

≠ 38

LAS OBLIGACIONES

EN EL DERECHO CIVIL

COLOMBIANO

Por el doctor

EUDORO GONZALEZ G.

Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano

CAPITULO XXXI

LA NOVACION Y LA DELEGACION

NOCION

El concepto estrictamente subjetivo que de la obligación tenía el derecho romano no autorizaba el cambio de ninguno de los sujetos de la relación jurídica; El cambio o sustitución del acreedor o del deudor implicaba necesariamente la extinción de la primitiva deuda y el nacimiento de otra a favor del nuevo acreedor o en contra del deudor sustituto. En ese derecho no existía ni la cesión de créditos ni la traslación de deudas, instituciones éstas que suplen con ventaja la novación subjetiva. La dación en pago puede también, en muchos casos, reemplazar a la novación objetiva.

El carácter objetivo, de contenido patrimonial, que hoy se le atribuye a la obligación permite el cambio de uno cualquiera de los sujetos de la relación sin que la deuda se extinga; mediante la cesión de crédito y el pago con subrogación, se sustituye un acreedor a otro, sin que por lo demás la deuda experimente modificación alguna; por la traslación de obligaciones se cambia de deudor sin que la obligación deje de ser la misma. Por ésto, la novación, al menos la subjetiva, ha perdido mucho de su importancia en el derecho moderno. Por lo que respecta a la objetiva ella si conserva su utilidad.

El art. 1688 define la novación como "la sustitución de una

nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida".

De manera que son presupuestos de éste modo de extinguir obligaciones: una obligación preexistente y una nueva obligación que surge como consecuencia de la extinción de aquélla. La extinción de la primitiva es la causa del nacimiento de la otra; la nueva obligación es diversa de la anterior.

Es un modo de extinguir equivalente al pago porque el acreedor recibe otra deuda en satisfacción de la primitiva; la novación es obligación por obligación.

Por todo ésto, para que la novación sea válida, lo preceptúa el art. 1789, "es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos a lo menos naturalmente". Es que si la primitiva obligación es nula de nulidad absoluta, se reputa no haber existido nunca ni haber producido efecto alguno y entonces, faltaría a la novación el presupuesto de la obligación anterior; y si el contrato por el cual se nova adolece de la misma nulidad también se considera que ni existió ni tuvo efectos y por ende, no haber dado nacimiento a la nueva obligación, faltando así el otro requisito de rigor para que haya novación ya, que como se vió, son factores de ésta la preexistencia de una obligación y el nacimiento de una nueva.

Es mutatis mutandis lo mismo que ocurre en las hipótesis que contempla el art. 1692 según el cual, "si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación mientras está pendiente la condición; y si la condición llega a fallar o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación".

Lo dicho en el precepto es obvio y no es sino una aplicación geométrica de los principios que rigen las condiciones, al caso de la novación. En efecto, la condición afecta el nacimiento mismo del derecho, por eso si se nova una obligación pura y simple por una condicional no habrá novación hasta que la condición se cumpla porque antes de cumplirse no ha nacido la segunda obligación; y viceversa, si la primitiva obligación es condicional y la segunda pura y simple, tampoco, habrá novación hasta que se cumpla la condición que es lo que viene a dar nacimiento a la antigua que se cambió por la otra.

Lo consignado en el aparte anterior ocurre por ministerio

de la ley pero los pactantes pueden disponer otra cosa y así especialmente lo advierte el segundo miembro del art. 1692, cuando dice: "con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes".

CLASES DE NOVACION. La novación es objetiva y subjetiva; por la primera, se cambia el objeto o la causa de la obligación permaneciendo los mismos sujetos de la relación jurídica; la segunda, resulta del cambio de acreedor o deudor. Esta clasificación se desprende del art. 1690, que así se expresa:

"La novación puede efectuarse de tres modos:

1o. Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.

2o. Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.

3o. Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo que en consecuencia queda libre.

Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama **delegado del primero**".

Ejemplos de novación objetiva. A debe a B, con obligación de dar, un automóvil y ambos convienen que en lugar del automóvil, A quede deudor por la cantidad de 8.000 pesos que pagará al cabo de un año. Esta es la novación por cambio de objeto, C adeuda a E, la cantidad de veinte mil pesos como precio de una compraventa y acuerdan que C tome ese dinero en mutuo, al diez por ciento anual, durante dos años. En virtud de ésta novación por cambio de causa, C se convierte en deudor como mutuario y si vencido el plazo no paga el acreedor ya no puede, como podía haberlo antes, pedir la resolución de la compraventa porque C no es deudor como comprador sino en virtud de un contrato de mutuo.

Ejemplos de novación subjetiva. D, adeuda a E, la cantidad de diez mil pesos y convienen éstos y además F, en que D se constituya deudor de F por esa suma y E lo da por libre de la obligación. Sería ésta una novación por cambio de acreedor, en virtud de ella la primitiva deuda de D para con E queda extinguida y surge una nueva del mismo D para con F. A es acreedor de B por la cantidad de diez mil pesos; pactan éstos dos y C, que el

último sustituya como deudor a B, a quien el acreedor lo declara libre de la primitiva obligación. Hay aquí novación por cambio de deudor; en adelante C será el obligado ante A por la suma de diez mil pesos. En la novación así cumplida con el asentimiento del primer deudor, el sustituto de éste se llama delegado de aquél. Más ésta novación puede operarse sin el consentimiento del primitivo deudor y entonces se denomina expromisión.

