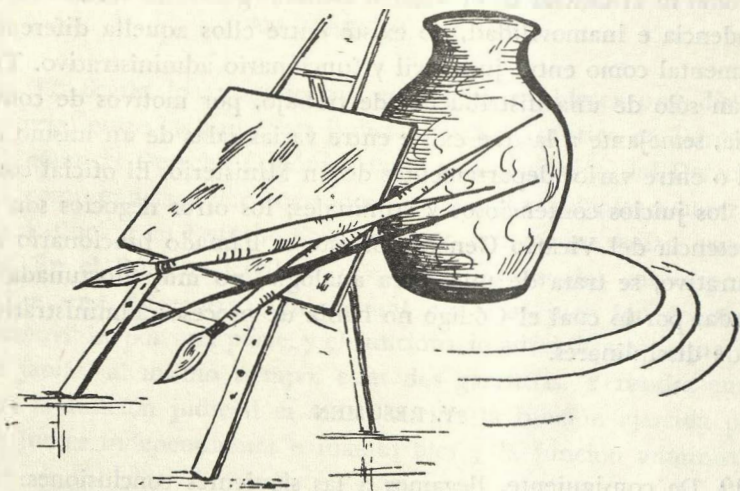


garantías (o no las tienen al mismo tiempo). Por lo tanto, la función judicial es la ejercida por jueces y la administrativa la ejercida por funcionarios administrativos;

c) En Derecho Canónico no es admisible esta distinción, porque no hay diferencia fundamental entre Oficial y Vicario General;

d) Luego no existe, en Derecho Canónico, una verdadera distinción entre las potestades judicial y administrativa. Trátase tan sólo de una división de trabajo y el Vicario General es llamado funcionario administrativo tan sólo por analogía;

e) Tampoco existe, por lo tanto, diferencia fundamental en Derecho Canónico entre proceso judicial y proceso administrativo. Este último, llamado también —y con más propiedad— proceso disciplinario, es sencillamente un proceso sumario.



La cesión de deudas en el Derecho Civil Colombiano

Por GUSTAVO FAJARDO PINZON

I

En el campo de los contratos es principio soberano el de que ellos se rigen por las estipulaciones libremente acordadas por las partes, en cuanto no sean contrarias a normas legales prohibitivas o de imperativo cumplimiento. De aquí que la mayor parte de las disposiciones de la ley civil sobre contratos, tengan un carácter, ya supletorio, ya interpretativo de la voluntad de los contratantes; y que esa misma ley no intervenga para impedir ciertas estipulaciones y hacer producir a otras precisos efectos ineludibles, sino en determinados casos de atención a superiores consideraciones de orden público, en los varios aspectos de esta noción trascendental.

La novación es un fenómeno jurídico esencialmente intencional. Por eso, dice el artículo 1693 del Código Civil que “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”.

Es verdad que el mismo Código señala la sustitución de un nuevo deudor al antiguo que queda libre, como un modo de novación, es decir, como creación de una nueva obligación, distinta de la primitiva que desaparece. En lo cual, el legislador no hace sino estatuir un sistema que, —si en el Derecho Romano, influido de formalismo y rigor geométrico, encadenó a sus imperativos la suerte de las obligaciones—, en el Derecho Colombiano, siguiendo la inspiración de la doctrina y de los códigos contemporáneos, no debe entenderse sino como una forma técnica de dar aplicación a la voluntad de las partes.

Pero, si el ánimo de éstas es distinto, o sea, el de que solamente haya un cambio de la persona del deudor, sin aniquilar la prístina entidad de la obligación original, *produciéndose así una Cesión de la deuda del responsable inicial al sustituto*, entonces no se encuentra ninguno de los dos únicos obstáculos que lógicamente pudieran oponerse a semejante estipulación, a saber: la prohibición de la ley y el contrasentido institucional.

No lo primero, porque no existe en paso alguno del Código Civil precepto que impida o anule dicho pacto.

No lo segundo, porque, ontológicamente hablando, en el campo de nuestro Derecho no es de la esencia de la obligación, la inmutabilidad de deudor. Es la propia ley quien consagra varios casos de cambio de deudor, sin variación de la obligación misma, lo que permite sostener que, en último término, la sustancia de ésta se contiene en la prestación debida.

