

*Las Obligaciones
en el Derecho Civil
Colombiano*



POR EL DR.
EUDORO GONZALEZ GOMEZ

Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano

(Continuación).

LA TEORIA DE LA MORA

La teoría de la mora hace parte de la responsabilidad contractual ya que es la mora de parte del deudor presupuesto indispensable para esa responsabilidad; sin mora no hay perjuicios. Así se desprende del art. 1.615 y del 1.595, preceptos éstos que más o menos tienen el mismo contenido.

Art. 1.615 "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención".

En principio, el retardo del deudor en el cumplimiento de su obligación constituye mora pero algunas veces no basta la simple tardanza sino que se necesita además que haya sido requerido; puede decirse, por tanto, que toda mora implica retardo, pero no todo retardo entraña mora.

La mora es falta o culpa del deudor; es la no ejecución oportuna de su compromiso; por esto, cuando la tardanza proviene de caso fortuito o fuerza mayor que ha imposibilitado al deudor el cumplimiento, no incurre en responsabilidad contractual. Art. 1.616.

Lo relativo a la mora del deudor lo reglamenta así el art. 1.608: "El deudor está en mora:

1o. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin dársela o ejecutarla.

3o. "En los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Del transcrito precepto se deduce:

Que cuando las partes, el juez o la ley han fijado plazo para el cumplimiento de la obligación, vencido aquél el deudor está en mora; si la deuda es bajo condición, cumplida ésta, y también sin requerimiento, adviene la oportunidad de satisfacerla.

El art. 751, dice que se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba desde que no haya plazo pendiente para su pago; y si se puede pedir la tradición es porque ya la deuda es exigible. El 1.544 ordena que cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición.

Que si la prestación para ser útil al acreedor ha debido ejecutarse dentro de cierto tiempo, hay mora del deudor si deja pasar ese tiempo sin ejecutarla. Un juez, por ejemplo, que desea pasar sus vacaciones de fin de año en el campo consigue en arrendamiento un predio rústico y transcurren los treinta días de vacaciones sin que el arrendador le haga entrega del fundo.

En los demás casos, o sea, cuando el plazo es indeterminado, o cuando la ley expresamente así lo ordena, además de la tardanza en el cumplimiento de la obligación, es preciso el requerimiento judicial para constituir en mora al deudor. En el arrendamiento de cosas el arrendatario no está en mora de restituir el bien aunque haya terminado el contrato si el arrendador no lo requiere para que lo entregue. Art. 2.007.

El requerimiento se entiende hecho cuando en el juzgado se notifica al deudor la solicitud por la cual el acreedor le exige el cumplimiento de su obligación, y si el juez, en virtud de la súplica de éste, ha fijado plazo para el cumplimiento, el deudor caerá en mora una vez vencido este término.

De la disposición que regula la materia de la mora se desprende que en el derecho colombiano rige el principio de que los días interpelan por el hombre (*dies interpellat pro homine*); el me-

ro transcurso del tiempo, en general, crea la mora y que sólo cuando el plazo es indeterminado o por expresa y excepcional disposición de la ley, se necesita requerimiento. Diverso es el sistema del C. C. Francés en donde el sólo correr del tiempo no engendra la mora sino que casi siempre es menester el requerimiento o reconvencción por parte del acreedor.

La mora, además de ser presupuesto indispensable para la responsabilidad contractual como que sin ella no hay perjuicios, produce otro efecto de mucha importancia, a saber: el **desplazamiento del riesgo del cuerpo cierto cuya tradición se debe**. Al tratar de los riesgos se dijo cómo en este caso, el cuerpo cierto perece para el acreedor, pero que si el deudor está en mora de entregarlo, la pérdida la soporta éste y no el acreedor.

La mora acaece en las **obligaciones positivas**, dar o hacer, en las de no hacer ella no opera; el deudor de ésta última clase de obligación la está pagando mientras no ejecuta el hecho de cuya abstención se comprometió; su responsabilidad contractual surge cuando realiza un acto contrario a la abstención prometida. "Si la obligación es negativa, dice el art. 1.595, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse". Lo mismo dispone el 1.615.

El código sólo reglamenta la **mora solvendi**, o sea, la **Mora del** del deudor, por ser esta la que más comunmente se presenta, pero también puede haber mora del acreedor, (**mora accipendi**), cuando éste se niega o se demora en aceptar la prestación que le es debida y que el deudor le ofrece, en oportunidad y tal como está obligado a pagarla.

Sin que haya una teoría o especial reglamentación de la mora del acreedor, sí existen los siguientes textos que aluden a ella y le asignan sus efectos. Art. 1.605, 1.739 y 1883.

Por otra parte, en los arts. 1.656 y siguientes la ley organiza el pago por consignación, que no es sino el depósito de la cosa que se debe hecho a virtud de la repugnancia o no comparación del acreedor a recibirla, con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona. Art. 1.657.

La **mora creditoria**, produce estos efectos: atenúa la responsabilidad del deudor quien sólo queda respondiendo de la **culpa lata**, y hace responsable al acreedor de los perjuicios que a consecuencia de ella sufra el deudor.

Coexistencia o simultaneidad de la mora en ambos contratantes.

No se trata en esta hipótesis de la mora del deudor o del acreedor sino de la de ambos, cuando son recíprocamente deudores y acreedores a consecuencia de la misma relación jurídica surgida del contrato bilateral. En éste contrato, que crea obligaciones para ambas partes, cada uno resulta acreedor y deudor respecto de la otra y puede ocurrir que ninguna satisfaga su obligación cumplidamente, es decir, que ambas se constituyan en mora. Esta es la situación que prevee y resuelve el art. 1.609 al expresarse así:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

De aquí surge la excepción, meramente temporal o dilatoria, que se conoce con el nombre de **contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus)**, en virtud de la cual, sin romper o aniquilar el contrato, una parte paraliza la acción de cumplimiento o resolución que contra él dirige el otro contratante, que tampoco ha cumplido o se ha allanado a cumplir lo que a él le incumbe. Existe aquí una especie de retención: cada parte retiene o se resiste a ejecutar su prestación hasta que la otra ejecute la suya; de esta manera, cada contratante fuerza o coacciona al otro para que cumpla su respectiva obligación.

Esta institución de la **exceptio non adimpleti contractus**, no fue conocida del derecho romano; ella es de origen canonista. El Código Francés no la consigna de un modo expreso pero la jurisprudencia la acepta y la aplica a todas las obligaciones recíprocas y conexas nacidas de una misma relación jurídica bilateral aunque ésta no sea convencional, como las que pueden surgir entre pupilos y guardadores.

Tiene como fundamento la correlación de las obligaciones creadas por una misma operación jurídica, la interdependencia de los nexos que surgen del contrato bilateral, en el de como se ha dicho, la causa de la obligación del uno es la contraprestación del otro, y sería contrario a la equidad y a la intención de las partes que un contratante pudiera exigir aquello de que es acreedor sin cumplir o allanarse a cumplir su correlativa y ya exigible prestación. También y para explicarla, se dice, que **la mora purga la mora**.

Como se expresó, la excepción de contrato no cumplido, no

disuelve la convención; ésta queda vigente; ella no implica sino un rechazo provisional al cumplimiento de su obligación por parte del contratante demandado, hasta que el otro ejecute la suya.

EJECUCION FORZADA DE LA OBLIGACION

No siempre, ni todos los deudores son estrictos en el cumplimiento de sus obligaciones; son muchos los que se niegan y resisten a satisfacerlas y es entonces cuando aparece y opera el carácter coercitivo de la obligación para brindar al acreedor las vías legales adecuadas a fin de vencer aquella resistencia y constreñirlo al pago, ya en forma directa, mediante la obtención de la prestación en especie, tal como se debía, o por la vía indirecta, por equivalente en dinero, mediante el cobro de **perjuicios compensatorios**.

Ejecución Directa o en Especie. Para esta eventualidad hay que distinguir si la obligación es de **dar, hacer o no hacer**.

