A título singular, como quienes en razón a un negocio jurídico derivan su posición jurídica a quien celebró el negocio nulo, o a título universal, quienes se constituyen como herederos. El juez está obligado a declarar de oficio la nulidad absoluta, siempre y cuando esta se manifieste, entendido esto, como en cualquier momento que el juez percate o perciba que un determinado acto esta en contravía del ordenamiento jurídico, y por ende del interés general. Así mismo, el Ministerio Público en aras al interés público y la ley, puede acudir al juez para que este declare la nulidad absoluta, de ninguna manera puede declararla por sí solo. También es posible que terceros con algún tipo de interés patrimonial actual acudan al juez para que este declare la nulidad. Este tipo de nulidad puede ser saneada siempre y cuando no recaiga sobre objeto o causa ilícita, y su prescripción es de ciento veinte años.

En cuanto a la nulidad relativa son causales de esta: La incapacidad relativa siendo incapaces de este tipo, los menores púberes y los disipadores interdictos; de igual manera, los vicios del consentimiento, *error, fuerza y dolo*. No obstante,

238 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 19 de julio de 1914, xxiv, P. 184.

239 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de mayo 1893, reiterada por la sentencia del 8 de octubre de 1913, por la del 19 de agosto 1935, por la del 15 febrero 1940, y por la del 28 de agosto de 1945.

•Extinción de las obligaciones•

ha considerado la Corte “*de conformidad con los Arts. 1740 y 1741 del C.C. la ausencia de solemnidades constituye nulidad absoluta cuando las solemnidades o los requisitos se establecen por el legislador en consideración al acto en sí mismo considerado, independientemente del estado o calidad de los contratantes, como falta de objeto, el objeto ilícito, la falta de causa, la omisión de escritura pública, los actos que la requieren, la falta de consentimiento, etc. Pero cuando las solemnidades se han establecido con miras de protección a los incapaces, entonces su omisión en el respectivo acto genera solamente nulidad relativa, salvo que se trate de personas absolutamente incapaces*²⁴⁰.”

La nulidad relativa a diferencia de la absoluta, posee una legitimación por activa mucho más restringida, pues sólo es posible que aquella sea alegada por la parte en cuyo favor se ha establecido; así mismo, el juez no puede declararla de oficio, esta debe ser alegada en las excepciones, es decir, si no se adujo como excepción se pierde la oportunidad. La nulidad relativa puede ser siempre saneada por las partes y su prescripción es de cuatro años, según lo establecido en el artículo 1750 del Código Civil. La nulidad cuando ha sido ya judicialmente declarada y produce el efecto de cosa juzgada, *opera ex tunc*, es decir, sitúa a las partes en el estado en que se hallarían si jamás hubiesen contratado.

Aunque parte de la doctrina²⁴¹, y aun el mismo código equipara la nulidad relativa a la rescisión, realmente esta última opera cuando hay una desproporción cuantitativamente enorme en las prestaciones, es decir, cuando se origina la lesión enorme. La jurisprudencia ha expresado lo siguiente:

Se advierte además que la circunstancia de que en el código se use el vocablo rescisión para indicar el efecto de la lesión enorme, no es argumento en apoyo de que esta genera nulidad relativa... a lo cual cabe agregar que en el Código se usa la palabra rescisión en otros casos en que tampoco hay nulidad relativa, v.gr; en los previstos por los arts. 1483,1484 y 2294²⁴².

.....
 240 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 de mayo de 1844, LVIII, P. 450.

241 Pérez Vives, Álvaro. *Op., cit.*, P. 108.

242 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1976, CLLII, P. 463.

La lesión enorme es una figura autónoma en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros que la incluyen dentro de los vicios del consentimiento. El art. 1947 del Código Civil establece lo siguiente:

El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

No obstante, para que opere la rescisión por lesión enorme es necesario que se cumplan los siguientes requisitos; en primer lugar es indispensable que se trate de bienes inmuebles, ya que en bienes distintos a estos, como por ejemplo un barco, o un vehículo muy costoso la lesión enorme también opera, pero no está facultada con la acción de rescisión, ya que la ley contundentemente los excluye, lo que los convierte en los que no puede recaer los efectos de esta acción. Como segundo requisito debe existir una desproporción objetivamente enorme, teniendo como base el justo precio, que en nuestra legislación corresponde al valor comercial de un bien en la época determinada del negocio, siendo el caso por ejemplo, cuando una persona paga 250 millones de pesos por una casa cuyo precio real es de 100 millones, así mismo, soporta la lesión enorme el vendedor cuando vende por menos de la mitad, por ejemplo, si vende por 45 millones de pesos una casa cuyo valor real es de 100 millones de pesos.