REQUISITOS PARA LA NOVACION. Además de los factores enunciados como presupuestos necesarios para la novación, son de rigor éstos tres requisitos: capacidad; que la obligación nueva sea diversa de la anterior, y que en las partes haya propósito o ánimo de novar.

En cuanto a la capacidad, es preciso tener en cuenta que por la novación la primitiva obligación se extingue; ella equivale para el acreedor a la disposición o enajenación del derecho personal de que es titular, luégo el que nova debe ser apto para contratar. Y si en la novación interviene un nuevo deudor, es claro que éste para obligarse válidamente necesita gozar de la capacidad de ejercicio.

Para la novación que se hace por medio de mandatario, el art. 1688 preceptúa que el procurador o mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para ello, o no tiene libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda.

La obligación que nace como consecuencia de la extinción de la anterior es sustancialmente diversa a ésta aunque la novación se opere por mero cambio de deudor o de acreedor sin modificación alguna en el objeto de la primitiva. Es que, precisamente, en ésto consiste la novación: En el cambio de una obligación por otra y de aquí el efecto extintivo que ella produce con respecto a la deuda novada.

La novación no se presume; es menester que las partes tengan y expresen el propósito de novar, el animus novandi, y si éste animus no se ha declarado, es de rigor para deducir la novación que las dos obligaciones, la primitiva y la nueva, sean incompatibles, que no puedan coexistir.

Lo anterior resulta del art. 1693, que se produce así: "Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquéllo en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en ésta parte los privilegios y cauciones de la primera".

Cuando se sustituye un deudor a otro, el animus novandi no puede ser tácito sino expreso; para que en éste caso haya novación por cambio de deudor, se requiere que el acreedor declare dar por libre al primitivo deudor. De no ser así el otro deudor que intervenga no será sustituto del primero sino un dedudor más, habrá yuxtaposición y no sustitución de deudores. Esto es lo que expresa el art. 1694, cuando estatuye:

"La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo dedudor. A falta de ésta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto".

EFFECTOS DE LA NOVACION. Como se ha dicho, la novación extingue la primera obligación y da nacimiento a otra; la extinción de la primitiva implica también la de sus accesorios, privilegios y garantías. De ésta suerte, si en la primitiva obligación había mora, ésta desaparece; si para la primera estaba corriendo el término de prescripción, el tiempo corrido no se cuenta para la segunda. Si se debían intereses no se quedan a deber a menos que se exprese lo contrario. Si la primitiva deuda era privilegiada el privilegio no se comunica a la nueva. Si la deuda antigua estaba garantizada con hipoteca o prenda estas garantías reales se extinguen y no pasan a la otra. Y como lo reza el art. 1704, "La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella".

Todas éstas son consecuencias que la misma ley deduce de la extinción de la primitiva obligación. Sin embargo, por lo que hace a garantías, así reales como personales, de la antigua deuda, las partes pueden mantenerlas o reservarlas, en todo o parcialmente, como seguridades para la obligación nueva tal como pasa a explicarse.

Si la obligación antigua estaba garantizada con hipoteca o prenda sobre bienes de propiedad del deudor, nada se opone a que éste y el acreedor convengan en reservar esos derechos reales para que sigan sirviendo de garantía a la nueva obligación, haya

surgido ésta con o sin intervención de un nuevo deudor. Es claro, que si los bienes pignorados eran de propiedad de un tercero que había consentido en el gravamen para seguridad de la deuda ajena, aquélla reserva no puede tener lugar sin el consentimiento de ese tercero.

Si la novación se opera entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, la reserva de garantías reales solo es válida respecto de los bienes de éste especialmente afectados al pago. Las prendas o hipotecas constituídas por los otros codeudores solidarios se extinguen a pesar de toda estipulación en contrario y no podrán mantenerse para la segunda obligación, salvo que el deudor dueño de los bienes pignorados acceda expresamente a ello.

La importancia de la reserva de aquéllas garantías reales y muy especialmente de la hipoteca, consiste en que ésta conserva para la segunda obligación la misma fecha que tenía para la primera y se sabe que para el pago, las hipotecas prefieren unas a otras según el orden de sus fechas de inscripción. Por ésto, porque se alteraría ese orden de prelación en perjuicio de otros acreedores que tuviesen hipoteca sobre el mismo bien, la reserva solo tiene efecto hasta concurrencia del valor de la primitiva obligación. Así, si esta ascendía a mil pesos, la hipoteca que se reserva no puede garantizar la nueva deuda sino hasta este valor; si la obligación antigua no devengaba intereses y la segunda sí, la hipoteca reservada para ésta no se extenderá a los intereses.