Si la deuda es de dar dinero, la ejecución en especie será siempre posible si el deudor tiene bienes, ya que éstos si no son dinero, se rematarán y con su precio se pagará al acreedor. Si se trata de otras cosas de género, y éstas no existen en el patrimonio del deudor, el pago se obtendrá en dinero, también, mediante la subasta de bienes del deudor. Si lo que se ha de dar es un cuerpo cierto la ejecución directa será posible desde que la cosa esté en poder del deudor. Más si ésta ha perecido por hecho o culpa de éste, o porque la anajenó, la obligación sólo será satisfecha en forma indirecta, por equivalente en dinero.

Cuando la obligación es de **hacer**, el acreedor con el fin de obtener la prestación en especie, puede pedir:

1o. **“Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.**

2o. **“Que se autorice a él mismo para hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor”.** (Art. 1.610).

Para la de **no hacer**, si lo hecho por el deudor en contravención a la abstención a que estaba obligado, puede destruirse y esta destrucción “es necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor”. Art. 1.612.

En todos los casos de **ejecución directa y forzada de la obligación**, el acreedor, además de exigirla en especie, tiene dere-

cho para demandar los perjuicios que sufrió por la mora del deudor. Estos son los perjuicios llamados **moratorios** porque con ellos se trata solamente de indemnizar al acreedor del daño que se le causó con el no cumplimiento oportuno de la obligación.

Ejecución Indirecta. Cuando lo ocurrido no es mera inexecución temporal de la obligación, sino **inejecución definitiva**, porque el deudor se puso en imposibilidad de cumplirla en especie, o si por haber transcurrido el tiempo oportuno para satisfacerla la prestación ya no representa utilidad alguna para el acreedor, o si la obligación es de no hacer y no puede deshacerse el hecho que constituye la infracción, entonces al acreedor no le queda para indemnizarse, sino la vía de la **ejecución Indirecta**, por equivalente en dinero, ya que al fin y al cabo, el dinero es la medida y el común denominador de todos los valores.

Tales eventos se presentan cuando el deudor de cuerpo cierto lo enajena o perece por causa que le es imputable; cuando el hecho prometido se hace de imposible ejecución por motivos de que él es responsable; cuando el obligado a no hacer realiza un acto contrario a la abstención prometida, y ese acto no puede deshacerse.

En éstos y en otros casos más que pueden ocurrir, la obligación varía de objeto; el acreedor no exige ya la prestación debida sino su equivalente en dinero y los perjuicios sufridos, también en dinero. La suma de estas dos cantidades, la del valor de la prestación y la de los perjuicios, componen los denominados **perjuicios compensatorios**, como que ellos reparan o compensan al acreedor por no haber obtenido la ejecución directa de la obligación.

Este cambio de objeto en la obligación **no implica novación**, porque por ley, el que expresamente se compromete a determinada prestación, implícitamente se obliga, también, a pagarla por equivalente en dinero cuando no puede cumplirla en especie por causas que lo hacen responsable.

Sin embargo, cuando después de contraída la obligación principal se pacta una cláusula penal que implique **perjuicios compensatorios**, "se entenderá novación desde que el acreedor ha exigido la pena y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas, hipotecas de la obligación primitiva....." (inciso 2o. art. 1.706).

Se acepta que cuando la inexecución definitiva no es sino parcial los perjuicios compensatorios se rebajen proporcionalmen-

te a la parte de la obligación no cumplida. Esto, siempre que la prestación pudiera cumplirse fragmentariamente o que el acreedor haya convenido en el pago parcial.

FACTORES QUE INTEGRAN LOS PERJUICIOS

La ley quiere que el deudor sea plenamente indemnizado por el daño sufrido a consecuencia del incumplimiento de la obligación por el deudor; por eso los perjuicios están integrados por estos dos renglones; el **daño emergente**, y el **lucro cesante**. Exceptúanse los casos en que la ley los limita expresamente al **daño emergente**. Art. 1.613.

El **daño emergente** es el quebranto económico efectivo, la disminución real que en su patrimonio experimenta el acreedor con motivo de "no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento"; el **lucro cesante**; es algo más incierto y contingente porque constituye la utilidad o provecho que el acreedor hubiera podido reportar si el deudor hubiese sido cumplido.

El siguiente ejemplo, aclara los conceptos de **daño emergente** y **lucro cesante**: Un empresario de espectáculos públicos contrata una cuadrilla de toreros que se encuentra en Bogotá, para dar dos corridas en días que expresamente se determinan. El empresario hace los gastos de propaganda; toma en arrendamiento el circo para esos días, consigue los toros y lo prepara todo para el espectáculo. Los diestros, por causas de que son responsables, no cumplen y no se presentan en Medellín en las fechas acordadas para la corrida. En éste ejemplo, el **lucro cesante** lo constituyen todos los gastos e inversiones que hizo el empresario para preparar el espectáculo; el **daño emergente** lo que hubiera podido ganar si se dan las dos corridas.

Perjuicios previstos e imprevistos, Directos e Indirectos

El art. 1.616 se produce así: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Perjuicios previstos son aquellos que las partes pudieron o debieron tener presentes y tomar en cuenta como una consecuencia lógica e inevitable del incumplimiento; **imprevistos**, los que resultaron por motivo de éste pero que no entraban en el cálculo de probabilidades y escaparon, por tanto, a una prudente previsión.

Sobre perjuicios **directos** e **indirectos**, dijo la Corte Suprema de Justicia:

Perjuicio directo es aquél que tiene su causa, únicamente en el hecho dañoso y que no existiría sin él; es indirecto el perjuicio que aunque nacido con ocasión del hecho dañoso, no se relaciona con éste sino por el efecto de una causa ocasional; no es engendrado por él sino que en realidad resulta de una causa distinta y perfectamente separable”.

Para ilustrar lo referente a los perjuicios directos e indirectos, los tratadistas citan el ejemplo clásico de Pothier, a saber: “Una persona compra un semoviente enfermo y lo lleva a su hacienda en donde lo reúne con los ganados que allí pacen. El animal enfermo contagia a los demás y todos mueren. El hacendado contaba con los productos del hato para el pago de sus deudas, y a consecuencia de la pérdida de éste no puede pagarlas, y es declarado en quiebra; se arruina, y a causa de esto se suicida. Serían perjuicios directos la muerte del animal comprado y la del resto de los semovientes; todos los demás serían indirectos.

El deudor en ningún caso responde de los perjuicios indirectos, cuando más, y esto en caso de dolo, es responsable de los **imprevistos directos**, así se desprende del art. 1.616 cuando dice: “Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento”.

El asunto de los perjuicios **previstos** e **imprevistos**, **directos** e **indirectos**, en la mayor parte de los casos será cuestión de hecho; sobre ellos no pueden formularse reglas precisas y perentorias; en tales eventos corresponderá a la prudencia del juez inspirado por la equidad, decir cuáles son unos y cuáles otros para los efectos de la responsabilidad del deudor.

Perjuicios Convencionales, Judiciales y Legales.

Desde el punto de vista de la fijación o estimación de los perjuicios estos se clasifican en **convencionales**, **judiciales** y **legales**.

Son **convencionales** cuando las mismas partes han convenido en lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer para el caso de que incumpla su compromiso. Este pacto o cuestión accesoria al contrato, es lo que se llama **CLAUSULA O ESTIPULACION PENAL EN LAS OBLIGACIONES**.

Cuando es al juez a quien corresponde fijar el quantum o monto de los perjuicios, se llaman **judiciales** y no obstante ser éstos de carácter supletorio, son los de mayor ocurrencia. El juez en vista de los elementos probatorios que se aduzcan en el juicio para demostrar el daño sufrido por el acreedor y casi siempre oyendo el dictamen de peritos, aprecia la cuantía, teniendo en cuenta que los perjuicios están integrados por los factores **lucro cesante** y **daño emergente**.

Si es la misma ley la que determina lo que el deudor debe pagar por perjuicios por la no ejecución oportuna de su obligación, se denominan **legales**. Esto ocurre cuando lo que se adeuda es dinero y el deudor incurre en mora. Estos perjuicios legales los contempla el art. 1.617, que reza:

“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a. Se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2o. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a. Los intereses atrasados no producen interés.