Efectivamente, casos de cambio de deudor sin novación de deuda son, por ejemplo, los siguientes:

El del artículo 851 del Código Civil, según el cual “el usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo”;

El del artículo 855 *ibídem*, conforme al cual “serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y, en general, las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria, y que durante el usufructo se devenguen...;

El del artículo 2020 *ibídem*, que declara a los adquirentes de inmuebles arrendados, “obligados a respetar el arriendo”, cuando concurren las circunstancias en el mismo texto previstas;

El del artículo 2023 *ibídem*, que dispone que “si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo de la cosa arrendada, subsistirá el arriendo y se sustituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador. Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 2020”.

En todos estos casos, como puede verse, la ley establece verdaderas transmisiones de deudas entre vivos, a título singular.

Siendo antecedente del título de nuestro Código Civil sobre la novación, su correspondiente del código civil francés, no sobra citar aquí las opiniones de algunos de los más autorizados doctrinantes en el ámbito de aquella legislación.

Entre los más recientes, podría citarse a Foignet y Dupont y Laborde-Lacoste.

Foignet y Dupont dicen: “Se entiende por cesión de deuda la operación jurídica consistente en sustituir un deudor a otro, sin destruir la obligación y sin reemplazarla por una obligación nueva... Fue en el código civil alemán (art. 414 a 419) donde esta operación se reglamentó por primera vez bajo el nombre de *Schuldubernahme*... Nuestro código civil (el francés) es mudo respecto de la cesión de deuda... Pero, si el código no ha hablado de la cesión de deuda, nada se opone a que las partes se entiendan para realizar una operación semejante; puesto que ningún texto lo prohíbe, y se debe, desde luego, respetar, sobre este punto, el principio de la libertad de las convenciones” (*Manuel Elementaire de Droit Civil*, París 1946, t. 2º, págs. 353 y 354).

Laborde-Lacoste, después de manifestar que “el código civil (el francés) no consagra la cesión de deuda como institución general”, agrega: “*Hipótesis en las cuales se admite la cesión de deuda:...* 2º Es bien evidente que, por convención formal, el acreedor y los garantes pueden consentir en la cesión de la deuda por el deudor a un tercero.” (*Exposé Methodique de Droit Civil*, París 1947, t. 2º núms. 584, 586, págs. 247 y 248).

Y ya desde tiempo atrás, tratadistas clásicos, de la talla de Baudry-Lacantinerie y Barde, de Planiol y Ripert y de Josserand, habían propugnado idéntica tesis.

Así, Baudry-Lacantinerie, en su *Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*, parte *Des Obligations* con la colaboración de Barde, t. III, núm. 1766, enseña: “¿La sucesión a título particular en las deudas, tal cual está organizada por el código civil alemán, es posible bajo el imperio de nuestro código civil? Sí, respondemos nosotros, *fundándonos en el principio de la libertad de las convenciones...* Sin duda, el legislador quiere que, si se entiende hacer una novación, la deuda primitiva sea extinguida y con ella, *salvo el caso de reserva expresa*, las hipotecas y privilegios que la garantizaban. Pero, ninguna disposición del código civil prohíbe la sucesión a título particular en las deudas de otro; ninguna de sus disposiciones implica la impo-

sibilidad de ceder una deuda bajo el imperio de nuestra legislación. Si, pues, las partes entienden hacer esta operación, hay que decidir que la deuda primitiva pasa sobre la cabeza del cesionario con sus excepciones y sus garantías reales, y aun cuando no se hubiera efectuado la reserva relativamente a estas últimas...

Por su parte, Planiol y Ripert, en su *Traité Pratique de Droit Civil Francais*, t. VII, *Obligations*, en colaboración con Esmein y otros, núm. 1147, concluyen así: "Ahora no parece dudoso que, al presente, en derecho francés, en virtud del principio de la libertad de las convenciones, nada impide a los interesados realizar una operación conforme a la noción del 'transport de dette' (transferencia de deuda). El carácter estrictamente personal de la obligación, desde el punto de vista pasivo, no es de orden público..."