El inciso primero del art. 1702 dice que, 'Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efectos sobre los bienes del nuevo deudor, ni aún con su consentimiento'. En esta hipótesis no cabe hablar de reserva de garantía hipotecaria porque ella no existía y no se reserva sino lo existente. Lo que el texto quiere significar es que para la hipoteca que el nuevo deudor constituya en seguridad de su obligación, la fecha de aquélla no puede ser la de la hipoteca que garantizaba la primitiva obligación sino la del día de la inscripción de la nueva hipoteca. Con ésto se trata de evitar perjuicios a otros acreedores hipotecarios del nuevo deudor porque si se permitiese conservar la fecha de la antigua hipoteca, sus créditos podrían verse postergados.

Para los casos y cuantías en que no puede hacerse la reserva agrega el art. 1703, "podrán renovarse las prendas e hipotecas, pero con las mismas formalidades que si se constituyen por prime-

ra vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación". Este precepto era innecesario, lo dispuesto en él no es sino una consecuencia de los anteriores principios sobre reservas y del principio general de que toda obligación es susceptible de garantías reales.

Por lo que respecta a las garantías personales que aseguraban la primitiva obligación ya se transcribió lo que sobre el particular instituye el art. 1704, según el cual la novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella.

Se pregunta si el privilegio puede ser materia de reserva. La respuesta negativa se impone. El art. 1700 prescribe que por la novación se extinguen los privilegios de la primitiva deuda; las reservas que autorizan las disposiciones siguientes solo se refieren a garantías. Por otra parte, las causas de preferencias son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido y la ley no reconoce otras causas de prelación que las instituidas por ella misma. Arts. 2493 y 2508.

Consecuencia lógica del efecto extintivo de la novación es lo preceptuado en el art. 1696 según el cual, "El acreedor que ha dado por libre al acreedor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado éste caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo". La última parte del texto se explica porque es de presumir que el acreedor no hubiera aceptado el cambio de deudor si hubiese salido que el nuevo estaba en insolvencia y que si lo aceptó en éste estado, fué por error suyo o por dolo del primitivo deudor.

MODIFICACIONES EN LA OBLIGACION QUE NO IMPLICAN NOVACION. A pesar de lo dicho no todo cambio en la relación jurídica implica novación; la obligación es susceptible de modificaciones sin que aquélla se produzca. A éstos cambios sin novación se refieren los arts. 1705 a 1709.

El art. 1705 dice: "Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello que en ambas obligaciones convienen".

Si la segunda convención se limita a modificar los intereses de la deuda, ya para estipularlos si no los devengaba o para aumentarlos o disminuirlos, no se produce novación. Tampoco la

hay por el hecho de hacer constar por escrito la obligación que antes carecía de ésta formalidad.

La mera supresión, o adjunción o transformación de garantías no entraña novación. Para una deuda que antes no tenía garantía específica se constituye una hipoteca o a la inversa se cancela la hipoteca que la garantizaba; la prenda que hace de garantía se cambia por una fianza, etc. En ninguna de éstas tres hipótesis se incurre en novación.

Por el cambio de radicación del pago tampoco se nova; al respecto el art. 1707, se expresa así: "La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistente los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen.

En cuanto a la prórroga del plazo para el pago de la obligación, el art. 1708, instituye: "La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación".

Para que se produzca esa extinción de las seguridades dadas por terceros es menester que la prórroga o ampliación sea expresamente pactada; el hecho de que el plazo se venza y de que el acreedor retarde el cobro se considera como una mera tolerancia de éste que no comporta aquélla extinción. La ampliación de plazo convenida con uno de los deudores solidarios no liberta a los otros porque éstos no son terceros a la obligación.

En cuanto a la reducción de plazo, el art. 1709 dispone que, que tampoco produce novación; pero que no podrá reconvenirse a los deudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo verdaderamente estipulado.

En cuanto a la agregación de una clausula penal, que no se pactó al tiempo de constituirse la obligación, el 1706 dispone: "Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena.

Más si en el caso de infracción es exigible solamente la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige solo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios,

prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva y no a la estipulación penal".

El segundo inciso contempla un caso de perjuicios compensatorios pactados con posterioridad, para deducir que si el acreedor opta por la exigencia de éstos, se produce novación. La novación es de carácter convencional, no obstante y por excepción, en la hipótesis prevista por el texto se presenta una novación que tiene origen en la ley.

DELEGACION.

El código civil colombiano siguiendo al francés, involucra la delegación con la novación y es en el tratado de ésta donde se encuentran los textos que se refieren a aquélla. Sin embargo, la delegación es una institución autónoma, con caracteres propios que la diferenciación de la novación a la cual no debe siempre asimilarse, ya que como se verá, puede haber delegación sin novación y aún sin relaciones jurídicas preexistentes entre las personas que la cumplen.

Por la delegación una persona da orden a otra para que contraiga una obligación ante un tercero. La que da la orden se llama delegante; el que la recibe y la acepta, delegado, el tercero ante quien éste se obliga, se denomina delegatario.

Si el delegado es deudor del delegante y éste conviene en darlo por libre de la deuda siempre que se obligue ante el delegatario, habrá entonces novación y será el caso de la llamada delegación perfecta. Ejemplo: A, que es acreedor de B, por la cantidad de cinco mil pesos, le dice a su deudor que se obligue ante C por la misma suma y que lo da por libre de la obligación; B acepta y se hace deudor de C. Como se ve, aquí hay una novación por cambio de acreedor.