4a. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Los **perjuicios legales** tienen sus características que la Corte Suprema de Justicia ha destacado en la forma siguiente:

“La indemnización de esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos que pueden resumirse así: a).—sólo procede la indemnización moratoria, exigible cuando el deudor no cumple a

tiempo; nunca la compensatoria, o sea, el dinero que se tiene derecho a exigir cuando el deudor no cumple oportunamente o cumple parcialmente su obligación; b).—no hay necesidad de probar la existencia de perjuicios; basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, porque la ley los presume, dado que todo capital gana intereses y el sólo hecho de no recibirlo oportunamente, lo ha privado de inversiones lucrativas; c).—el avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del juez porque de antemano lo hace la ley, rigidamente; pero hay un máximo de avalución, más allá de cuyos límites no se puede llegar; d).—el pago de intereses constituye la única indemnización y no puede pedirse otra adicional, en casos como esta". (casación 9 de agosto de 1.939. G. J. No. 1949, pág. 445).

El interés que es el lucro o provecho que proviene del capital y que el deudor paga por el goce que de él se le concede, es de tres maneras; **convencional, legal y corriente**.

El **convencional** es el que las partes estipulan; el **legal** es una tasa fijada por la ley, y en Colombia es la del seis por ciento (6%) anual, y el **corriente** es el que en determinada plaza y en un tiempo dado, se acostumbra entre los comerciantes de mayor crédito y seriedad; este es un tipo de interés variable.

Por ley y de acuerdo con el art. 1.617, los intereses atrasados no producen interés; se pregunta, si por convención pueden las partes estipularlo.

El pacto de intereses de intereses que se llama **anatocismo** está especialmente prohibido para el mutuo civil por el art. 2.235, y con muy buen acuerdo, la Jurisprudencia ha hecho extensiva la prohibición a todas las obligaciones en que los intereses proceden de un capital en dinero, teniendo en cuenta lo gravoso que resulta ese pacto para los deudores. Ciertamente, no habría razón justificativa para prohibir el **anatocismo** cuando se deben intereses provenientes de un capital dado en mutuo, y para admitirlo cuando se debe lo mismo por otro concepto.

Como otro argumento en favor de la tesis anterior se ha dicho que las reglas sobre intereses consignadas en el tratado del mutuo son de carácter general, ya que el legislador reglamentó todo lo relativo a esa materia en el préstamo de consumo por ser en este contrato en donde con mayor frecuencia se plantea el problema de los intereses.

Como remedio contra el agio, y para proteger al deudor que ha sufrido lesión al pactar intereses usurarios, existe el pre-

cepto del art. 2.231, que autoriza reducir al corriente el interés convencional "que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención".

Cuando lo que se debe son rentas, cánones y pensiones periódicas, si puede pactarse interés por la mora en el pago de lo devengado porque tales productos, aunque entran en el concepto de productos civiles, son cosa muy distinta de los intereses. La regla 4a. del art. 1.617 lo que quiere decir, es que por ministerio de la ley esas rentas no lo producen pero respecto de ellas no hay prohibición de pactarlo como sí existe para el caso del mutuo, prohibición, que por lo dicho, se ha hecho extensiva a las demás obligaciones en que el interés proviene directamente de una deuda de dinero.

En otra parte se hablará de los perjuicios materiales y de los morales.

PROMESAS DE CONTRATAR

Sin razón que lo justificara, el artículo 1611 del C. C. preceptuaba que la promesa de celebrar un contrato no producía en ningún caso obligación alguna. Nadie se explica cómo una ley tan respetuosa de la libre contratación y que otorga tan enérgicos efectos a la declaración de voluntad regularmente emitida, desconociera toda eficacia al acuerdo de voluntades con miras a la celebración de un contrato futuro. Por eso el artículo 89 de la Ley 153, de 1887 derogó aquel precepto, reglamentó y reconoció efectos jurídicos a la promesa de contrato.

La Promesa de Contrato o contrato de promesa, es una auténtica convención, por ella dos o más personas se obligan a celebrar en el futuro un determinado contrato cuyas bases o elementos esenciales convienen de una vez. Este contrato, llamado también preparatorio o preliminar porque proyecta o prepara una segunda operación, es muy diverso de la simple oferta. Esta es un acto unilateral, una mera invitación a contratar que no siempre implica obligación; aquel es acto bilateral, acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos.

La promesa de contratar es de aplicación general; por esta convención pueden prometerse todos los demás contratos, nominados o innominados, siempre que sean lícitos. Así puede prometerse una compraventa, un arrendamiento, un mutuo, una constitución de sociedad, etc...

Una cosa es la promesa de contratar y otra el contrato prometido; la promesa de contrato en el código civil colombiano no es como en el Francés el mismo contrato prometido a término o bajo condición. El art. 1589 de esta obra, dice: "La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix".

En Francia la doctrina tiende a dar carácter general a esta disposición para decir que toda promesa bilateral equivale al contrato futuro, sometido a plazo o condición. Tal tesis, aceptable en dicho país, por lo dispuesto en el transcrito artículo 1589, no es de recibo en Colombia en donde la ley diferencia claramente la simple promesa del contrato definitivo; aquí para que surjan las correspondientes obligaciones de la operación prometida, es menester que esta se celebre en la forma debida. Si en Colombia la promesa equivaliese al contrato prometido, la simple promesa de compraventa de un cuerpo cierto desplazaría los riesgos de este hacia el prometiente comprador antes de celebrarse la compraventa lo que a todas luces es inaceptable.

Requisitos. Para que la promesa de contrato sea válida debe llenar los siguientes requisitos:

1o. Ha de constar por escrito. El contrato de promesa es solemne; es menester que se extienda por escrito, en instrumento público o privado y esto último, aunque el contrato definitivo exija escritura pública porque, como se dijo, una cosa es la promesa y otra la convención prometida. Puede, por tanto, hacerse constar en un documento privado la promesa de compraventa de un bien raíz.

2o. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el art. 1502. Esto quiere decir que al contrato prometido no puede faltar ninguno de los elementos esenciales que la ley prescribe para su estructuración y validez.

3o. La celebración del contrato ha de limitarse en el tiempo; una promesa de contratar indefinida nada significaría. Por esto cuando la celebración del contrato futuro está sometida a una condición esta tiene que ser determinada, es decir, fijársele un término dentro del cual debe cumplirse.

4o. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falta la tradición de la cosa o las formalidades legales. De acuerdo con esto, el contrato definitivo debe individualizarse y especificarse de tal manera en la promesa que no que-

de pendiente nada que pueda ser motivo de discusión al tiempo de celebrarse; por ende, todas las cláusulas importantes de la operación prometida han de consignarse en el documento que contiene la promesa.

El art. 89 de la ley 153 de 1887 equivale al 1554 del C. C. Chileno y tanto en Chile como en Colombia se suscitó la controversia de si lo reglamentado en los respectivos textos era únicamente la promesa bilateral o si también correspondía a la promesa unilateral. Para zanjar la duda, en Colombia se dictó el art. 23 de la ley 51 de 1918, por el cual se reconoció el efecto obligatorio de la opción, que como se verá, no es sino la promesa unilateral de contratar.

Por la promesa bilateral todas las partes que la han pactado se comprometen de una vez a celebrar el contrato definitivo al tenor de lo expresado en la convención preliminar. Así, por ejemplo, si el contrato futuro es una compraventa, el uno, el prometiente vendedor, se obliga a vender, y el otro, también prometiente, se obliga a comprar. Esa convención es bilateral porque por ella ambas partes se obligan a realizar el contrato prometido. Por la promesa unilateral u opción, solo una parte, la prometiente, se obliga a celebrar el contrato definitivo; la otra, la optante, queda en libertad para celebrarlo o no.

Efectos de la Promesa Bilateral. Por esta, como se expresó, todos los que la pactan quedan obligados a celebrar el contrato definitivo; indudablemente esta obligación es de hacer como que el deudor de ella se comprometió a una prestación positiva que no es de dar, a ejecutar un acto jurídico. De aquí que el art. 1554 del Código Chileno remita la promesa bilateral, en cuanto a sus efectos, a lo dispuesto en el 1553, (1610 del C. C. Colombiano) para las obligaciones de hacer.