A su turno Jossierand en su *Course de Droit Positif Francais*, t. II, núm. 830, pág. 449, dice: "4º No parece que nada se oponga a que las partes elaboren una operación sobre el tipo de la *reprise* (toma) de deuda; el silencio del código civil no es una objeción. El gran principio de la libertad de las convenciones que ha permitido el nacimiento y el desarrollo de operaciones tales como los seguros de vida, la fundación, el contrato de edición, es capaz de dar asilo a esta categoría jurídica particular que representa la cesión de una deuda."

Y antes que todos ellos, Saleilles, en su *Etude Sur la Nature Generale des Obligations*, según el nuevo código civil alemán, tercera edición, París, 1914, en nota 3 al pasaje número 82, refiriéndose al código civil francés, dice: "El código civil ignora la cesión de deudas; esto es indiscutible. Pero ¿podrían las partes consentir en una verdadera cesión de deudas, fundándose sobre el principio de la libertad de las convenciones? Esto es una cuestión muy distinta. Y a nuestro parecer, lo podrían, puesto que no hay un artículo del código que a ello se oponga... ¿Podría objetarse que la concepción teórica que los autores del código civil se han formado de la obligación, nos vincula a ella? No. Siempre es permitido a la ciencia introducir un principio nuevo y a la práctica aceptarlo, cuando este principio no debe modificar ninguna de las soluciones de la ley escrita y debe conducir solamente a llenar las lagunas de la ley..."

Y si nos acercamos ahora al más notable, quizás, de los comentaristas del código civil chileno, patrón del nuestro, —me refiero a don Luis Claro Solar—, encontramos en su notabilísima obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, la siguiente luminosa exposición sobre la materia de que se trata:

"1767.—La Comisión reformatora del Código Argentino, siguiendo el anteproyecto de Bibiloni, ha admitido la cesión de deudas, con el nombre de *transmisión de deudas* en lugar de *asunción de deuda* que es el nombre del título propuesto por Bibiloni (167). Las disposiciones propuestas por la Comisión en su proyecto están sacadas, como aparece en las notas de Bibiloni, de los artículos de los códigos alemán y suizo y una que otra del código austriaco; y en ellas se reproducen los principios seguidos en dichas legislaciones.

"1768.—Se ve, en las legislaciones a que hemos hecho referencia, cuánto ha variado la noción moderna de la obligación, con respecto a lo que era en el antiguo derecho civil.

"Aun bajo el punto de vista pasivo, no se la considera como un vínculo personal, salvo excepcionalmente cuando su ejecución es exclusiva del obligado y no puede ser susceptible de emanar de otro que no sea el deudor primitivo considerado en la convención en razón de sus aptitudes o de sus cualidades particulares. Fuera de esta hipótesis, en efecto, la persona del deudor no es uno de los elementos esenciales de la deuda: La esencia de la obligación consiste, según la expresión de Saleilles, 'en la naturaleza de la prestación por ejecutarse', la manera como debe ser cumplida y 'la suma de actividad que puede exigir lo que se ha llamado el contenido de la obligación, el praestare de los romanos', y este praestare, 'puede tener un valor aparte, independiente de la persona, y circular como tal' (168). La persona del deudor se hace de este modo extraña a la esencia de la obligación; y no tiene importancia sino desde el punto de vista de las probabilidades más o menos seguras de pago. No puede verse, por eso, en el cambio de deudor un cambio de la obligación: ésta queda la misma en absoluto, como queda la misma en el caso de cambio de acreedor por medio de la cesión de derechos.

"1769.—¿La sucesión de deudas a título singular, tal como se halla organizada en los códigos alemán y suizo es posible bajo el imperio de nuestro Código Civil? Esta pregunta se la han hecho algunos comentaristas del código francés, que en la teoría de las obligaciones, como hemos tenido la oportunidad de observarlo varias veces, ha sido seguida en sus principios fundamentales por nuestro código; y han contestado afirmativamente (169).

"En el hecho, siendo fundamental el principio de la libertad de las transacciones y no existiendo ley alguna que lo prohíba, no se ve el inconveniente jurídico que pudiera tener tanto el contrato de un

deudor con un tercero para que lo libere de una obligación que debe ejecutar, como el contrato de ese tercero con el acreedor para que lo acepte como deudor en sustitución del primitivo y dejando libre a éste.