El tercer requisito es cuando se trata de una compra venta que esta sea un negocio jurídico conmutativo, es decir, que hay certeza sobre la equivalencia de las prestaciones, sin embargo, según el art. 1958 prescribe que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicaran a la permuta; siempre y cuando aquellas no se opongan a la naturaleza del contrato, siendo por tal razón aplicable la lesión enorme a la permuta.

Como cuarto requisito esta que la lesión enorme no cabe en las compraventas que se realizan, por ministerio de la justicia, en estas, iniciar la lesión enorme no prospera, pues se presume que el avalúo es realizado por un experto y por tal razón el precio no puede ser errado, el Ministerio de Justicia ejecuta este tipo de actos a través de la expropiación, los remates de los procesos ejecutivos o de

•Extinción de las obligaciones•

oficio cuando los comuneros no acuerdan para vender. Igualmente, la lesión enorme puede ser entablada en materia de sucesiones, bien sea cuando se habla de la partición de la herencia o cuando se liquida una sociedad conyugal o una sociedad civil o comercial, pues es posible que esa partición sea inferior al cincuenta por ciento. La acción rescisoria, entonces síntesis, sólo cabe en aquellos negocios de jurídicos de aceptación expresa.

Es también indispensable que la lesión enorme no haya sido renunciada, el art. 1950 estipula que no será válida la cláusula por medio de la cual se renuncia a la acción rescisoria; no obstante, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

...El hecho de no estar permitida la renuncia no significa que no pueda ratificarse la venta, porque la renuncia que se prohíbe es la que se hace al celebrarse el contrato, no la que se hace, después, porque por una parte, si se permitiera aquella habría desaparecido prácticamente la nulidad por lesión enorme y su acción... la renuncia posterior no es otra cosa que una ratificación del contrato que está admitida²⁴³.

Otro requisito es que la acción no haya prescrito, el art. 1954 del Código Civil establece que la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Por último, el requisito más importante, al carecer la acción rescisoria de efectos retroactivos, es necesario que el bien no se haya enajenado o destruido, pues de lo contrario, entablar la acción rescisoria por lesión enorme carece de sentido (art. 1951 C.C.). Al ser los efectos de la acción rescisoria *ex nunc*, los cuales se producen desde el día en que fue celebrado el contrato; esta no afecta a los acreedores hipotecarios.

Quien invoca la acción rescisoria, tiene como pretensión que se deshaga el negocio; el demandado por su parte puede optar por equilibrar el negocio o consentir la lesión enorme. Por mandato del art. 1948 del Código Civil, si la acción rescisoria se pronuncia contra el comprador, este podrá consentirla o contemplar el justo precio con deducción de una décima parte; si se entabla en contra del vendedor este podrá igualmente admitirla o restituir el exceso del precio aumentado en una décima parte.

.....
243 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1954, LXXIX, P. 177.

Condición resolutoria

La condición resolutoria conlleva a la extinción de la obligación; el artículo 1546 prescribe lo siguiente:

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

De lo anterior se tiene que tanto cuando se solicita la resolución o el cumplimiento se extinguen las obligaciones, en la primera porque todo vuelve al estado inicial, y en la segunda porque el cumplimiento como ya se mencionó es el pago efectivo de la prestación debida. Cabe anotar que las dos posibilidades es posible solicitar indemnización de perjuicios. La condición resolutoria puede ser tanto expresa como tácita, la primera es aquella que expresamente estipulan las partes, la segunda es aquella que va implícita en todo contrato bilateral.

Como lo preceptúa el artículo mencionado, el contratante cumplido puede exigir tanto el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios, con relación a esto la jurisprudencia ha pronunciado lo siguiente:

La acción de cumplimiento de un contrato (C.C. art. 1546, inc. 2º) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que esta pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de la otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el art. 1609 del C.C.; que traduce en fórmula positiva el aforismo de que “la mora pugna la mora”²⁴⁴.

244 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 13 junio de 1946, LX, P. 686. Reiterada por la sentencia del 28 de febrero 1959, xc, P. 79.

•Extinción de las obligaciones•

Como ya se expuso, se plantea que la acción indemnizatoria puede ser demandada separadamente de la acción resolutoria o de la acción de cumplimiento, con base en el principio de que quien puede lo más puede lo menos; en contraposición de quienes consideran que es necesario que para que prospere la indemnizatoria se hace necesario demandar como accesoria la resolutoria o de cumplimiento²⁴⁵. A lo anterior hay que sumarle lo siguiente, si las partes han estipulado cláusula penal para asegurar el cumplimiento de la obligación, y una de ellas incumple, por regla general la parte que pretende la ejecución de la cláusula penal no podría pedir conjuntamente la cláusula penal e indemnización por perjuicios, según lo establecido en el artículo 1600 del Código Civil, pero este artículo también permite que se pretendan las dos, sólo si previamente así lo habían estipulado las partes.