Al tratar en este mismo capítulo de la ejecución forzada de la obligación, tanto en forma directa como indirecta, se analizaron las medidas de que dispone el acreedor de obligación de hacer para lograr la efectividad de su derecho.

Sin embargo, teniendo en cuenta la peculiaridad de la promesa bilateral no todos los medios coercitivos autorizados por el art. 1610 para obligaciones de hacer, son procedentes para el caso del prometiente que se niega a celebrar el contrato definitivo.

En efecto, el contrato es de libre formación y se ha dicho que no se debe compeler a una persona para que lo celebre; por eso parece que no puede apremiarse con multas al prometiente

que se resiste a realizarlo, ni menos que se autorice al acreedor "para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor" porque este tercero carecería de derecho para representar y obligar a ese deudor. Solo queda, entonces, la vía de la ejecución indirecta mediante al cobro de perjuicios compensatorios.

Esta dificultad para obtener la ejecución directa o en especie de lo prometido en la promesa bilateral la vino a obviar, al menos en parte el art. 1o. de la ley 66 de 1945, cuando dijo:

"Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conoce del litigio, si, requerido aquél, no lo hiciera dentro del plazo que le señale al efecto.

"Si se trata de un instrumento público, se protocolizará con la respectiva escritura o se incorporará al respectivo archivo, conjuntamente con aquél, copia auténtica de la providencia en virtud de la cual procede el juez".

Este texto creó una especie de representación legal semejante a la que instituye el art. 741, según el cual, en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo derecho se transfiere es el tradente y el juez su representante legal.

Peró a pesar de lo dispuesto en la ley 66 del 45, se presentarán en la práctica muchas hipótesis en las que el juez no puede suplir la voluntad del prometiente que se niega a llevar a cabo el contrato prometido a que se obligó en la convención preparatoria. Supóngase, una promesa de compraventa de un bien raíz en la que es el prometiente comprador quien se resiste a comprar. De qué le serviría al prometiente vendedor el otorgamiento de la escritura por el juez, si el otro se niega a pagarle el precio?

Esta promesa de contratar, como se ha dicho, es una convención bilateral, por tanto a ella es aplicable y así lo ha resuelto la H. Corte Suprema, el art. 1546, que dice: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

"Peró en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Promesa Unilateral de Contrato. En la promesa unilateral o contrato de opción solo una parte, la oferente o prometiente se obliga, el otro, el optante o beneficiario, queda en libertad para acogerse o no a la opción. Ejemplo. Una compañía explotadora

de minas quiere comprar o arrendar una mina pero antes de celebrar el contrato en firme necesita hacer algunos estudios para cerciorarse de que esta si tiene mineral y condiciones que permitan una explotación comercial. Para asegurar el contrato que proyecta, si es que el estudio previo da resultados favorables, obtiene del propietario de la mina la promesa de que dentro de seis meses se la venderá o arrendará siempre que la compañía resuelva en dicho plazo comprarla o tomarla en arrendamiento.

Como se ve, aquí la Compañía no se ha obligado a nada; ella queda en libertad de celebrar o no el contrato definitivo; en cambio, el propietario, se ha comprometido a vender o arrendar la mina a la compañía si esta opta por una u otra cosa.

El art. 23 de la ley 51 de 1918 se expresa así: "La Opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición, será ineficaz".

"La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse".

La llamada opción no es sino la promesa unilateral de contratar y también, como a la promesa bilateral, se le denomina, precontrato, antecontrato, contrato preliminar o preparatorio. Ella debe reunir los mismos requisitos de la bilateral ya que al fin y al cabo no es sino un contrato de promesa y el legislador al adoptarla en forma expresa no hizo más que disipar la duda de si el artículo 89 de la ley 153 se refería a ambas promesas o solo a la bilateral.

La Opción es un contrato por virtud del cual una persona concede a otra, a plazo o bajo condición, la facultad de adquirir un derecho del oferente obligándose éste mientras tanto a mantener la cosa a disposición del optante en las condiciones pactadas.

Existe además la llamada opción mediatoria. Por esta se concede al beneficiario en forma exclusiva la facultad para que celebre con otro una determinada operación jurídica sobre un bien del prometiente. La opción también puede constituirse por testamento pero en este caso ya no es contrato.

En la venta con pacto de retroventa existe una verdadera opción. También hay opción en la venta a prueba que prevee y regula el art. 1879 del C. C.

En la venta con pacto de retroventa el vendedor, si quiere retrae el bien vendido, es asunto de su voluntad; en cambio, el

comprador está obligado a restituírselo si aquél ejercita oportunamente su derecho de retracto.

La opción no es una oferta mantenida porque allí hay mucho más que una mera policitación a persona determinada; en la opción hay ajuste de voluntades del que resulta para el prometiende una obligación de no hacer, una inactividad jurídica por parte de este sobre la cosa prometida mientras el optante resuelve si levanta o no la opción.

Tampoco se confunde con el mandato aunque se trate de una opción mediadora. En el mandato el prometiende está siempre facultado para revocarlo y puede hacer el mismo lo que confió al mandatario; en la opción no; en el mandato el apoderado se obliga, en la opción el beneficiario no contrae obligación ninguna.

CAPITULO IX

Medidas Auxiliares del Derecho General de Prenda.

El patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores; sobre los bienes de este se hacen efectivas las obligaciones que lo gravan. Tal principio lo expresa así el art. 2.448 del C. C.:

“ Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el art. 1.677”.

Los acreedores — agrega el art. 2.492 — podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se satisfagan íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos.

La construcción jurídica del patrimonio como universalidad de derecho y desde luego, sin llegar a los extremos de la llamada concepción clásica formulada por Aubry y Rau, se fundamenta, principalmente, en el hecho legal de que todo los bienes del deudor, presentes y futuros, constituyen la prenda común y general de los acreedores. Y esto, porque los elementos activos que integran el patrimonio se fusionan, así en el tiempo como en el espacio, pa-

ra quedar sometidos al mismo régimen jurídico de afectación para el pago de las deudas.

Ese patrimonio no permanece estacionario sino que fluctúa. Unas veces, se incrementa con los nuevos valores que incorpora, otras, se amengua con los bienes que egresa. Mediante esa movilización jurídica de los derechos se opera en el interior del mismo patrimonio un intercambio de valores y considerado ese patrimonio frente a los acreedores, los bienes que de él salen son sustituidos por los que entran; se van subrogando unos a otros para el efecto de que los posteriormente adquiridos queden afectados, como lo estaban los desplazados, al pago de las obligaciones que gravan al titular de la universalidad. Por esto, con buen fundamento, se ha sostenido que los acreedores no son terceros ante el deudor..

Los acreedores tienen, por tanto, gran interés así en el aumento como en la conservación de los elementos activos del patrimonio del deudor ya que sus créditos sufren la repercusión de las operaciones prósperas o infortunadas, que experimente ese patrimonio. Todo lo que a este incrementa o enflaquece, consecuentemente, mejora o debilita la eficacia de sus derechos.

No siempre, ni todos los deudores son celosos y diligentes en la conservación de sus bienes para el efecto de atender con ellos a la satisfacción de las prestaciones a que se han comprometido. Unas veces, con refinada mala fe; otras, con incuria, tratan de menoscabar la prenda común y general de los acreedores para que cuando llegue el momento del pago, por haberse hecho exigibles las obligaciones, ellos no tengan sobre qué hacer efectivos sus créditos, o encuentren menos de lo que deberían hallar en el patrimonio si la conducta del deudor hubiera sido más diligente y escrupulosa.

Para contrarrestar ese proceder inhonesto o negligente del deudor, la ley ha dotado a los acreedores de algunas medidas intermedias o auxiliares, que son un atributo o emanación del derecho general de prenda y que sirven para **conservar, reconstruir o acrecentar** el patrimonio de aquél y que se encaminan a preparar la ejecución o pago forzado como consecuencia de la resistencia del deudor al cumplimiento de sus obligaciones.