“Se objetará seguramente, y en el hecho se ha objetado, que no es permitido a los particulares crear un derecho nuevo, un derecho que desconozca la noción que da el Código Civil de la obligación. Es indiscutible que el Código Civil ignora la cesión de deudas; pero esto no quiere decir que las partes no pudieran convenir en una operación jurídica de esta especie, que es una cuestión muy distinta. ¿Acaso la concepción teórica que el Código se haya formado de la obligación puede ligarnos? ‘No, responde Saleilles (170), es siempre permitido a la ciencia introducir un principio nuevo y a la práctica aceptarlo, cuando este principio no debe modificar ninguna de las soluciones de la ley escrita y debe llegar únicamente a llenar sus vacíos.’ El derecho no se detiene en su constante evolución, a pesar de la codificación que, si es en general un beneficio, puede sin embargo, detener innovaciones convenientes; no se detiene y hace nuevas conquistas que puede incorporar desde luego a su activo, si no modifica las soluciones aceptadas por el legislador, o que se manifiesten como reformas indispensables de la ley positiva que tarde o temprano el legislador ha de aceptar. ‘La codificación, dicen Baudry-Lacantinerie y Barde (171), que es considerada con razón como un beneficio, no podría poner un límite a la marcha del progreso jurídico, excluyendo las nuevas concepciones que responden a las necesidades nuevas. Los legisladores no tienen que construir teorías, sentar principios: ésta es la obra de los jurisconsultos. El rol de los legisladores consiste en consagrar soluciones.’” (Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. XII, de las *Obligaciones* III, págs. 466 a 468, núms. 1767 y 1768).

ESTADO DE LA CUESTION EN COLOMBIA

Por lo que hace a la jurisprudencia de los tribunales colombianos en el particular, es ella notablemente escasa, por la sencillísima razón de que, bajo la vigencia de nuestro código civil, el criterio general de abogados y jueces ha sido el de admitir sin reparo la operación conocida con el nombre de *subrogación de deudor*, cuya ocurrencia más frecuente se advierte en los negocios sobre inmuebles hipotecados, en que el adquirente de la finca toma a su cargo la deuda

por ella garantizada, con el consentimiento del acreedor quien, reservándose la caución real, da por libre al deudor primitivo.

Conforme con esta práctica, puede verse la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que, cuando tuvo que tocar este asunto, en sentencia de Casación Civil de fecha 31 de mayo de 1940, publicada en el tomo XLIX de la *Gaceta Judicial*, núms. 1957 y 1958, págs. 498 y 499, enseñó lo siguiente:

“...En el derecho moderno se permite a las partes cambiar los términos de una relación jurídica y particularmente *transmitirla* activa o *pasivamente*. La cesión de créditos ha restado mucho de su importancia e interés a la novación y por eso observan los autores que este medio extintivo tiende a desmembrarse o disolverse en provecho de figuras o instituciones vecinas, como la cesión de créditos, la *cesión de la obligación*, y la dación en pago. Esta desmembración ha dado como resultante que en algunos códigos modernos, como el alemán, la novación no exista y que el código suizo de las obligaciones no le consagre sino dos artículos”...

“Finalmente, la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la transferencia de las deudas, del factor pasivo de las obligaciones, sin que se requiera una novación, pues aseveran que, así como la simple *mutatio creditoris* no entraña novación por sí sola, lo cual se verifica en la cesión de créditos, la simple *mutatio debitoris* debe seguir lógicamente la misma regla. El código colombiano, como el código francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctrinantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aun sin el consentimiento de éste.”

Pero, aun suponiendo que imperase el silencio de la Corte Suprema de Justicia en la materia, ante la práctica general uniforme e inveterada en nuestro país, de la subrogación de deudor, tal como queda descrita y de su acogida por jueces y tribunales en los varios procesos, tales como juicios de sucesión, juicios ejecutivos y otros análogos que en sus despachos cursan, no siendo tal operación contraria a prohibiciones o disposiciones imperativas de la ley, ni al orden público, ni a la moral, si no fuese ya por el argumento Aquiles de *la libertad de las convenciones*, por tantos maestros de la ciencia jurídica invocado, se tendría necesariamente, en apoyo de tal práctica, el no menos poderoso argumento de la *costumbre*, que, como lo enseña el artículo 13 de la ley 153 de 1887, *siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*.