Puede ocurrir que A, delegante, sea a la vez acreedor de B delegado, y deudor de C delegatario. Conviene los tres en que B se obligue ante C, por la cantidad que a éste debe el delegante y que A da por libre de su deuda al delegado B y a su turno C, liberta de su obligación al delegante A. En virtud de ésta delegación las cosas se simplificarán; dos obligaciones se extinguirán y son reemplazadas por una sola: la que el delegado deudor del delegante contrajo ante el delegatario, también acreedor. Este sería otro caso de delegación perfecta o novatoria.

Pero no siempre ocurre así y entonces se presenta la delegación sin novación, que es la llamada delegación imperfecta; en ésta no hay sustitución de deudor sino yuxtaposición de deudores. Ejemplo: Pedro adeuda al Banco Central Hipotecario la cantidad de veinte mil pesos que están garantizados con hipoteca sobre un bien del deudor. Este vende el inmueble a Juan quien se compromete ante Pedro a pagar al Banco sin que la Entidad acreedora haya convenido en dar por libre a su deudor. En ésta hipótesis no hay novación alguna; la deuda de Pedro para con el Banco subsiste y éste en lugar de un acreedor tendrá dos, pudiendo dirigirse contra uno cualquiera de ellos para el cobro del crédito.

Un caso de delegación sin relaciones obligatorias preexistentes entre las partes que en ella interviene y por tanto, sin novación es el de la carta-orden de crédito. En efecto, un banco, que es el delegante, emite el instrumento a favor de uno de sus clientes, que es el delegatario y en contra de otro banco, que es el delegado, para que éste le suministre dinero al beneficiario de la carta-orden de crédito.

Es claro que para que haya delegación novatoria cuando el delegante es acreedor del delegado y aquél pretende que este se obligue ante un tercero acreedor del delegante, es menester que el delegado consienta en hacerse deudor del delegatario; si no ocurre así y a pesar de esto el delegante conviene únicamente con el tercero, en que el delegado se convierta en deudor de éste por lo que le adeuda al delegante, no hay novación sino cesión de crédito. Esto es lo que dice el art. 1696.

El 1697, consigna los efectos jurídicos que se producen cuando un delegado que se creía deudor del delegante, sin serlo, se compromete ante el deudor de éste para liberarse de la falsa deuda. Se trata aquí de error del delegado. El 1698 contempla el error del delegante, que creyéndose deudor sin serlo, da orden al delegado para que se obligue ante el falso acreedor. En éste caso el delegado no está en la obligación de pagar al delegatario y si paga "en el concepto de ser verdadera la deuda, se haya para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado".

DIFERENCIAS ENTRE LA NOVACION EL PAGO CON SUBROGACION Y LA CESION DE CREDITOS. Tanto en el pago con subrogación como en la cesión de créditos hay

cambio de acreedor; el derecho personal se traslada, por el hecho del pago, al solvens; y por la cesión, al cesionario, pero estos nuevos titulares del crédito siguen siendo acreedores de la misma obligación tal como existía en cabeza del primitivo deudor. En la novación subjetiva por cambio de acreedor, éste queda como titular de un derecho diverso al antiguo porque la primitiva obligación se ha extinguido.

CAPITULO XXXII DE LA COMPENSACION

La extinción de una deuda con otra entre dos personas que se deben recíprocamente alguna cosa es lo que se denomina compensación. Cuando dos personas son respectivamente acreedoras y deudoras la una de la otra, las deudas se extinguen en su totalidad si son de la misma cuantía y si no hasta el valor de la más débil. Al enfrentarse dos créditos en sentido inverso se cancelan hasta concurrencia de valores, siempre que por otra parte se cumplan los demás requisitos exigidos por la ley. Los romanos la definían diciendo que era la balanza recíproca de una deuda con un crédito.

Por la compensación se extinguen dos obligaciones. Si Pedro debe a Juan diez mil pesos y Juan adeuda a Pedro ocho mil, la obligación de Juan se extingue en su totalidad y la de Pedro, hasta la cantidad de ocho mil. Como se advierte, cada acreedor se paga con su propia obligación.

El ejemplo anterior permite apreciar las ventajas y conveniencias de la compensación. En primer lugar, evita un doble pago, un desplazamiento inútil de numerario, porque sin ella Pedro tendría que dar a Juan los diez mil pesos y éste a su turno entregar a aquél ocho mil. En segundo lugar, además de ésta simplificación, implica para cada acreedor una garantía o seguridad de pago porque como soluciona su crédito con lo que él mismo adeuda, retiene de manera definitiva su obligación y no corre los riesgos de la insolvencia de su deudor ni de ser postergado por créditos preferentes. Por último, la compensación es de equidad; no sería justo que quien a la vez es acreedor y deudor le pague al otro y se exponga a que su crédito no le sea después cubierto por el que recibió lo que a él se le debía.

Al analizar la excepción de contrato no cumplido se vió cómo en las convenciones bilaterales ninguno de los pactantes está en mora de cumplir su obligación mientras el otro no cumpla con la suya o se allane a cumplirla en la forma y tiempo debidos.