Esas medidas son de varias clases, a saber:

1o.) **Las Precautelativas o Conservatorias.**— Por medio de ellas se trata de prevenir y evitar los riesgos de deterioro, ocultación o sustracción, generalmente de cosas corporales, con perjui-

cio de los derechos de los acreedores. Dichas medidas tienden a mantener y preservar el patrimonio del deudor. Los acreedores al solicitarlas obran en su nombre propio y por su cuenta.

Ejemplos: la del fideicomisario cuando "el bien pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario", 820; la del acreedor bajo condición suspensiva, en los mismos casos, 1.549; la de los interesados en una sucesión, contándose entre estos los acreedores, para pedir que los muebles y papeles se guarden bajo sello y llave, hasta que se proceda al inventario, 1.272; la del acreedor hipotecario cuando "la finca se perdiese o deteriorase, en términos de no ser suficientes para la seguridad de la deuda", 2.451. Pertenecen a las medidas conservatorias las preventivas autorizadas por el C. de P. Civil.

2o). **Sustitución del Deudor.**—En principio, esta se presenta cuando el deudor se niega a hacerse más rico, dejando de incorporar al patrimonio, por la no aceptación de un derecho que se le ha deferido y siempre que al proceder así perjudique a los acreedores. Tal acción se dirige, no a conservar el patrimonio como en las medidas precautelativas, sino a incrementarlo. Ejemplos:

El art. 1.295, autoriza a los acreedores del deudor que repudie una herencia en perjuicio de ellos para aceptar por él. Esta sustitución o subrogación del deudor por los acreedores exige previa declaratoria de rescisión de la repudiación, que se tramita como incidente, cuando el asignatario ha repudiado espontáneamente. Si la repudiación fue a consecuencia de requerimiento para que el asignatario manifestara si aceptaba o no, no requiere aquella declaratoria de rescisión. Arts. 908 y 909 del C. de P. Civil.

Y el art. 1.451 que faculta a los acreedores del que repudia una donación o legado para que, previa autorización del juez, sustituyan al deudor hasta concurrencia de sus créditos y siempre que la repudiación les cause perjuicio.

Por lo dispuesto en el art. 2.023, los acreedores del arrendador pueden sustituir a este en sus derechos y obligaciones de tal; igual cosa se permite a los acreedores del arrendatario como preceptúa el art. 2.026. El 2.489 dice que los acreedores pueden subrogar al deudor en "los derechos que le competan" "como usufructuario o prendario o del derecho de retención que le concedan las leyes". Algunos tratadistas opinan que las acciones mencionadas en este aparte pertenecen a la clase de las medidas intermediarias de sustitución del deudor, mas parece que no sea así.

En efecto, esa sustitución o subrogación de que hablan los

tres textos últimamente citados no tienen nada de común con las medidas auxiliares a preparatorias de que se está tratando. Aquella no es sino la adjudicación que por el juez se hace a los acreedores de esos derechos del deudor en pago de sus créditos y cuando ellos ya han procedido y avanzado en el ejercicio del derecho general de prenda mediante la ejecución forzada.

3o.) **La Acción Indirecta u Oblicua.**—Cuanlo un deudor para consolidar o incorporar un bien a su patrimonio necesita ejercitar una acción y es remiso o la renuncia, expresa tácitamente, los acreedores pueden ejercerla por él. Por esta medida se trata, también, de incrementar el patrimonio, pero ella requiere el ejercicio de una acción que su titular se niega a utilizar. Aquí los acreedores no obran en nombre propio sino en el del deudor y para él, pasando sobre el patrimonio de este, o sea, en forma indirecta u oblicua. Ejemplo de esta acción en la legislación colombiana se encuentra en el art. 1o. de la ley 120 de 1928, que reza: "Los acreedores y cualquiera otra persona que tenga interés en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario".

La acción indirecta la configura la doctrina francesa dentro de los siguientes requisitos:

A). Que se ejercite dentro del campo estrictamente patrimonial;

B). Que no sean de las acciones cuyo ejercicio implique apreciaciones de carácter moral, de orden íntimo, que solo competen a su titular; como revocación de una donación;

C). Que los acreedores tengan interés de obrar porque si al deudor le quedan bienes suficientes para el pago, no se justifica esa ingerencia de ellos en el patrimonio del deudor:

D). Que el deudor se niegue o sea indolente en el actuar, y

E). Que los créditos sean ciertos, líquidos y exigibles aunque no consten en instrumento que preste mérito ejecutivo.

La sentencia que en ejercicio de esa acción oblicua se pronuncia a petición de uno de los acreedores aprovecha a todos los demás; el bien que mediante ella se incorpora al patrimonio del deudor entra a formar parte de la prenda general, tal como si la acción la hubiere ejercitado el mismo deudor. No hay aquí excepción al principio de la relatividad de los fallos judiciales porque el acreedor que la impetró lo hizo, no en su nombre sino en el del deudor común, titular de ella.

Es de advertir que el código Francés en el art. 1.166 faculta

a los acreedores, de una manera general, para sustituir o ejercer los derechos y acciones del deudor, con excepción de aquellos de índole personalísima. En la legislación colombiana no hay texto equivalente al Francés. Como esa intervención o ingerencia de extraños en el patrimonio de otros es cosa irregular y anómala, puede sostenerse que ella no se produce sino en los casos de excepción previstos por la ley.

4o.) **La Acción Paulatina.**—Como queda dicho, la sustitución del deudor y la acción indirecta se enderezan a precaver a los acreedores contra actos por los cuales el deudor rehuye hacerse más rico; la acción Pauliana, en cambio, es un remedio contra actos positivos realizados por el deudor en fraude de los derechos de los acreedores, actos que lo han empobrecido y llevado a la insolvencia como que por medio de ellos ha dispuesto de bienes que constituyen la prenda general. Por la acción Pauliana se obtiene el aniquilamiento del acto y se reintegran al patrimonio del deudor los bienes que este enajenó en detrimento de los acreedores. Por este medio se reconstruye el patrimonio del deudor.

La acción Pauliana, que lleva su nombre del pretor Paulo, que fue quien la introdujo al derecho Romano, la instituye el art. 2.491, en la forma siguiente:

“En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1a.). Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, las hipotecas, prendas y anticrédito que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;

2a.). Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores;

3a.). Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”.

Naturaleza de la acción. Esta acción, de naturaleza compleja, llamada también revocatoria y que el código denomina rescisoria, es una acción directa y personal. Algunos expositores opinan que ella no es sino una acción indemnizatoria y otros, dicen que es un mero caso de inoponibilidad.

La acción rescisoria es la que surge de la nulidad relativa; esta nulidad proviene de una irregularidad cumplida al celebrar el acto y cuando esa irregularidad dice relación “a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”; en la acción Pauliana el acto se aniquila, no por la calidad o estado de las personas que celebraron el contrato sino por el perjuicio que con él se causó a los acreedores y por la mala fe de ambos contratantes o del deudor. Por otra parte, la nulidad es un remedio jurídico para destruir el acto y restaurar entre las partes el estado precontractual; la acción Pauliana no es en favor de las partes sino de los acreedores. Otra diferencia entre las dos acciones es esta: La rescisoria, aniquila totalmente el acto; la Pauliana, solo lo destruye hasta concurrencia del interés del acreedor demandante, por lo demás, el subsiste entre el deudor y el tercero.

De lo anterior se deduce que la acción Pauliana no es la acción rescisoria común que resulta de la nulidad relativa sino que es una rescisión sui-géneris que tiende a indemnizar a los acreedores por el fraude cometido por el deudor en perjuicio de sus derechos.

La tesis de que la acción Pauliana es un mero caso de inoponibilidad ha sido aceptada por la Corte Suprema. En sentencia de casación de Febrero de 1940, dijo: “El ejercicio de la acción Pauliana, no es en realidad el ejercicio de una acción de nulidad, aunque el código así la califique. Técnicamente es una acción de inoponibilidad del contrato serio contra el derecho de terceros que con esta acción se defienden de un perjuicio”. Pero como esta inoponibilidad no se presenta sino cuando el contrato ha sido aniquilado mediante la demanda del acreedor contra terceros, la tesis de la Corte no es, por ende, aceptable. Es que la auténtica inoponibilidad se produce de pleno derecho sin necesidad de acción previa que destruya los efectos del acto que se tacha de inoponible.