Si bien se ha dicho, la condición puede definirse como un hecho futuro e incierto; no obstante, la inveterada doctrina ha hecho una precisión importante, puesto que sería errado considerar como condición el hecho de que las partes cumplan con las obligaciones, no puede decirse que el cumplimiento de la obligación que debe realizar una de las partes está sometido a condición de que la otra lo ejecute: *convertir el cumplimiento de cada contratante en un evento futuro e incierto, es deformar hasta el extremo el contenido de la obligación*²⁴⁶.

En conclusión, cuando una de las partes ha incumplido con la obligación inicialmente pactada en el contrato, por efectos de la condición resolutoria, las obligaciones se extinguirán, tanto porque la parte cumplida exija el cumplimiento de la prestación, que la extinguirá con el pago (realización efectiva de la prestación), o cuando exija la resolución, ya que todo volverá al estado inicial desvaneciendo el nacimiento de la obligación. Cabe recordar de nuevo que cualquiera de las dos figuras permite el cobro de indemnización por perjuicios.

La prescripción

El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de prescripciones, la adquisitiva o usucapión y la extintiva o liberatoria.

245 Esto está de mejor manera planteado en la obra "Responsabilidad Civil General y del Notario", P. 71.

246 Pérez Vives, Álvaro. *Op., cit.*, P. 62.

La primera es un modo de adquirir las cosas ajenas y la segunda un modo de extinguir las acciones o derechos, por haberse poseído las cosas, en el primer caso, y por no haberse ejercido los derechos, en el segundo caso²⁴⁷.

La prescripción adquisitiva no es materia de este estudio, ya que se entiende que ese es tema propio del Derecho de bienes, por lo cual su análisis no es pertinente. Al respecto de la prescripción extintiva debe entenderse como el transcurso del tiempo durante el cual, expiran o desaparecen las acciones que posee el acreedor para exigir de su deudor, bien sea el cumplimiento de la obligación, la restitución de la cosa o la indemnización de perjuicios; por medio de esta la obligación se extingue, razón por la cual se llama prescripción extintiva o liberatoria (art. 2535 C.C.). Esta puede ser vista como una sanción con la cual el ordenamiento jurídico reprende la inacción del acreedor, no obstante, cuando el acreedor por causas externas no ejecuta la acción en el tiempo establecido, es necesario que previo a una declaración de la prescripción, se realice una valoración que permita determinar si tal inacción tiene como base la culpa o negligencia del acreedor²⁴⁸. Cabe advertir que si la inejecución por parte del acreedor tuvo orígenes en acontecimientos que lo imposibilitan a ejercer sus acciones como lo establece el artículo 2350 del Código Civil la prescripción no contara, la prescripción entonces sólo opera cuando el acreedor sabiendo de la existencia de la obligación adopta una actitud pasiva frente a la misma.

Plazos de la prescripción

La prescripción tiene dos tiempos distintos por los cuáles se rige. A estos tiempos se les conoce como tiempo largo y tiempo corto. El tiempo largo es también conocido como prescripción ordinaria o prescripción de derecho común, y está establecido en el artículo 2336 del Código Civil, modificado por la ley 791 de 2002. Este tipo específico de tiempo regula a la acción ejecutiva y a la acción ordinaria, para lo cual establece que la primera prescribe en cinco años y la segunda en diez. El artículo también señala que la acción ejecutiva, cuando pasan cinco años, se convierte en ordinaria, y convertida en esta, su prescripción es de otros cinco²⁴⁹.

.....
247 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 209.

248 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1987, xxxv, P. 57.

249 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 211.

•Extinción de las obligaciones•

En síntesis, se entiende que cuando el crédito es susceptible de extinguirse ejecutivamente y el acreedor ha dejado transcurrir cinco años ya no puede acudir a la vía judicial para cobrarlo, porque este ya se habrá extinguido por prescripción; necesita entonces de un juicio ordinario para hacerlo, en donde la nueva acción ordinaria sólo tendrá a durar cinco años²⁵⁰. Cuando la acción nace desde su inicio como ordinaria tendrá sólo diez años, sin la posibilidad de ninguna modificación, al menos que se presente la interrupción o la suspensión.

La acción ejecutiva y la acción ordinaria tienen fundamentos distintos, la primera es aplicable a los casos en los cuales existe de una obligación absolutamente clara, expresa, y exigible que reposan en un título ejecutivo, como expresamente lo señala el artículo 422 del Código General del Proceso o el artículo 488 del Código de procedimiento Civil. La acción ordinaria procede cuando la obligación es discutida, por lo cual se debe acudir a un proceso declarativo para que el juez determine si la obligación existe o no.