CONCLUSION

Se impone, pues, aceptar que, en Colombia la sustitución de un deudor por otro, con el asentimiento del acreedor que deja libre al primitivo obligado, puede revestir una de dos formas jurídicas, a saber:

a) O las partes no entienden conservar la identidad de la obligación primitiva, y entonces se efectuará una novación, con todas sus consecuencias (artículos 1690, ord. 3º y 1693 del C. C.);

b) O bien, las partes, en virtud de la libertad de las convenciones, acuerdan excluir la novación o sea mantener la identidad de la obligación primitiva, a pesar del cambio de deudor, y entonces habrá una cesión de deuda del antiguo al nuevo responsable, fijándose sobre la cabeza de este último la primitiva obligación, sin perder su identidad y conservando, por lo tanto, todas sus calidades y ventajas.

Es clarísimo que, en el primer caso, podrán reservarse las garantías reales de la primitiva obligación, en la forma que determina la ley, según se verá adelante; y que, en el segundo caso, la reserva de las garantías reales constituídas por terceros sólo podrá tener lugar con el asentimiento de éstos, cuya situación contractual no admite el ser alterada sin su voluntad.

II

Si en gracia de discusión hubiera de suponerse que, en el campo de la ley colombiana, la cesión de deudas implica en todo caso novación, no obstante cualquiera estipulación en contrario, todavía así resulta incuestionable que *las partes pueden evitar la extinción de las garantías reales de la primitiva obligación, estipulando su reserva* en pro del nuevo crédito. Y, si esas garantías gravitan sobre bienes de terceros, desde luego será necesario que éstos convengan expresamente en la reserva.

Tal la doctrina del artículo 1701 del Código Civil, cuyos dos primeros incisos son del tenor siguiente:

“Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva.

“Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale, cuando las cosas empeñadas e hipotecadas pertenecen a terceros que no acceden expresamente a la segunda obligación.”

Mas, como pretende argüirse que el artículo 1702 del código civil dispone que “si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento”; y que, por lo tanto, el adquirente de un inmueble gravado con hipoteca en seguridad de una deuda del tradente, sin embargo, de hacerse cargo de la obligación personal, no puede estipular la reserva de tal gravamen, cabe declarar que semejante argumento es inaceptable, por fundarse en una interpretación errónea de la citada disposición del artículo 1702.

En efecto: cuando el texto legal enseña que “la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor”, mal puede referirse dicha imposibilidad a los bienes que de antemano venían gravados por el antiguo deudor y que adquiere el nuevo, porque eso, de parte del legislador, sería quitar con una mano lo que ha dado con la otra, esto es, caer en la antinomia, haciendo que la reserva de garantías reales ya permitida por el artículo 1701 sea imposible, por obra del artículo 1702, en la mayor parte de los casos en que palpita su necesidad práctica y que son los de más frecuente ocurrencia en el comercio jurídico.

Como al autor de la ley hay que suponerlo, no sólo consecuente con sus determinaciones, sino atento a las necesidades sociales que por medio de las instituciones está llamado a atender, hay que afirmar aquí, sin vacilación de ningún género, que cuando por el artículo 1702 dispuso que “la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor”, apenas entendió referirse a los bienes de éste, *distintos de los originalmente gravados* y, por lo tanto, tratándose de fincas, inmuebles del nuevo deudor *distintos del que ya hipotecado adquiere*, para que so capa de reserva no vaya a pretenderse que las hipotecas pueden saltar de unas fincas a otras.

Es más: cuando las cosas empeñadas o hipotecadas para garantía de la obligación primitiva pertenecen a terceros, el inciso segundo del artículo 1701 del código civil, copiado atrás, otorga plena validez a la reserva de tales prendas e hipotecas si los dichos terceros acceden expresamente a la segunda obligación.