Por lo demás, la acción concedida a los acreedores para hacer rescindir los actos del acreedor cumplidos con menoscabo de sus derechos, es muy amplia porque mediante ella se pueden impugnar los contratos onerosos y gratuitos, los unilaterales y los bilaterales y en general, todos los actos jurídicos que lo han empobrecido y son causa de su insolvencia.

Requisitos para el ejercicio de la acción. Si lo realizado por el deudor es contrato oneroso se necesita que haya mala fe de este y del otro contratante. Aquí la mala fe consiste en que ambos tuvieran conocimiento del mal estado de los negocios del deudor.

advirtiendo que esta mala fe o fraude pauliano, no se presume y es al acreedor a quien incumbe demostrarlo.

En los actos gratuitos basta la mala fe del deudor; de manera que aunque el adquirente o beneficiario de la liberalidad no hubiere tenido conocimiento del mal estado de los negocios de aquél, el acto es rescindible.

En síntesis, las condiciones requeridas para el éxito de la acción pauliana son: El *eventus damnis* y el *concilium fraudis*. Es menester que el acto haya causado un perjuicio a los acreedores y además, que él presente frente a estos un carácter fraudulento, que se haya cumplido en menoscabo de sus derechos.

Por lo que hace a los acreedores se requiere: que sus créditos sean puros y simples, si son condicionales o aún hay plazo pendiente no pueden ejercitar la acción pauliana; que los créditos sean anteriores a la celebración del acto fraudulento, porque el acreedor que lo fué con posterioridad nada puede reclamar, ya que cuando aquél contrajo la deuda no estaba dentro de su patrimonio el bien que después salió de él.

Situación de los subadquirentes. Con respecto a esto, Claro Solar se expresa así:

“La acción pauliana puede afectar a un tercero, subadquirente o causabiente de aquél con quien contrató el deudor?. Esta pregunta se refiere no a los terceros que contrataron directamente con el deudor y que se llaman terceros inmediatos sino a aquellos que en el objeto material del acto mismo suceden a los terceros inmediatos, ya como sucesores a título singular, tanto por disposición testamentaria como por acto entre vivos, que son llamados terceros mediatos.

Para apreciar la situación de estos ante la acción pauliana, hay que considerar las dos situaciones en que los autores, los terceros inmediatos, se encuentran:

1o.). El tercero inmediato que ha tratado directamente con el deudor, no se haya sometido a la acción pauliana; por ejemplo, el deudor ha vendido un bien raíz en fraude de los derechos de los acreedores a un tercero que ignoraba el mal estado de los negocios del deudor; este comprador adquiere el bien raíz irrevocablemente y sin poder ser perturbado por la acción pauliana y por consiguiente si vende o lega el bien raíz a un tercero o pasa dicho bien con su herencia a su heredero este subadquirente no podría tampoco ser inquietado por la acción pauliana.

2o.). El tercero inmediato, al contrario, está sujeto a esta

acción, se admite por regla general que deban aplicarse a los terceros mediatos las mismas distinciones que al adquirente de primer grado. De este modo la acción pauliana tendrá éxito contra un subadquirente a título gratuito, o cuando habiendo adquirido a título oneroso ha tenido conocimiento del fraude: no sería admisible la acción pauliana contra un subadquirente de buena fe’.

Efectos de la acción. Los efectos de la acción pauliana son relativos. Solo benefician al acreedor que la propuso; los otros acreedores que no la intentaron no se aprovechan de ella; el bien vuelve al patrimonio del deudor pero solo para atender al pago del acreedor que obtuvo la rescisión. El acto incriminado se aniquila entre el tercero y el acreedor pero únicamente hasta concurrencia del crédito y este tercero demandado puede paralizar los efectos de la rescisión pagando al acreedor demandante. Por esto se ha dicho que en el fondo la acción pauliana no es sino una acción indemnizatoria ya que reparado el perjuicio que sufrió el acreedor con el acto fraudulento del deudor aquél carece del interés jurídico para impetrarla.

Para entablar la acción pauliana se requiere que el deudor haya hecho cesión de bienes o se le haya abierto concurso? O procederá ella en todo caso, independientemente de la cesión de bienes o de la declaratoria de concurso?. Las anteriores interrogaciones se las plantean los expositores Alessandri y Somarriva y ellos mismos las resuelven así:

“La discusión tiene su cierto fundamento, porque si nos ceñimos a la letra misma de la ley tendremos que aplicar la acción pauliana restrictivamente. En efecto dice el art. 2468 (2491 del C. C. Colombiano) que con respecto a los actos o contratos ejecutados por el deudor “con posterioridad a la cesión de bienes o a la declaratoria de concurso, se aplicarán las siguientes reglas”. Esta misma redacción ha motivado la discusión.....

La cesión de bienes, de acuerdo con el art. 1714 (1672 del C. C. Colombiano), es el abandono voluntario que el deudor hace de sus bienes a un acreedor o acreedores cuando por accidentes personales no está en situación de pagar sus deudas.....

Pero a pesar de la doctrina que sostiene la aplicación restringida de la acción pauliana, la gran mayoría de los autores considera que la acción pauliana procede en todo caso aun cuando no haya cesión de bienes o declaratoria de concurso. Las principales razones que se dan, son:

A). El art. 2468 está en un título donde las demás disposi-

ciones vecinas se aplican a cualquier acreedor: El 2465 habla del derecho de prenda general que tiene el acreedor, independientemente de la cesión de créditos y de la declaratoria de concurso; el 2466 de la acción subrogatoria, aplicable aunque haya un solo acreedor, independientemente del concurso o de la cesión de bienes; el 2469, consecuencia del 2445, manifiesta que el acreedor tiene derecho a rematar los bienes del deudor para pagarse su crédito, disposición que también se aplica independientemente del concurso y de la cesión de bienes. Es lógico concluir que no se ve por qué se quiera restringir la aplicación del art. 2468.

B). Este es un medio que el legislador fija para establecer la diferencia que existe en este caso y el del art. 2477, que dice que son nulos los actos ejecutados por el deudor después de la cesión de bienes o la apertura del concurso; y entonces, si el 2468 se refirió nuevamente a la cesión de bienes o al concurso, fue para dejar de manifiesto la diferencia que existe con respecto a los actos que se ejecutan antes del concurso o de la cesión de bienes y los que se realizan después de ellos; porque, si son posteriores, conforme al art. 2462 son nulos y en cambio, si son anteriores se aplicará la acción pauliana.

C). Finalmente, el propio plazo de prescripción para su ejercicio es otro argumento en favor de la aplicación amplia de la acción pauliana. Esta acción prescribe en un año, contado desde la celebración del acto o contrato. Ahora bien, si para entablar la acción pauliana fuera necesaria la declaratoria de concurso o la cesión de bienes, en el hecho acontecería que la disposición no tendría aplicación, porque la acción pauliana se encontraría prescrita en virtud de este plazo perentoria de prescripción que fija el legislador". Tomo tercero. —De las obligaciones— Pág. 252.

5o.). **Acción de Nulidad.** El art. 2o. de la ley 50 de 1936, que sustituye al 1742 del C. C., dice: "La Nulidad absoluta..... puede alegarse por todo el que tenga interés en ello.....". De esta suerte, si un deudor es titular o sujeto activo de una acción de nulidad y rehusa intentarla, los acreedores que tengan interés en reincorporar al patrimonio de aquél los bienes que salieron por virtud del acto nulo para que vuelvan a servir de prenda general, pueden intentar esa acción de nulidad de manera directa y en nombre propio.

Se diferencia esta acción de la indirecta u oblicua, entre otras cosas, en que aquella —la de nulidad— la ejercitan los acreedores directamente, en su nombre y no en el deudor, y en que la

nulidad así obtenida solo aprovecha, como en el caso de la acción pauliana, a los acreedores que la intentaron. Por lo demás, ella solo puede impetrarse cuando el deudor carezca de otros bienes para el pago de sus deudas y cuando los créditos sean ciertos, líquidos y exigibles.

6o.). **Separación de Patrimonios.** Al morir el causante, todos los elementos activos y pasivos transmisibles de su patrimonio, se vierten sobre el patrimonio del heredero; jurídicamente se involucran y confunden para formar una masa, una sola universalidad de derecho. Por virtud de esa confusión los acreedores propios del heredero pueden hacer efectivos sus créditos también sobre los bienes relictos, y a su turno, los acreedores testamentarios tienen acción para cobrarlos sobre los bienes del heredero.

En socorro de los acreedores hereditarios y testamentarios para evitar la confusión, que puede serles perjudicial si el heredero no es persona solvente, viene el beneficio de separación, que realiza el deslinde de patrimonios y mantiene intactos para ellos la prenda general que tenían en vida de su deudor. Obtenida la separación, ya los acreedores propios del heredero no pueden cobrar sus créditos sobre el patrimonio transmitido sino una vez que con los bienes de este se hayan cubierto los acreedores del de cujus. Así lo dispone el art. 1435 cuando dice: ".....y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias y testamentarias, con preferencia de las deudas propias del heredero".

Algunos tratadistas opinan que el beneficio de inventario también realiza este deslinde o separación de patrimonios pero ello no es verdadero. La aceptación beneficiaria lo único que impide, para evitar la compensación, es la confusión "de las deudas y créditos del heredero con las deudas y créditos de la sucesión", mas por lo que hace a los demás elementos patrimoniales ellos se confunden formando una sola masa.

De esta manera, los acreedores del heredero beneficiario pueden cobrar sus créditos sobre los bienes relictos y los acreedores hereditarios y testamentarios sobre los bienes propios del heredero.

Es que el beneficio de inventario, favor concedido al heredero, consiste únicamente en que este no se haga responsable de las obligaciones que gravan la sucesión sino hasta concurrencia de lo heredado.

7o.). **Acción de Simulación.** Por la acción de nulidad los acreedores atacan un acto irregular en que fue parte el deudor; por la pauliana impugnan un acto en que concurrieron todos los requisitos legales para su validez, esto es, un acto regular y serio pero que se cumplió en fraude de sus derechos; por la acción de simulación, los acreedores tienden a reconstruir el patrimonio del deudor, dejando sin efectos un acto no serio, en el que el deudor y el otro contratante no tuvieron intención de celebrar contrato alguno o tuvieron otra muy distinta a la que aparece en el acto ostensible o público.

Concepto de Simulación. "Negocio simulado —ha dicho la Corte— es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos uno visible y otro invisible. El privado, suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación. Puede ser verbal o escrito. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. Implica siempre el ánimo de engañar; no siempre el de dañar. Aunque da a la mentira apariencia de verdad, puede ocurrir que no cause detrimento". (Casación —de Octubre de 1936— G. J. Nro. 1914).

La divergencia intencional entre la voluntad real y la voluntad públicamente expresada y la intención de engañar, es lo que constituye el elemento psicológico de la simulación. En esta no hay dos convenciones sucesivas y distintas, ella no es la yuxtaposición de dos actos. No, allí hay un solo acuerdo que es el producto del mismo pensamiento y del mismo propósito, surge de un mismo y único concierto de voluntades.

Por este acuerdo, las partes aparentan la celebración de un contrato, que es el ostensible y que está destinado a engañar a los demás y a la vez, convienen entre ellas el acto privado, que es el que suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del aparente. Este pacto oculto o privado es la contraestipulación.

El acto ostensible no es sincero, carece de seriedad y es, precisamente, para constatar esa falta de sinceridad para lo que se acuerda el convenio oculto; esta contraestipulación es la que contiene la auténtica y real voluntad de los contratantes y por tanto, la que los vincula y obliga.

Héctor Cámara, la define así: "El acto simulado consiste en el acuerdo de las partes, de dar una declaración de la voluntad o designio diferente de sus pensamiento íntimo, con el fin de engañar inocuamente o en perjuicio de la ley o de terceros".

La simulación se encamina a engañar, no siempre a perjudicar. Por ella se crea una falsa apariencia, pero existen simulaciones inocentes y aún plausibles. La gama de la simulación es riquísima; ella adopta multitud de formas, hasta el punto de que se ha dicho que no hay simulación sino simulaciones.

"Los actos simulados adquieren cada vez mayor importancia, ya sea porque la mayoría de las gentes quieren ocultar su verdadera situación económica o porque quieren aparentar una diferente, o porque se tiene interés en sustraer ficticiamente los bienes de un patrimonio para eludir ejecuciones de los acreedores, o aumentar el pasivo a fin de permitir ejecuciones por amigos de la plena confianza del supuesto deudor y por otras muchas causas que sería imposible enumerar. Nos encontramos ante una positiva quiebra de la verdad, de la pureza de voluntad; el hombre moderno no quiere hacer honor a la palabra empeñada, la misma jurisprudencia se ha declarado impotente para luchar contra este estado de cosas". —Arturo Valencia Zea—. Tratado de las Obligaciones — Nro. 138.

Clases de Simulación. Entre las varias clasificaciones que se han hecho de la simulación, la más general y que ya ha sido adoptada por algunas legislaciones, está la que las divide en absoluta y relativa.

La simulación es absoluta cuando el pacto oculto, la contraestipulación, destruye o aniquila totalmente los efectos del acto aparente. Pedro por medio de escritura pública inscrita dijo vender a Juan un bien raíz, por un precio al contado y que declaró haber recibido del comprador. Este es el acto público, ostensible. Al mismo tiempo y como consecuencia del mismo acuerdo, las partes hacen constar en documento privado que el contrato de que da cuenta esa escritura es ficticio; que ellas no han tenido la intención de celebrar tal compraventa, y que Juan, pseudo-comprador, se compromete a hacer escritura de compraventa a Pedro cuando este se lo exija.

En la simulación absoluta falta el "ánimus contrahendi negotii"; las partes no han tenido el propósito de vincularse, se trata de un mero fantasma jurídico, de una figura vana sin contenido

alguno. Por esto se ha dicho: *Colorem habet, substantiam vero nullam* (tiene color pero substancia ninguna).

Es relativa cuando en el acto público se hace aparecer una operación diversa de la que en realidad se celebró entre las partes; cuando se disimula el auténtico contrato celebrado y se se da una apariencia o ropaje distinto. Pedro quiere donar a Juan un bien raíz, donación que este acepta, pero para evitar las formalidades de insinuación, pago de impuestos o para obviar otros inconvenientes, convienen en disimular la donación bajo la apariencia de un contrato de compraventa y así lo hacen constar en la respectiva escritura. De esta simulación se dice: "*colorem habet, substantia vero alteram* (tiene color pero la substancia es otra).

En la simulación relativa las partes si han querido celebrar un contrato, que es el que permanece oculto o disimulado; el simulado es el aparente o público.

La simulación relativa puede versar sobre cosas distintas a la naturaleza misma del contrato y esto ocurre cuando en el acto ostensible aparecen cláusulas o voces que no son sinceras porque no corresponden a la realidad de la operación habida entre los contratantes. Ejemplos: Al extender una compraventa en la escritura se aumenta o disminuye el precio real; en el documento en que se consigna un contrato de mutuo se hace figurar un interés más bajo que el convenido; se antedata el documento privado etc...

También es muy frecuente la simulación llamada de "interposición de persona". Esta simulación se presenta cuando se utiliza un intermediario para que éste, que es el interpósito, traspa-se los efectos del acto simulado a la persona, que según el querer de las que figuraron en la operación, ha de ser el beneficiario definitivo del contrato. Por este medio se desvían los efectos del acto; en vez de radicarse ellos en el adquirente ostensible este los transfiere al verdadero interesado, que es el beneficiario oculto. Ejemplo: un marido quiere transferir un inmueble a su consorte, como entre cónyuges está prohibida la enajenación de bienes raíces apela entonces al testafarro, diciendo venderle el inmueble para que este a su turno le haga escritura de venta a la mujer de aquél.