El art. 1609, que es el que instituye esa excepción de non adempti contractus, consagra una especie de retención transitoria de la obligación; en cambio, en la compensación la retención que el deudor hace de la suya para pagarse su crédito, es definitiva. La retención temporal autorizada por el 1609 es para obligaciones recíprocas conexas, es decir, surgidas de una misma relación jurídica, —el contrato bilateral—. En la compensación no se requiere conexidad en las deudas recíprocas, estas pueden provenir de diversas fuentes.

La compensación es de mucha ocurrencia, tanto en el comercio interno como en el internacional, su aplicación es constante. Por ese medio los bancos recíprocamente acreedores y deudores a consecuencia de la multitud de las relaciones jurídicas que a diario surgen entre ellos por el juego de los instrumentos negociables, liquidan esas situaciones sin necesidad de desembolso alguno.

REQUISITOS QUE PARA LA COMPENSACION DEBEN REUNIR LAS OBLIGACIONES EN SI. De éstos trata, principalmente, el art. 1715 y son los siguientes:

1o. Que ambas deudas "sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad". De acuerdo con esto no hay compensación de cuerpos ciertos por la razón de que no hay dos cosas idénticas entre sí y al acreedor no se le puede obligar a recibir bien distinto al que se le debe. Tampoco son compensables las obligaciones de hacer o de no hacer; la compensación sólo opera en las obligaciones de dar. Por lo que hace a deudas dinero no presenta dificultad alguna. La fungibilidad de que aquí se habla no dice relación a la consumibilidad sino al poder liberatorio de unas cosas frente a otras, a la fungibilidad en su sentido estricto. Si Pedro debe a Juan un cordero y a su turno, Pedro es acreedor de Juan por un cordero tendrá lugar la compensación. Este sería un ejemplo de deudas de cosas "indeterminadas de igual género y calidad".

2o. "Que ambas deudas sean líquidas". Una obligación es líquida cuando de una vez se expresa en un guarismo determinado, o cuando éste puede obtenerse mediante simples operaciones

aritméticas o por una fácil liquidación de cuentas. Si Pedro es deudor de Juan por cinco mil pesos y Juan ha sido condenado a pagar a Pedro perjuicios en abstracto, no habrá compensación porque el crédito de Pedro contra Juan carece del requisito de la liquidez, y por ende se ignora su cuantía.

3o. "Que ambas deudas sean actualmente exigibles". Las obligaciones afectadas de un plazo o de una condición, no son exigibles hasta que el plazo se venza o la condición se cumpla. Si Pedro es deudor puro y simple de Juan por la cantidad de cinco mil pesos y Juan a la vez adeuda a Pedro otros cinco mil pesos, pero a plazo o bajo condición será imposible la compensación. Recuérdese que las obligaciones naturales no son exigibles, por tanto, tampoco son compensables.

Las esperas que todos los acreedores han concedido al deudor para el pago, excluyen la compensación aunque alguno de ellos sea a la vez deudor de éste; pero la espera otorgada por un solo acreedor no la impide cuando su deudor llegue a ser su acreedor compensable. Esto es lo que instituye el último inciso del art. 1715.

4o. Que ambas deudas sean pagaderas en el mismo lugar. A éste respecto el art. 1723, se expresa así: "Cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean de dinero y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa".

5o. Que ambas deudas sean embargables. Este requisito no lo consagra la ley en forma expresa pero se deduce del segundo inciso del art. 1721 cuando dice que "tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de alimentos no embargables". Esta disposición especial para las pensiones alimenticias, debe generalizarse porque el código civil colombiano considera la compensación como un pago y ya se dijo atrás, que todos los bienes del deudor responden del pago de sus obligaciones excepto los no embargables. Con éstos créditos, por consiguiente, no puede pagarse el obligado aunque el acreedor de ellos sea a la vez su deudor.

6o. Por último, la compensación ha de cumplirse sin perjudicar a terceros. Sobre el particular el art. 1720, se pronuncia así: "La compensación no puede tener lugar en perjuicio de derecho de terceros.

"Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compen-

sarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo". Este precepto está en armonía con el 1636 que prohíbe el pago al acreedor cuando el crédito ha sido embargado.

Consecuencialmente, el que ha hecho cesión de bienes o se le ha abierto concurso no puede compensar con el acreedor que después de la cesión o de la apertura del concurso ha venido a ser su deudor. Tampoco hay compensación entre el deudor de uno de aquellos y el que después se hizo acreedor, y esto aunque el crédito hubiera sido anterior a la cesión o al concurso y solo después de una de éstas cosas hubiese adquirido las condiciones de liquidez y exigibilidad necesarias para la compensación.

REQUISITO DE LA COMPENSACION EN CUANTO A LAS PERSONAS. La compensación no puede producirse sino entre quienes son personal y recíprocamente deudores. La palabra personal en éste caso quiere decir que a cada uno de los deudores se le considera, no en su personalidad jurídica sino en su personalidad física. Por esto el art. 1716 estatuye: "Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor: salvo que éstos se los haya cedido".

El mandatario tampoco puede compensar "con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante sino con voluntad del mismo mandante", art. 1717.

Por excepción a ese principio de la personalidad de las deudas recíprocas, el art. 1717 autoriza para oponer en compensación a un acreedor de su mandante, los créditos que el mandatario tenga contra ese acreedor prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación. Y es que en éste caso la compensación puede ser conveniente al mandante porque el mandatario, que es hombre de su confianza, tal vez sea un acreedor más benévolo.

Como quedó consignado, el deudor principal no puede o-

poner a su acreedor por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador; la cuestión de si el fiador puede oponer al acreedor en compensación, lo que al deudor principal deba el acreedor ha sido discutida. Pero razones de equidad militan en favor de la tesis que sostiene la afirmativa.

No sería justo que al fiador, que es apenas un deudor subsidiario, que responde de obligación ajena se le desconociera el derecho de extinguir su obligación oponiendo en compensación al acreedor lo que éste adeuda al principal y auténtico deudor. Además de esto, el art. 2380 autoriza al fiador para oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales y entre éstas debe calificarse la de compensación; y el 2516 lo faculta para alegar la prescripción renunciada por el principal deudor.

MODO COMO OPERA LA COMPENSACION. Según el art. 1715, "la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin el conocimiento de los deudores": Más ésta manera de expresarse el texto no puede aceptarse muy a pie de letra porque de los preceptos que van a estudiarse aparece que la compensación no siempre opera en esa forma automática e ipso jure.

Según los expositores ese principio de que la compensación se cumple por el solo ministerio de la ley fue una mala adaptación del derecho romano y la explican así: La compensación no fue conocida en el primitivo derecho romano; cuando éste la aceptó fué a manera de fenómeno procesal para concederle al deudor demandado que era a la vez acreedor del demandante la excepción de dolo, ya que en éste incurría el que reclamaba lo que debía restituir. Justiniano modificó las cosas para decir que la compensación se cumplía ipso jure, pero al disponerlo así solo quiso significar que ella se operaba por la ley sin necesidad de alegarla en juicio como excepción. Los redactores del código francés le dieron a la expresión ipso jure un sentido que no tuvo en el derecho justiniano y de allí el precepto de que la compensación se opera "por el ministerio de la ley y aún sin el conocimiento de los deudores".

Los textos que no se acomodan muy bien al principio de la compensación automática e ipso jure, son:

a) El 1718, que reza. "El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.

Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al

cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación”.

Si la cesión se cumpliera de manera fatal, al reunirse las condiciones requeridas y aún sin el conocimiento de los deudores, es claro que en las hipótesis previstas en el precepto las deudas se hubieran extinguido y por ende, no podría haber cesión de crédito, por una parte, ni el deudor cedido, por la otra, a pesar de la no aceptación, tendría crédito que oponer al cesionario. Algunos autores explican ésta compleja situación diciendo que aunque la compensación se cumple por el ministerio de la ley una vez que las dos deudas se enfrentan, ella no es de orden público y que puede renunciarse y agregan, que una renuncia, al menos tácita de la compensación, sería la de ese deudor que siendo a la vez acreedor, acepta sin reservas la cesión.

b) El art. 1719, que así se expresa: “Sin embargo, de efectuarse la compensación por ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituídas para su seguridad”.

Aquí si no cabe hablar de renuncia tácita porque el acreedor que pagó el crédito ignoraba que su acreedor era a la vez su deudor. Si la compensación se cumpliera ipso jure, al presentarse las deudas en sentido inverso se habrían extinguido y si después y por ignorancia, uno de los deudores pagare al otro habría pago de lo no debido con derecho a repetir, pero el art. da otra solución cuando instituye que ese deudor “conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituídas para su seguridad”. Luego la compensación no opera en forma automática, ipso jure.

Es como dice Jossierand, “en resumen la compensación solo produce sus efectos definitivos cuando ha sido invocada; el deudor no tiene que pronunciar sino una palabra para quedar liberado pero ésta palabra debe pronunciarla; ninguno, excepto el fiador, puede hacerlo por él”.

CASOS EN QUE NO HAY COMPENSACION. El art. 1721, trae una serie de casos para decir que en ellos no opera la compensación y así se expresa:

“No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despoja-

do, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato aun cuando perdida la cosa, solo subsista la obligación de pagarla en dinero.

Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización, por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables”.

Esta disposición es inútil, en los casos allí previstos la compensación no podría cumplirse, o por no tratarse de obligaciones “de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad”; o por no ser de dar, o por falta de liquidez en las deudas. Por lo que hace a alimentos ya el art. 425 había dispuesto: “El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él”.

COMPENSACION FACULTATIVA O VOLUNTARIA Y JUDICIAL. Lo dicho hasta aquí se refiere a la compensación legal, a la que se cumple por el ministerio de la ley cuando se presentan los requisitos exigidos y una vez que la invoca el deudor que quiera aprovecharse de ella. Pero además de ésta, existen la compensación voluntaria o facultativa y la judicial.

La compensación voluntaria es la que las partes acuerdan por convención, teniendo capacidad para celebrarla porque para la legal, como ella no es fruto del intercambio de voluntades sino de la ley, no se necesita capacidad, ella opera entre incapaces.

Para la compensación facultativa no existen reglas, aquí la voluntad es autónoma y pueden compensarse obligaciones que no reúnan las condiciones previstas para la legal. Pueden ser materia de la compensación convencional deudas de cuerpo cierto, de hacer o de no hacer, ilíquidas y aún no exigibles.

La compensación judicial es la que declara el juez a petición del deudor demandado, bien cuando éste la alega y prueba como excepción o cuando la hace valer en demanda de reconven-

CAPITULO XXXIII

DE LA CONFUSION.

La relación jurídica que implica el derecho personal supone dos personas; una, que es la titular o sujeto activo y que se llama acreedor; otra, que es la obligada a la prestación, o sujeto pasivo,

que se denomina deudor; estas dos calidades son contrarias entre sí, si llegan a reunirse en una sola persona se produce la confusión.

Es inconcebible que una persona sea acreedora de sí misma; la reunión en una de esas dos calidades incompatibles produce un trastorno jurídico que se traduce en la extinción de la obligación, especialmente, porque se presenta una imposibilidad de ejecución. Ese acreedor a la vez deudor de sí mismo, no podría ni exigirse el crédito ni pagarse la deuda. Por ésto, la confusión es un modo de extinguir las obligaciones.

La confusión de que aquí se trata es la de derechos personales porque hay también confusión que extingue derechos reales. Así, el fideicomiso se extingue "por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario" 822; el usufructo, "por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad", 865; la servidumbre, "por la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño" el derecho de prenda, "cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título" 2431.

La ocurrencia más común de confusión se presenta con motivo de la transmisión sucesoral. El causante, por ejemplo, era acreedor de su heredero; como este sucede a aquél en sus derechos y obligaciones trasmisibles, el causahabiente a título universal hereda el crédito en su contra y así vienen a reunirse en su persona las dos calidades incompatibles de acreedor y deudor. También puede ocurrir la situación inversa, a saber: que el causante sea el deudor y el heredero el acreedor.

El art. 1726 preve el caso de la confusión parcial, al decir. "Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte".

Ejemplo: Pedro es deudor de Juan por la cantidad de diez mil pesos; a la muerte de Pedro sus herederos son Juan y Diego. Aquí solo habría confusión con respecto a Juan hasta la cantidad de cinco mil pesos porque según el art. 1411 las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

Art. 1725. "La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza, no extingue la obligación principal". Esto porque lo accesorio sigue lo principal pero no a la inversa.

En cuanto a la confusión que pueda presentarse entre deudores o acreedores solidarios, el art. 1727 se produce así: "Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente le corresponda en la deuda. Si por el contrario hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito".

La primera parte del anterior texto es repetición o aplicación del art. 1579, estudiado a propósito de las obligaciones solidarias, al analizar las relaciones internas de los codeudores entre sí cuando un solo deudor ha extinguido la obligación frente al acreedor común.

El art. 1728, es repetición del 1316. Según estas disposiciones los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios.

CESACION DE LA CONFUSION. No siempre la extinción de la deuda que es la consecuencia de la confusión se cumple de manera definitiva; la obligación puede renacer si después vuelven a separarse las calidades de acreedor y deudor que transitoriamente concurren en una misma persona.

Esto ocurre cuando el hecho que produjo la confusión es jurídicamente aniquilado y éste aniquilamiento opera con efecto retroactivo. Ejemplo: el heredero deudor del causante que por la confusión extinguió la deuda, si obtiene más tarde la rescisión de la aceptación de la herencia, separa otra vez las dos calidades y tanto el crédito como la deuda reviven porque la rescisión una vez declarada, opera con efecto retroactivo.

CAPITULO XXXIV

DE LA REMISION

La remisión es el perdón o condonación de la deuda que el acreedor hace al deudor; mediante ella aquél abdica de su derecho, renuncia a la acción para exigir su cumplimiento.

La remisión es de carácter convencional; para que cumpla sus efectos bilaterales es menester que el deudor la acepte; la mera renuncia del titular del derecho personal carece de consecuen-

cias prácticas si el otro sujeto de la relación jurídica, es decir, el deudor no la acepta. Y esto, aunque la condonación sea enteramente gratuita o proceda, como lo dice el art. 1712, de mera liberalidad, pues, en éste caso se trata como donación y la donación como contrato que es, exige el acuerdo de voluntades.

En cambio, como en los derechos reales no hay relación o vínculo de persona a persona, ellos son materia de renuncia por acto unilateral; para que esta produzca efectos no se requiere el acuerdo con el que ha de beneficiarse de ella. Así el usufructuario, el dueño del predio dominante, pueden en forma unilateral, renunciar al usufructo o a la servidumbre.

No obstante lo anterior, la remisión del derecho personal se presenta como acto unilateral cuando es obra del testamento. Si el testador condona la obligación al deudor, ésta condonación tiene el carácter de un legado y es de índole unipersonal como son y deben ser todas las disposiciones testamentarias.

La remisión no siempre se presenta como un hecho aislado sino que en muchos casos se relaciona o es efecto de una operación más amplia que comprende o se extiende a otros objetos. Como consecuencia de una transacción sobre otras materias, por ejemplo, se hace la condonación de la deuda. En éste caso, por tener un carácter oneroso, no sería una auténtica remisión porque ésta para que sea propiamente tal, ha de ser gratuita.

Cuando la condonación procede de una liberalidad está "en un todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos, y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita" 1712. Implica, por tanto, un acto de enajenación y el acreedor debe ser capaz para disponer de la cosa; por otra parte, necesita aceptación del deudor.

Esa renuncia del acreedor a su derecho es expresa y tácita. La expresa es la que resulta de una formal y explícita declaración de voluntad.

En cuanto a la tácita el art. 1713, dice lo siguiente: "Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de ésta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda".

CAPITULO XXXV

DE LA PERDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE

Dicen los tratadistas que en la extinción de la obligación por pérdida de la cosa lo que hay es una imposibilidad de ejecución; porque la prestación no puede cumplirse la obligación se extingue ya que a lo imposible nadie está obligado.

El código solo contempla éste modo de extinción en las obligaciones de especie, por eso el art. 1729, se expresa así: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes".

Más no porque sea en las obligaciones de entregar cuerpo cierto en las que más comunmente ocurra la imposibilidad de ejecución por pérdida de la cosa, queda descartada la extinción de las obligaciones de hacer y de no hacer por imposibilidad de ejecución.

Cuando por hechos imprevistos, insuperables, inimputables al deudor y posteriores al nacimiento de la obligación de hacer o de no hacer, se presenta una imposibilidad de cumplimiento, ellas se extinguen. Por lo que hace a las de género, la pérdida de la cosa será de difícil ocurrencia porque, en principio, el género no perece.

Para que esa imposibilidad de ejecución sea causa de exoneración del deudor, se requieren estas circunstancias: Que la imposibilidad sea objetiva, absoluta, es decir para todos y no relativa, o sea, únicamente con relación al deudor; definitiva, porque si es temporal o transitoria, una vez que desaparezca el óbáculo, la obligación puede exigirse; que sea inimputable, porque si la imposibilidad se produjo por hecho culpa del deudor, la obligación subsiste pero varía de objeto; Que sea sobreviniente o posterior al nacimiento de la obligación, porque si la imposibilidad fué simultánea al contrato la obligación sería nula por ser de objeto imposible.

La imposibilidad de ejecución por pérdida de la cosa, unas

veces libera al deudor en forma absoluta; otras, únicamente lo exonera de cumplir la obligación en especie pero ella subsiste cambiando de objeto: el deudor se hace responsable, entonces, del precio de la cosa y de los perjuicios.

La obligación se extingue de manera absoluta, sin responsabilidad alguna para el deudor cuando se ha hecho imposible por caso fortuito o fuerza mayor.

Si la cosa perece en poder del deudor se presume que fue por su hecho o culpa, y para desvirtuar esta presunción de responsabilidad no le basta demostrar ausencia de falta sino el caso fortuito que alega como factor de exoneración. Lo mismo que si estando en mora "pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo" 1733.

Para el caso de mora del acreedor en recibir la cosa que se le debe, el art. 1739, estatuye: "La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo".

La pérdida de la cosa solo implica cambio de objeto en la prestación y el deudor responde de su precio y de los perjuicios, en los casos siguientes:

a) Cuando ha habido culpa de su parte; en la culpa del deudor "se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable" arts. 1738, 2347.

b) Si el hecho que imposibilita la ejecución ocurre durante su mora, con la salvedad del segundo inciso del art. 1731, que así se expresa: "Sin embargo, si el deudor está en mora, y el cuerpo, en poder del acreedor, solo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora".

c) Si se hizo responsable de casos fortuitos. Sobre el particular el art. 1732, dispone: "Si el deudor se ha constituido responsable en todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado".

d) En el caso del ladrón, según lo estatuye el siguiente precepto:

"Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que hubieran producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor". 1735.

Si la cosa ha perecido por culpa de terceros de quien el deudor no es civilmente responsable, "podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo o hecho o culpa haya perecido la cosa" 1736.

La extinción de la obligación por pérdida de la cosa debe deslindarse de la teoría de los riesgos por ser cuestiones diversas. Por ésta, se decide a quien corresponde sufrir la pérdida del cuerpo cierto que se debe con obligación de dar; aquélla, es un modo de extinguir obligaciones en general y de librar al deudor, en particular, de entregar la especie que estaba en su poder aunque esa entrega no entrañe tradición sino mera restitución, como la del comodatario o del depositario.

En la relación jurídica bilateral la imposibilidad de una parte para ejecutar su prestación la exonera de cumplirla pero en este caso la correlativa obligación de la otra, también se extingue. Ejemplo: Se da en arrendamiento un edificio por el término de cinco años, al precio mensual de quinientos pesos. A los tres meses se incendia por caso fortuito. Por éste hecho termina el contrato ya que el arrendador se encuentra en imposibilidad de cumplir su obligación de suministrar goce al inquilino. Pero consecuentemente también se extinguen las obligaciones del locatario; éste ya no tiene que seguir pagando la renta y si había pagado por anticipación, puede repetir porque no habría causa por parte del arrendador para seguirla percibiendo o para retener lo que se le hubiese anticipado.