No habría, pues, lógica alguna, sino flagrante contrasentido, en prohibir al nuevo deudor, adquirente de la cosa ya empeñada o hipo-

tecada, la reserva de garantías, permitida a los terceros; porque si a éstos se le sacepta tal operación, *a fortiori* debe permitírsele al nuevo deudor, que no es un tercero sino parte en el vínculo de la obligación principal.

En apoyo de esta tesis, me permito citar a continuación algunas autoridades en el campo de la doctrina, así:

El tratadista colombiano don Fernando Vélez, en su *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, t. VI, núm. 449, refiriéndose al primer inciso del artículo 1702, dice así:

“De este artículo y del que lo precede, puede deducirse este principio que no tiene excepción: la reserva de las prendas e hipotecas, —no de privilegios en general—, no puede hacerse sino sobre los bienes empeñados o hipotecados para garantía de la primitiva obligación, *consintiéndolo expresamente el dueño de ellos en el contrato de novación*, y sin que la reserva pueda comprender mayor suma que la de la primitiva obligación. Se funda este principio en que la reserva retrotrae la existencia de la hipoteca o prenda a que se refiere, hasta el día de la perfección de la primitiva obligación. De modo que de ese día en adelante se surten los efectos de la reserva respecto de preferencias entre acreedores hipotecarios etc. Del principio anterior resulta claramente, refiriéndolo al artículo 1702: 1º Que si la novación consiste en el cambio de deudor, no puede haber reserva de hipoteca o prenda de bienes del nuevo deudor, aunque convenga en ella, *por la simple razón de que la reserva no puede ser sino sobre bienes empeñados o hipotecados desde la perfección de la primera obligación*. El nuevo deudor podrá hipotecar o dar en prenda sus bienes para garantía de la obligación que contrae, pero estas cauciones no tendrán efecto sino desde el día en que se constituyan.”

El tratadista chileno Alessandri Rodríguez, en la *Teoría de las Obligaciones*, primera parte, página 373, refiriéndose al primer inciso del artículo 1643 del código civil chileno, exactamente igual al primero del artículo 1702 del código civil colombiano, se expresa así:

“3) La tercera limitación es la del inciso 1º del artículo 1643 que dice: “Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento.”

“¿Qué quiere decir esto? En términos al alcance de todos, *que las hipotecas no saltan de una propiedad a otra*. Si el legislador hubiera autorizado la reserva en sentido opuesto al que indica el ar-

tículo 1643, habríamos tenido como resultado que las hipotecas que estaban constituidas sobre la finca perteneciente al primer deudor habrían saltado y venido a colocarse sobre los bienes del nuevo deudor, y eso no es sólo jurídicamente imposible, sino físicamente imposible. La disposición del artículo 1643 significa que no pueden las partes convenir, aunque el nuevo deudor lo acepte, que las hipotecas constituidas sobre los bienes del primer deudor, pasen a colocarse sobre los bienes del nuevo deudor...”

En igual sentido, Planiol y Ripert, en su *Traité Elementaire de Droit Civil*, 11ª edit., t. II, núm. 550, enseñan lo siguiente:

“*Conservación convencional de las garantías primitivas.*—¿Podrían las partes conservar las garantías diversas de la obligación primitiva, para vincularlas a la nueva acreencia? La ley se lo permite, pero bajo ciertas distinciones que el código ha tomado de Pothier: 3º *Privilegios e hipotecas.*—Estas seguridades reales pueden conservarse por el acreedor, pero solamente con el consentimiento del propietario, de los bienes sobre los cuales están constituidas. Tal era la fórmula de Pothier, y tal es aun, aunque otra cosa se diga, el sistema del código. El art. 1279 (del código francés) da una decisión que se hubiera sobreentendido fácilmente: cuando la novación se opera por cambio de deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no pueden pasar sobre los bienes del nuevo obligado. *Las seguridades reales no se desplazan de un bien a otro, aun dentro del patrimonio de una misma persona, con mayor razón de un patrimonio a otro...*”