La simulación se ha dicho, tiende a engañar, a producir en los demás una falsa apariencia y hay simulaciones inocuas y aún plausibles. Pero lo ordinario es que ella se consume en perjuicio de terceros o para hacer fraude a la ley. Ya es el deudor que ficticiamente enajena bienes para sustraerlos a la persecución de los

acreedores o que finge deudas; ya es el que tiene legitimarios para lesionar a estos en sus asignaciones forzosas en provecho de extraños o de otros legitimarios, ya los contratantes para escapar al pago de impuestos y defraudar al fisco, o ya para eludir o soslayar la ley.

El fraude a la ley consiste en la utilización, consciente y voluntaria, de medios lícitos en sí, o al menos en apariencia, para obtener fines contrarios a los mandatos de la ley o para eludir sus prohibiciones. Es el empleo de procedimientos regulares de acuerdo con la legislación positiva, pero con fines inhonestos para llegar a hacer lo que la ley prohíbe o no hacer lo que ella ordena. El caso de la transferencia del inmueble de un cónyuge a otro, por interposición de persona es un fraude a la ley, como lo sería también una donación que se disfraza de compraventa para eludir el pago del impuesto.

Debe advertirse, si, que bien puede presentarse un fraude a la ley sin que haya simulación y que esta no siempre conlleva el fraude.

A las varias hipótesis de simulación de que se ha hablado se refiere el C. C. Argentino cuando dice:

"Art. 955. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Art. 956: La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

Art. 957: La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito".

A esas mismas simulaciones, pero con nombres diferentes, alude la Corte en el siguiente pasaje:

"La simulación—que puede ser integral o parcial—de fin o de medio ofrece cuatro grados:

De esencia, cuando el acto oculto destruye los efectos del ostensible o los trueca en los de otro contrato diferente.

De naturaleza, cuando el acto oculto suprime o modifica cosas subentendidas en el ostensible.

De accidente; cuando el acto oculto elimina del ostensible

cosas que a este se le agregaron por medio de cláusulas especiales, o cuando el privado agrega al público cláusulas accidentales o meramente enunciativas.

De interposición, cuando el acto público cambia una persona por otra, debido a que en el ostensible figuró la sustituida como testafarro.

Dentro de estos cuatro grados caben multitud de ejemplos

1o.). Se supone celebrado un contrato que no existe en realidad (digo venderte mi casa y tú comprármela; pero ni tengo ánimo de enajenar ni tú de adquirir; convenimos privadamente en que ni me pagas el precio ni me lo quedas debiendo, ni te consideras dueño de mi casa; por todo lo cual estás obligado a hacerme escritura de venta cuando yo te lo pida).

2o.). Se aparenta un contrato de naturaleza distinta a la del verdadero (digo venderte mi casa y tú comprármela; tengo el ánimo de enajenarla y tu de adquirirla; pero te hago la tradición a título gratuito; he querido donártela).

3o.). Se fingen cláusulas inexistentes (te vendo mi caso con pacto de retroventa; pero quedo sin derecho a recobrarla).

4o.). Se ocultan cláusulas convenidas (te vendo mi casa, pura y simplemente, pero la venta quedará resuelta si en el transcurso de este año algún tercero mejora la compra).

5o.). Se desvirtúa una cláusula expresa (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero me reservo el derecho de recobrarla dentro del tiempo estipulado, sin reembolsarte el precio).

6o.). Se hace intervenir a una persona como simple testafarro (Pedro, te dono mi casa para que tu se la dones luego a Juan).

7o.). Se cambia la fecha del contrato (retracemos, Juan, la fecha de esta convención, para que no quede afectada por la retroactividad de la declaración de mi quiebra).

8o.). Se calla un modo (te vendo, Pedro, mi casa en un bajo precio; yo tengo el ánimo de enajenarla y tu el de adquirirla; la tendrás por tuya pero tu adquisición beneficiosa no ascenderá sino a la mitad del inmueble; cuando yo haya fallecido, le harás escritura de la otra mitad a nuestro hermano Juan, de quien no recibirás precio alguno por tal enajenación).

Las anteriores normas bastan para demostrar que la simulación material, — con motivos y fines honestos o no ilícitos (sean plausibles o indiferentes) sin ánimo fraudulento, sobre objeto lícito y sin daño a terceros, hecha por persona capaz y con observancia de los requisitos formales—, no es causa de nulidad". (Casa-

ción de 24 de octubre de 1936— G. J. No. 1914.

Sanción jurídica de los actos simulados. Durante mucho tiempo y hasta el año de 1935, la jurisprudencia nacional patrocinó la tesis de que la simulación, especialmente la absoluta, producía nulidad absoluta. Para justificar esta tesis se argumentaba así: el acto simulado no es un acto serio; el consentimiento que en él se emite es para crear una mera apariencia, sin ánimo de obligarse; por otra parte, en esa clase de contratos falta la causa porque allí no hay prestación ni contraprestación. De manera, que por ausencia de consentimiento real y de causa, el acto se sancionaba con la nulidad absoluta.

Pero a pesar del pronunciamiento de esta nulidad sus efectos no alcanzaban a terceros adquirentes de buena fe. Era una nulidad de efectos recortados, circunscritos a las partes contratantes. Contra el tercero que de buena fe había adquirido el bien del simulador en cuyo patrimonio figuraba aparentemente, no se concedía reivindicación ya que él ignoraba el pacto oculto y para contratar se había atendido al ostensible.

De 1935 en adelante, la Corte varió su jurisprudencia para decir que la simulación, en sí, no es causa de nulidad y de esta manera se ha expresado dicha Entidad:

"De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona capaz, movida por causa justa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. Lo que puede hacerse en público también puede efectuarse en privado, aunque el contrato secreto tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad, faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también estos se han llenado aunque sea prestándole el ostensible sus formalidades al oculto, no puede negarse la validez del último.

Cuando faltan capacidad, o perfecto consentimiento, o causa u objeto lícito, o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza, se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio". (Casación de 24 de octubre de 1936— G. J. Nro. 1914).

"Ni la simulación, ni el uso de medios jurídicos sustitutivos son en sí ilícitos. En efecto, no hay razón para prohibir a las gentes el disimular por medio de actos jurídicos el verdadero fin

Para el efecto, pues, de tener la acción y poderla invocar no hay diferencia entre la parte misma y los terceros.

El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que pueden acudir unos y otros.

Esas diferencias pueden subordinarse a la siguiente consideración:

a). Si el acto se celebró por escrito, la parte misma que lo celebró debe demostrar el acto oculto también por escrito o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba por escrito, etc.

b). Sus herederos en la misma hipótesis de que el acto ostensible se celebró por escrito, para ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiere querido y podido ejercitar, es decir, la acción que heredaron de su causante, también están obligados a dar la prueba del acto oculto por escrito, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la otra parte, complementadas en este caso por todo medio probatorio. Pero si el acto ostensible que celebró su causante, aún por escrito, lo fue en fraude de los derechos de la herencia, entonces el heredero o herederos que ejercitan la acción de simulación vienen a ser, no ya los sucesores que continúan la persona jurídica del causante, sino terceros respecto de él, que defraudó su derecho herencial, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio que le sirve a los acreedores de prenda. Entonces la prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita, ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada por otros medios probatorios; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, a la de presunción, a la de testigos y en general a todos los medios probatorios". (Casación de 30 de septiembre de 1936— G. J. Nro. 1911).

Para que los acreedores puedan intentar la acción de simulación contra el acto cumplido por el deudor en fraude de sus derechos, es menester demostrar que el patrimonio de este se menoscabó o disminuyó en tal forma que no es suficiente ya para responder al pago de sus obligaciones y además, que el crédito es anterior al acto incriminado. Los acreedores posteriores al acto simulado carecen de la acción.

*Continúa en los libros
Fotocopiados.*

Derecho Penal Especial



POR EL DR.
GUSTAVO RENDON G.