La prescripción extintiva de corto tiempo hace referencia, a plazos especiales que el legislador le otorgó a otras figuras, las cuales no se rigen por el artículo 2536, por el lapso de cinco o diez años. Dentro de las acciones que prescriben en corto tiempo están principalmente las que se consagran en los artículos 2542 y 2543 del Código Civil, las cuales prescriben en tres y dos años. Dentro de ellas están por ejemplo los honorarios de los defensores, médicos y cirujanos, entre muchos otros.

Muchas otras normas legales prevén prescripciones de términos cortos, es el ejemplo del plazo para pedir la rescisión o nulidad relativa de un acto jurídico (art 1750 C.C), o la rescisión por lesión enorme (art 1954 C.C.), o el pacto comisorio cuando las partes no han reglado otro tiempo (art 1938 C.C.), en la cual su tiempo para poderlas hacer exigibles antes de su prescripción es de cuatro años²⁵¹.

Interrupción y suspensión

La prescripción extintiva o liberatoria no extingue *ipso facto* la obligación, puesto que quien quiere obtener algún provecho de esta debe alegarla, estando totalmente prohibido que el juez la declare de oficio. El tiempo para que se produzca

.....
250 León Moncaleano, William. *Derecho Obligacional*. Editorial: librería Ediciones del Profesional. primera edición. 2010. Bogotá, Colombia. P. 340.

251 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 212.

la prescripción corre desde el momento en que la obligación se ha hecho exigible, por lo tanto, si la obligación se encuentra sometida a plazo o condición, sólo hasta el vencimiento de aquel y hasta el acaecimiento de esta obligación se hará exigible, empero, hay que tener en cuenta que no se haya efectuado la suspensión, o interrupción del fenómeno prescriptivo.

Ocurre la suspensión, cuando durante el tiempo de lapso necesario para que opere el término extintivo, alguno de los extremos del vínculo obligacional, bien sea el acreedor o deudor, sea incapaz, de tal modo que sólo volverá a correr el término prescriptivo desde el momento en que adquiera su capacidad. La suspensión de la prescripción tiene como objetivo detener el tiempo de la posesión, mientras dure la causal suspensiva que se ejerce en favor de las personas que se consagran en el artículo 2530 del Código Civil²⁵².

En cuanto a la interrupción, la cual sede a favor del acreedor y en contra del deudor, ocurrirá esta cuando el deudor ha reconocido expresa o tácitamente la deuda, o cuando el acreedor desiste del abandono de los derechos que le corresponde. La interrupción tiene como finalidad borrar todo el tiempo de posesión que lleva el prescrito, y se clasifica en natural o civil. La primera cuando el deudor reconoce voluntariamente su deuda de forma tácita o expresa, y la segunda cuando el acreedor le exige judicialmente a su deudor la realización de la prestación debida²⁵³.

A través de la prescripción el acreedor pierde todas las acciones para dirigirse contra el deudor que ha incumplido con su obligación, por ejemplo, si desde que la obligación se ha hecho exigible han transcurrido cuatro años, se pierde todo derecho para ejecutar la acción de nulidad relativa. Al ser evidente que lo que extingue es la acción y no la obligación, se considera que incluir a la prescripción como modo de extinción de las obligaciones es una imprecisión, puesto que según el artículo 1527 inc. 2° del Código Civil, es obligación natural aquella que se ha extinguido por la prescripción, en tanto que si el deudor cumple con este tipo de obligación, no podrá repetir lo pagado, argumentando que tal pago carece de causa.

Dado lo que se ha dicho anteriormente, se entiende que la prescripción es una institución cuya importancia no es discutida en ningún sistema jurídico. Sin ella

252 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 734.

253 Ledesma, Jorge. *Op., cit.*, P. 735.

•Extinción de las obligaciones•

existiría incertidumbre e inseguridad en las situaciones jurídicas²⁵⁴. Se puede decir en consecuencia, que la prescripción es una institución de utilidad social que a consolidar los derechos adquiridos. Todo lo anterior, sin olvidar que es también una sanción para el titular de un derecho que es negligente y deja transcurrir el tiempo sin ejercerlo²⁵⁵.

Como ya se ha considerado²⁵⁶ para que opere la prescripción es necesario que ocurran cuatro requisitos, en primer lugar, se necesita del transcurso de un lapso de tiempo, en segundo lugar, de la inacción durante dicho tiempo por parte del acreedor, por tercera, la prescriptibilidad de la acción, y por último, la solicitud que se le debe realizar al juez por parte de la persona interesada en alcanzar su declaración.

.....
254 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 210.

255 G. Baudry, Lacantinerie. *Précis de droit civil*, Tomo II. 1921. P. 529 a 530.

256 "Responsabilidad Civil General y del Notario". P. 75.