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.—La doctrina aquí propugnada tiene la acogida de la Corte Suprema de Justicia, como justamente puede verse en la sentencia de la Sala de Negocios Generales, de fecha 31 de agosto de 1942, visible al tomo LIV, números 1989 y 1990, páginas 380 a 383. Era el caso de que un tercero había hipotecado un inmueble suyo para garantía de una obligación ajena en favor del Gobierno; posteriormente, el dicho tercero se hizo cargo de la deuda, estipulándose expresamente la reserva de la hipoteca; y, más tarde, cuando en juicio de ejecución con jurisdicción coactiva y acción real contra la finca hipotecada se alegó como excepción el fenómeno de la novación, llegado el litigio a la Corte, ésta, si bien no encontró consumada la novación, por falta del asentimiento del acreedor a dar por libre al deudor original, con todo,



para el supuesto de que la novación se hubiera operado, la Corte desechó la excepción, fundándose en los mismos argumentos de los tratadistas Alessandri Rodríguez y Fernando Vélez, atrás citados.

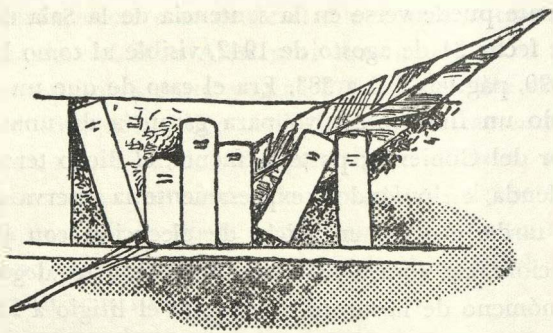
De tal sentencia son los siguientes apartes:

“Empero, aun suponiendo que sí se operó la novación, y que el primitivo deudor doctor N. hubiera quedado libre, lo cierto fue que en la escritura de traspaso los otorgantes convinieron expresamente en la reserva de la garantía hipotecaria. El texto que se transcribió de la escritura no deja la menor duda sobre la reserva expresa de la hipoteca con que antes se garantizaba la obligación del doctor N.

“Por lo tanto el artículo 1702 no puede extenderse a los bienes que el nuevo deudor ya había hipotecado para responder de la obligación del anterior, la cual aquél asume por novación. El artículo no se refiere a ese caso, en el que no hay inconveniente para que la reserva tenga pleno efecto, pues los acreedores del nuevo deudor no sufren ningún perjuicio, por tratarse de bienes que ya estaban hipotecados para responder de la obligación.”

CONCLUSION

Según el derecho colombiano, en el caso de novación por causa de sustituirse al antiguo deudor, que queda libre, uno nuevo, adquiriendo éste los bienes ya empeñados o hipotecados para garantía de la primera obligación, no hay obstáculo alguno para que, en pro de la nueva deuda, se haga expresamente, por el convenio de todas las partes que intervienen en la operación novatoria, la reserva de las dichas garantías primitivas.



El error que excluye el consentimiento según el Derecho romano, lo vicia según nuestro Código Civil. Diferencia de sistemas

Por CARLOS J. MEDELLIN

El derecho romano clasifica en dos grupos los hechos que afectan el consentimiento en un contrato, según sea el resultado que ellos producen, a saber: los hechos que excluyen de manera absoluta el consentimiento, y los que solamente lo *vician* sin excluirlo. Son los primeros: el *error in negotio* o *in natura conventionis*; el *error in corpore*, y en cierta clase de contratos el *error in persona*. No mencionamos aquí el *error insubstantia*, porque su efecto destructor del consentimiento sólo llegó a admitirse en el contrato de compraventa a favor de comprador, y no de manera uniforme. Son los segundos, la *violencia* y el *dolo*.

El sistema de nuestro Código Civil a este respecto se aparta un tanto del sistema romano que acabamos de anunciar. Así el error, en sus distintas clases ya indicadas, como la violencia y el dolo producen tan sólo un *vicio* en el consentimiento.

Y entre *ausencia de consentimiento* y *consentimiento viciado* existe fundamental diferencia. Porque si hay un hecho o circunstancia que ha impedido la producción del consentimiento, el contrato no se genera, toda vez que aquél es un elemento esencial para la existencia de éste. Al paso que si hubo consentimiento, aunque viciado, el contrato nace a la vida jurídica, si bien con un vicio congénital que puede conducirle a su invalidación.

Ahora bien, véase el resultado que se produce con cada una de las clases de error que señalaron los romanos: