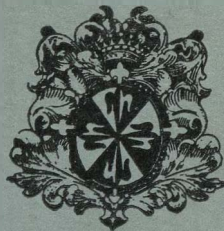


RE - 001 (2) CI

Revista
del Colegio Mayor de
Nuestra Señora del Rosario



AÑO LVI - SEPTIEMBRE - DICIEMBRE 1962 - No. 460

BOGOTÁ — COLOMBIA

REVISTA
DEL COLEGIO MAYOR
DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

CONTENIDO

FUNDADOR:

MONS. RAFAEL MARIA CARRASQUILLA

RECTOR:

MONS. JOSE VICENTE CASTRO SILVA

REDACTOR:

MARIO SUAREZ MELO

ADMINISTRADORA:

CLARA FORERO



(TARIFA REDUCIDA EN EL SERVICIO POSTAL DEL MINISTERIO DE
CORREOS. LICENCIA NUMERO 1848)

AÑO LVI — SEPTIEMBRE - DICIEMBRE 1962 — No. 460

NOTA DE LA REDACCION

Presentamos un capítulo de los apuntes del curso de Obligaciones que el doctor José Antonio Villegas López dicta en la Facultad de Derecho del Colegio. La forma como el catedrático expone la "Teoría de la ejecución directa de las obligaciones", y las conclusiones a que llega, nos ha parecido digna del mayor interés.

Tradicionalmente los autores tratan esta materia en función del objeto de la obligación. Así, la efectividad del derecho a la ejecución directa de las obligaciones varía según que la prestación debida consista en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Lo que equivale a que el derecho primordial del acreedor al pago efectivo quede subordinado a la naturaleza del objeto de las obligaciones, o, como expresa el doctor Villegas, significa que se subordina el fin a los medios.

El doctor Villegas hace un planteamiento enteramente distinto de la materia. Considera el derecho al pago efectivo independientemente del objeto de las obligaciones; señala su supremacía indeclinable, expresamente consagrada en nuestro código civil, y no reconoce más limitaciones a ese derecho primordial del acreedor que la imposibilidad material de hacerlo efectivo. Solo por esta razón se justifica que el acreedor abandone su pretensión de obtener la ejecución directa de la obligación y tenga que conformarse con la ejecución compensatoria o por equivalente. "Pero ello no depende entonces de la naturaleza del derecho de obligaciones sino de la naturaleza misma de las cosas".

Como la organización de nuestros procedimientos de ejecución se ha inspirado en la doctrina tradicional, el doctor Villegas advierte una evidente inconsecuencia entre la ley sustantiva que consagra expresamente la preeminencia del derecho del acreedor al pago efectivo, y la ley adjetiva que consagra los procedimientos de realización de ese derecho.

TITULO II

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

José Antonio VILLEGAS LOPEZ

La obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona, llamada deudor, queda sujeta con respecto a otra, llamada acreedor, a ejecutar un acto. Este acto puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Por el solo hecho de contraer una obligación el deudor se encuentra en la necesidad jurídica de cumplir la prestación debida, y compromete no solamente su actividad personal sino la universalidad de su patrimonio, en garantía de cumplimiento. Es natural entonces que la ley deba suministrar al acreedor los medios de hacer efectiva la obligación y proveer las medidas necesarias para salvaguardar el patrimonio del deudor y, en ciertos casos, del mismo acreedor.

La sujeción en que se encuentra el deudor de cumplir su obligación se traduce en una serie de derechos que la ley confiere al acreedor para garantizarle el interés que espera derivar del cumplimiento de la obligación. Tales derechos se denominan "efectos de las obligaciones". Los efectos de las obligaciones son, pues, el conjunto de derechos que la ley confiere al acreedor para asegurarle el beneficio que representa el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.

Estos derechos son de tres clases: 1º Un derecho principal, que consiste en la facultad de exigir el pago efectivo de la obligación. 2º Un derecho secundario, que consiste en la facultad de obtener una indemnización pecuniaria cuando el deudor no cumple la obligación, y 3º Un derecho auxiliar que consiste en la facultad de tomar las medidas necesarias para preservar la integridad del

patrimonio del deudor y, en ciertos casos, para preservar el propio patrimonio del acreedor.

Los derechos antes enumerados son inherentes a la calidad de acreedor. Ellos se entienden sin embargo respecto de las obligaciones puras y simples. Las obligaciones sujetas a modalidades o de objeto complejo tienen efectos especiales que son materia de un estudio aparte.

Dividiremos, pues, la materia en tres capítulos:

CAPITULO I—Derecho principal de acreedor, o teoría de la ejecución directa de la obligación.

CAPITULO II—Derechos secundario del acreedor, o teoría de los daños y perjuicios.

CAPITULO III—Derecho auxiliar del acreedor, o teoría de las medidas de salvaguardia del patrimonio del deudor y del acreedor.

CAPITULO I

Derecho principal del acreedor, o teoría de la ejecución directa de la obligación.

El derecho del acreedor a obtener el cumplimiento de la prestación debida es el efecto inmediato y directo del concepto mismo de obligación. El deudor se encuentra en la necesidad jurídica de ejecutar un acto en provecho del acreedor simplemente porque éste tiene derecho a la ejecución de ese acto. El derecho al cumplimiento de la prestación debida no es, pues, otra cosa que la obligación misma considerada desde el punto de vista del acreedor. Este derecho es, por consiguiente, de la esencia de la obligación. De ahí que el derecho a obtener la ejecución en la forma y tiempo debidos sea el **derecho principal** de todo acreedor.

Quando el acreedor obtiene el cumplimiento de la prestación debida se dice que hay **pago efectivo**. “El pago efectivo, dice el artículo 1626 del C.C., es la prestación de lo que se debe”.

También la ley dispone cómo debe hacerse el pago. “El pago se hará, dice el artículo 1627 del C. C., **bajo todos respectos en**

conformidad al tenor de la obligación, sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”.

Quando el deudor paga espontáneamente, cumple su obligación; pero es claro que si el acreedor tiene derecho al pago efectivo la ley debe proporcionarle los medios de hacer efectivo ese derecho, aun contra la voluntad del deudor. La ejecución de una obligación puede, pues, ser voluntaria o forzada; y, en consecuencia, el legislador debe establecer los procedimientos para obtener la ejecución forzosa de la prestación debida.

Los medios de ejecución forzosa son en general los distintos procedimientos jurídicamente regulados por medio de los cuales los órganos competentes del Estado dan efectividad a los derechos del acreedor, mediante el empleo de medios coercitivos contra el obligado. La ley organiza diversos procedimientos ejecutivos que tienen por objeto la realización de derechos especiales. Pero fuera de los casos en que es posible ejecutar la sentencia dentro del mismo juicio en que se pronuncia, existe un procedimiento ejecutivo que es aplicable a numerosos supuestos. Tal es el llamado juicio ejecutivo propiamente dicho. Y como en este capítulo tratamos del cumplimiento forzado de las obligaciones en general, estudiaremos los medios de ejecución forzosa de las obligaciones en función de este procedimiento.

De otra parte, el pago puede hacerse directamente por el deudor, o por un tercero, a nombre de éste y aun contra su voluntad. Dice, en efecto, el artículo 1630 del C. C.:

“Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor”.

Los procedimientos ejecutivos se inspiran en esta idea. Ellos se traducen, en general, en una voluntad sub-rogatoria por virtud de la cual los órganos jurisdiccionales tendrán que cumplir lo que el deudor no quiso realizar voluntariamente. En ocasiones dichos órganos ejecutan ellos mismos lo que el obligado no quiere cumplir; en otras autorizan actividades de sustitución. Por ello estos procedimientos se denominan subrogatorios.

Quando el acreedor persigue el pago directamente del deudor dispone del procedimiento ya indicado denominado **juicio ejecutivo**, consagrado en el Título XXXIII del C. J. Cuando prescinde de la persona del deudor puede hacerse autorizar para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus ex-

pensas. Este procedimiento se halla consagrado en el Título XXXI del mismo código y en la Ley 66 de 1945.

Estudiaremos en primer lugar el procedimiento de ejecución directa con intervención del deudor y, en segundo lugar, los procedimientos de ejecución directa sin intervención del deudor.

Procedimiento de ejecución directa con intervención del deudor.

Juicio ejecutivo. El juicio ejecutivo es el medio de ejecución forzosa por excelencia, que se emplea para exigir el pago directamente del deudor. "Puede exigirse ejecutivamente, dice el Art. 982 del C. J., toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible, de hacer o de entregar una especie de cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero. . ."

"Cuando a un juez competente, dice el artículo 996 del C. J., se le presente por parte legítima un título de los que conforme a la ley traen aparejada ejecución, y se pide, en consecuencia, que se decrete la obligación que él expresa, el juez sin citar ni oír al deudor, la decretará inmediatamente". Y agrega el artículo 997 del mismo código:

"El decreto o mandamiento ejecutivo debe contener: 1º

"La orden de satisfacer la deuda que conste en el título ejecutivo. . ."

De la definición de "título ejecutivo", que es el presupuesto obligado de todo juicio ejecutivo, se desprende que este procedimiento sólo es aplicable cuando el acreedor persigue al deudor para el cumplimiento directo de una obligación de dar o de una obligación de hacer.

Se ha sostenido que como el artículo 982 del C. J. no habla de obligaciones de no hacer, no tiene cabida en cuanto a ellas la acción ejecutiva. Para que un título preste mérito ejecutivo es menester que del mismo documento resulte una obligación expresa, clara y exigible, y es palmario que el incumplimiento de una obligación de no hacer es extraña al documento. Entonces el acreedor tendría que presentar la prueba del incumplimiento; de donde resulta que el título **por sí solo** no sería suficiente sino que estaría completado por otras pruebas referentes a la infracción

y se desviaría por consiguiente la acción hacia un campo completamente distinto del juicio ejecutivo (1). "Es preciso en caso de que se realice la infracción que se obtenga un fallo que decrete la indemnización de perjuicios, que sí sería un título ejecutivo; de ahí lo dispone, en cuanto a la obligación de hacer, el artículo 991 del Código" (2).

Conforme al citado artículo 982 se requieren, en efecto, estas condiciones para que una obligación preste mérito ejecutivo: 1º Que conste por escrito; 2º Que el acto o documento constitutivo de la obligación provenga del deudor o de sus causantes; 3º Que el acto o documento constituya por sí solo plena prueba contra el deudor o emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y 4º Que del acto o documento resulte a cargo del deudor una obligación clara, expresa y actualmente exigible de hacer, de entregar o de pagar cantidades líquidas de dinero.

Es cierto que el referido artículo 982 excluye las obligaciones de no hacer, en sí mismas consideradas, del procedimiento ejecutivo. Pero ello no resulta de que el incumplimiento requiera una prueba extraña al título ejecutivo, que exige que el acto o documento constituya por sí solo plena prueba contra el deudor. "Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivos de una obligación ejecutiva está contemplando la unidad jurídica del título mas en manera alguna la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y completándose entre sí constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente" (3).

Si las obligaciones de no hacer no constituyen título ejecutivo es, en nuestro concepto, simplemente porque, por su propia naturaleza, no son susceptibles en sí mismas de ejecución forzosa. Mientras no haya infracción el deudor está cumpliendo su obligación. Solo cuando el deudor infringe la obligación es cuando se concibe el derecho de exigir su ejecución forzosa. Pero entonces no pueden presentarse sino una de estas dos hipótesis: o puede deshacerse lo hecho, o no puede deshacerse. Si puede desha-

(1) Gonzalo Jiménez Mejía, "Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo". En el mismo sentido Luis Felipe Latorre, "Procedimiento Civil Colombiano".

(2) Comisión Revisora del Código Judicial.

(3) Auto, Sala de Negocios Generales, 7 de julio de 1942, LIV, 333.

En el mismo sentido, Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, 2ª Edición, pág. 185.

cerse la cosa hecha, nace la obligación de destruirla, esto es, se origina una obligación de hacer. Si no puede deshacerse lo hecho, nace la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento, esto es, una obligación de dar cuyo objeto es el pago de una suma de dinero.

Por su misma naturaleza, el incumplimiento de una obligación de no hacer transforma, pues, necesariamente el objeto de la obligación en una prestación de hacer o de dar. Transformada, entonces, la naturaleza del objeto de la obligación el acreedor puede ejercitar la acción ejecutiva para obligar al deudor a deshacer lo hecho o a pagarle la correspondiente indemnización de perjuicios por el incumplimiento. Estos principios se halla consagrados en el artículo 1612 del C.C. Dice, en efecto, este artículo:

“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha será el deudor obligado a élla o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. El acreedor quedará de todos modos indemne”.

En síntesis, el acreedor provisto de un título ejecutivo, dispone de un procedimiento legal general para obtener directamente del deudor el pago efectivo de la prestación debida, independiente de su objeto, ya sea que la obligación consista en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Procedimiento de ejecución directa sin intervención del deudor.

El juicio ejecutivo permite, en principio, exigir el pago efectivo de toda obligación, cualquiera que sea la prestación debida. Este procedimiento se ha instituido para obtener el pago directamente del deudor. Pero cuando la obligación tiene por objeto una prestación de hacer o de no hacer, el procedimiento ejecutivo resulta de muy escasa eficacia. En este caso, el auto ejecutivo solo contiene la prevención de que el deudor ejecute el hecho debido dentro de un plazo prudencialmente señalado por el juez. Si no se ejecuta el hecho puede el acreedor pedir que se apremie al deudor con multas por la desobediencia, señalándole nuevo término. Y si el deudor persiste en la desobediencia todo lo que puede hacer el acreedor, dentro del juicio ejecutivo, es

solicitar que se extienda la ejecución al monto de los perjuicios por el incumplimiento, esto es, contentarse con la ejecución por equivalente, o compensatoria.

Si el acreedor solo dispusiera del procedimiento ejecutivo se limitarían, pues, considerablemente sus oportunidades de obtener el pago efectivo. Pero mientras éste sea materialmente posible no hay ninguna razón jurídica que justifique privar al acreedor del beneficio de la ejecución directa de la obligación. Y como, por otra parte, el pago efectivo puede hacerse por el deudor o por un tercero, debe naturalmente existir el medio legal que permita obtener el pago efectivo sin la intervención del deudor, cuando no se requiere un hecho personal y voluntario de la persona obligada. El acreedor puede entonces hacerse autorizar para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas. Esa persona puede ser un tercero, el propio acreedor o el juez mismo. No interesa cuál sea el objeto de la obligación; basta simplemente con que pueda ser ejecutado sin la intervención del deudor. El respectivo procedimiento se halla consagrado en el título XXXI del C. J.:

De la demanda que se presente con la prueba respectiva, a fin de que se autorice al acreedor para que pueda él mismo ejecutar o hacer ejecutar por un tercero el hecho debido, se dá traslado al demandado por tres días. Contestada o no la demanda se abre el juicio a prueba por diez días. Expirado el término probatorio el juez decide dentro de los cinco días siguientes si concede la autorización.

Cuando el hecho debido consiste en la suscripción de un documento o en la constitución de una obligación, se sigue el procedimiento especial consagrado en la Ley 66 de 1945:

El juez requiere al deudor para que en el término que al efecto le señale cumpla su obligación. Si vencido el término, no lo hiciere, el juez procede en su nombre. Si se trata de un instrumento público, se protocoliza con la respectiva escritura o se incorpora al respectivo archivo, conjuntamente con aquél, copia auténtica de la providencia en virtud de lo cual procede el juez (4).

(4) El código judicial de los Estados Unidos de Colombia, adoptado por el art. 1º de la ley 57 de 1887, no consagra ninguna disposición al respecto. La ley 105 de 1923 estableció, en el art. 809, una disposición análoga en las obligaciones de suscribir una escritura pública o una inscripción de una cancelación en los libros de registro de instrumentos. Esta disposición de-

Así, el legislador provee formalmente, los procedimientos legales de ejecución directa de toda obligación, cualquiera que sea el objeto de la prestación debida, ya que es de la esencia de la obligación el derecho al pago efectivo. Si el acreedor persigue el pago directamente del deudor, dispone del procedimiento ejecutivo consagrado en el Título XXXXIII del C. J. Si no es indispensable la intervención personal y voluntaria del deudor, dispone del procedimiento consagrado en el Título XXXI del mismo código y en la Ley 66 de 1945. Ambos procedimientos tienen por fin procurar al acreedor la ejecución directa de la obligación y, en principio, pueden emplearse independientemente del objeto de la obligación. Su elección depende de las circunstancias de hecho, que el acreedor aprecia según su conveniencia. Esta facultad no tiene más limitaciones que la imposibilidad material de obtener el pago efectivo por cualquiera de estos procedimientos, o porque carezca ya de utilidad.

Eficacia de los procedimientos de ejecución directa de las obligaciones.

Supuesto que toda obligación debe tener un objeto moral y materialmente posible, es claro que toda obligación es susceptible de pago efectivo; y es claro también que, como hemos visto, el acreedor debe disponer en todos los casos de un procedimiento legal de ejecución directa. La institución de estos procedimientos no es más que el reconocimiento expreso que hace la ley del derecho principal del acreedor a obtener el cumplimiento de la obligación en su forma original.

Pero no basta con que el legislador formule los procedimientos legales de ejecución directa de las obligaciones. Para que estos procedimientos procuren al acreedor el pago efectivo es necesario que el Estado le preste el concurso de la fuerza pública, que pueda el acreedor, dentro del respectivo procedimiento, forzar materialmente al deudor a ejecutar la prestación debida. Los derechos privados solo tienen valor en la medida en que el Estado se coloca tras de ellos con todo su poder imperativo.

El derecho al pago efectivo implica, pues, la facultad de invocar, con la observancia de las formalidades legales, el concurso

sapareció en el nuevo código judicial, ley 105 de 1931. La ley 66 de 1945 restableció el procedimiento y lo extendió a la obligación de suscribir cualquier documento o de constituir una obligación.

de la fuerza pública para constreñir al deudor a cumplir lo que no quiere ejecutar voluntariamente.

En general, pueden concebirse dos medios de ejecución forzosa de una obligación: 1º La ejecución sobre la persona misma del deudor y, 2º La ejecución sobre sus bienes. Ambos medios son susceptibles de diversas modalidades y corresponden a una concepción muy diferente de los derechos del acreedor. Existen asimismo formas mixtas de ejecución que participan de las características de una y otra.

1º Ejecución sobre la persona. En las legislaciones primitivas, y particularmente en Roma, el deudor respondía con su persona física. En caso de incumplimiento los acreedores podían apoderarse del deudor, disponer de su vida, matarlo y repartirse sus miembros. La expresión "partes secanto" empleada en la ley de la XII Tablas corresponde, sin duda, a esta concepción. Este derecho tenía, como es claro, un efecto simplemente conminatorio y preventivo, y en sí mismo no reportaba ninguna ventaja para el acreedor. Pero luego se concibieron otros medios de mayor utilidad efectiva. La "manus injectio", por ejemplo, permitía pasados 60 días, vender al deudor como esclavo, más allá del Tíber; y al acreedor se permitió también encarcelar al deudor en su ergástula y hacerlo trabajar en provecho suyo. "Qui non solvit in aere luat in cute".

Tales procedimientos fueron cayendo en desuso a medida que se impuso la idea más práctica de que las obligaciones están garantizadas con los bienes del deudor, y no con su persona física. Comenzaron entonces a aparecer los procedimientos de ejecución sobre los bienes, que permiten tomar del patrimonio del deudor los bienes necesarios para el pago de la obligación. Este procedimiento se inicia con el pignoris capio y la bonorum cessio; más tarde aparecen los procedimientos de la bonorum venditio, precedida de la missio in possessionem y, finalmente, los procedimientos especiales de la bonorum distractio y el pignus in causa iudicati captum.

Con todo, los medios de ejecución sobre la persona no desaparecen nunca completamente. La historia presenta ejemplos muy variados de estos procedimientos, bajo la forma de penas corporales o religiosas, empleadas como medio de coacción directa sobre la voluntad misma del deudor, v. gr. la flagelación, o como medios indirectos de vencer la mala voluntad del deudor, v. gr. la encarcelación. El Código de Napoleón, por ejemplo, consagró la prisión por deudas de carácter civil, bajo el epígrafe de

la "Contrainte par Corps", en ciertos casos especialmente determinados, y como medio indirecto de vencer la mala voluntad del deudor recalcitrante (5). Pero fuera de estos casos especiales, prescribió, de una manera general, todo medio directo de coacción sobre la voluntad del deudor o de acción sobre su persona. El artículo 1142 del Código Civil francés formula expresamente este propósito. Más adelante tendremos oportunidad de analizar el alcance de esta disposición.

Por lo que hace a nuestro derecho, la Constitución Nacional prohíbe la prisión por deudas u obligaciones puramente civiles, en el artículo 23. Pero aparte de esta prohibición la ley reconoce diversos medios de ejecución sobre la persona para compeler directa o indirectamente al deudor a cumplir sus obligaciones. Estos medios se hallan consagrados en el juicio ejecutivo y en los distintos procedimientos ejecutivos especiales, de que nos ocuparemos más adelante.

2º Ejecución sobre los bienes. Los medios de ejecución sobre la persona misma del deudor han ido debilitándose en el derecho moderno. Una concepción más humana, más práctica y más efectiva de los derechos del acreedor ha dado una decidida preponderancia a los medios de ejecución forzosa sobre los bienes del deudor. Conforme a esta concepción la obligación confiere al acreedor un derecho sobre la universalidad de su patrimonio, es decir, sobre todos sus bienes presentes y futuros. En virtud de este derecho el acreedor puede tomar por la fuerza, y por supuesto con el lleno de las formalidades legales, indeterminadamente cualquier bien de ese patrimonio para obtener el pago de la obligación, sea en su forma original, sea en forma de indemnización de perjuicios pagándose sobre el producto de la venta de tales bienes. De este modo, puede decirse que, en general, hoy todo acreedor está en capacidad de hacer efectivo su derecho, de obtener satisfacción; y, en efecto, todos los procedimientos de ejecución se resuelven, en definitiva, en la facultad concedida al acreedor de exigir el pago de una suma de dinero.

(5) "Contrainte par Corps" es la facultad de encarcelar al deudor, a expensas del acreedor, para constreñirlo a cumplir la obligación con la esperanza de recuperar la libertad. Era siempre posible en materia comercial, pero en materia civil solo se aplicaba en un número de casos limitativamente determinados en los artículos 2059 a 2070 del C.C., y por deudas superiores a 300 francos. La ley del 22 de julio de 1867 suprimió esta forma de coacción en materia civil y comercial. Hoy solo se aplica a las deudas de carácter civil nacidas de delitos penales, y se extiende no solo a la indemnización de perjuicios, sino a los gastos y costos del juicio.

En nuestro derecho la ejecución sobre los bienes se ejercita mediante las instituciones legalmente consagradas del simple embargo o el embargo y secuestro de los bienes del deudor.

El embargo tiene por objeto impedir que el deudor pueda enajenar el bien embargado para que el juicio no sea ilusorio en sus efectos. El embargo se hace efectivo, respecto de los bienes inmuebles, mediante el registro del decreto de embargo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente. Respecto de los bienes muebles, mediante el secuestro, esto es, mediante el depósito de la cosa en manos de una persona mientras se decide la controversia y se ordena la entrega de la especie al acreedor, o de la cantidad de dinero correspondiente una vez verificada la venta forzada.

Los medios de ejecución sobre los bienes representan ciertamente una evolución y un avance muy considerables en la concepción general del derecho de obligaciones. Tales medios producen un doble efecto. Aseguran, de una parte, la eficacia de los derechos del acreedor, como quiera que el cumplimiento de la obligación queda garantizado con todos los bienes del deudor, presentes y futuros; y de otra parte, protegen los derechos recíprocos del deudor. El derecho sobre los bienes del deudor le garantiza el respeto a la dignidad de su persona y la inviolabilidad de su libertad individual; y esta garantía es tan eminente que incluso se ha dicho que el deudor es libre de incumplir sus obligaciones (6), porque ello no perjudica en nada al acreedor. El acreedor queda de todos modos indemne. Como el incumplimiento se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios resultantes de la inejecución, esto es, en una obligación de pagar una suma de dinero, y el deudor responde con su patrimonio del cumplimiento de sus obligaciones, el acreedor estará siempre en capacidad de obtener satisfacción tomando de ese patrimonio los bienes necesarios y haciéndolos vender para pagarse la nueva obligación con el producto de esta venta.

Así, el fenómeno de la ejecución directa de las obligaciones presenta un cuadro general perfectamente integrado desde el punto de vista teórico y práctico. Se concilian, en efecto, los derechos recíprocos del deudor y del acreedor; se establece un adecuado equilibrio entre los derechos de ambas partes, y se asegura su legítima garantía.

(6) Laurent, Droit Civil, T. 16, Nº 198. En el mismo sentido Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, 2ª ed., pág. 213.

Pero la pretendida perfección de esta construcción jurídica es meramente aparente. A poco que se analices se rompe ese supuesto equilibrio de los derechos del acreedor y del deudor. La institución de los medios de ejecución sobre los bienes ha dejado, al menos en cierta clase de obligaciones, el derecho al pago efectivo enteramente a la merced de la voluntad del deudor, y el derecho principal del acreedor ha perdido, por consiguiente, su imperio indeclinable. Como veremos en seguida, el derecho preeminente del acreedor queda subordinado al objeto de las obligaciones, vale decir, se subordina el fin a los medios. En suma, el concepto de obligación se desnaturaliza y pierde su estructura fundamental.

En efecto, es tradicional tratar la eficacia del derecho al pago efectivo en función del objeto de las obligaciones, según que la presentación debida consista en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Ejecución forzosa de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

Los medios de ejecución sobre los bienes permiten, por regla general, el pago efectivo de todas las obligaciones de dar, mientras no se interponga un obstáculo de hecho que haga imposible materialmente la ejecución forzada de la obligación, esto es, mientras existan bienes en el patrimonio del deudor o la cosa debida no haya sido destruída u ocultada por el deudor.

Así, las obligaciones de pagar una suma de dinero son siempre susceptibles de pago efectivo; porque si el activo embargado consiste en una suma de dinero se asigna al acreedor la respectiva cantidad en pago de su crédito; y si consiste en otros bienes, éstos se reducen a dinero y se paga la obligación con el producto de la venta.

Cuando el objeto de la prestación consiste en dar un cuerpo cierto, también la ejecución directa es siempre posible, mientras exista en el patrimonio del deudor y no haya sido ocultado por éste. Entonces se aprehende la especie y se entrega al acreedor. Si el cuerpo cierto es un inmueble el juez, mediante el procedimiento ya estudiado, suscribe el título traslativo de dominio, ordena su inscripción en el registro y se entrega materialmente la cosa al acreedor. Si es un bien mueble, ordena al

secuestre que se entregue al acreedor. Esta entrega, como es sabido, opera la tradición del dominio.

La ejecución directa de la obligación de dar bienes de género se obtiene mediante el embargo preventivo de bienes del mismo género tomados del patrimonio del deudor (7); o, si se prefiere, se puede obtener una condenación por el valor de las especies, que permite al acreedor adquirirlas en el mercado. Salvo que se trate de un género limitado y el género perezca o se oculten todos los individuos del género. Entonces el acreedor no podrá obtener satisfacción; pero lo mismo que en los casos anteriores, sólo por una imposibilidad material de hacer efectivo su derecho.

En síntesis, en materia de obligaciones de dar, la efectividad del derecho al pago efectivo es la **regla general**. El pago sólo es imposible cuando se interpone un obstáculo material que hace inoperante cualquier procedimiento de ejecución.

Al contrario, en materia de obligaciones de hacer y de no hacer la efectividad del derecho al pago efectivo es la **excepción**, al menos en concepto de la mayoría de los autores. De acuerdo con la doctrina más generalmente admitida, en esta clase de obligaciones el cumplimiento forzoso sólo es posible en muy contados supuestos (8). Su misma naturaleza impone la necesidad de tener en cuenta ciertas consideraciones de otro orden. A más de la imposibilidad material, común a todas las obligaciones, interviene en éstas un factor decisivo que es la **imposibilidad moral** de ejercer directamente cualquier clase de acción sobre la persona del deudor para forzarlo a ejecutar el hecho debido. Ello reduce, por supuesto, aún más las posibilidades de obtener el pago efectivo. Cuando el obligado se niega a realizar un acto que requiere indispensablemente su intervención personal y voluntaria, el Estado, con todo su poder, es impotente para conseguir que el deudor haga lo que no quiere hacer. La ejecución forzada es entonces **materialmente** imposible y, por lo mismo, inútil. Pero hay ocasiones en que el hecho debido podría obtenerse forzando materialmente al deudor. Sin embargo el Estado niega al acreedor en estos casos el concurso de la fuerza pública. Considera la ley que esto implicaría un ataque ilegítimo a la inviolabilidad de la libertad individual del deudor; y para impedir el empleo de todo medio coercitivo so-

(7) Embargo preventivo, Art. 274 del C. J.

(8) Pianiol y Ripert, Derecho Civil Francés, T. 7, Nº 780.

bre la persona del deudor ha instituido un obstáculo de orden jurídico que hace moralmente imposible la ejecución forzada de la obligación.

Este principio necesita, como es claro, estar consagrado legalmente, porque es contrario al concepto mismo de obligación. Tal es el propósito y el sentido del artículo 1142 del código civil francés. Dice, en efecto, dicho artículo:

“Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de inejecución de parte del deudor”.

Conforme a esta disposición, por el solo hecho del incumplimiento las obligaciones de hacer y de no hacer cambian, pues, automáticamente de objeto. Se convierten por ministerio de la ley en una obligación de pagar una suma de dinero, esto es, en una obligación de dar, que impone al acreedor la necesidad de usar los medios de ejecución sobre los bienes.

La ley crea, pues, un impedimento jurídico para perseguir el cumplimiento directo de la obligación y, en consecuencia, priva al acreedor de todo medio coercitivo sobre la persona del deudor para forzarlo a ejecutar el hecho debido.

Ello no significa sinembargo que, excepcionalmente, el acreedor no pueda obtener el pago efectivo de una obligación de hacer o de no hacer cuando el deudor no la ejecuta voluntariamente. Si la cosa hecha en contravención de la obligación puede deshacerse, o si el hecho debido puede ejecutarse por un tercero, existe la posibilidad de que el acreedor se haga autorizar para que el pago efectivo se realice sin intervención del deudor. Dice, en efecto, el artículo 1143 del mismo código:

“Sinembargo el acreedor tiene derecho de demandar que lo que hubiere sido hecho en contravención a lo convenido sea destruido, y puede hacerse autorizar a destruirlo a expensas del deudor, a reserva de los daños y perjuicios”.

Y dice asimismo el artículo 1444:

“El acreedor puede también en caso de ejecución, ser autorizado a hacer él mismo, ejecutar la obligación a expensas del deudor”.

La doctrina sostiene que el acreedor tiene derecho a perseguir la ejecución directa de las obligaciones de hacer y de no hacer cuando el pago efectivo no tropieza con ningún obstáculo de carácter material o moral, esto es, cuando son aplicables los citados artículos 1143 y 1144, ya que, originalmente, tales obligaciones no son alternativas. Pero la jurisprudencia francesa

es francamente contraria a esta tesis. Fundada en la redacción misma de los textos legales antes transcritos, la Corte de Casación y los Tribunales han declarado que cuando una obligación de esta naturaleza no se cumple voluntariamente solo procede la reparación en favor del acreedor. Esto no excluye que los Tribunales autoricen que el hecho debido se ejecute por un tercero a expensas del deudor; pero el Tribunal tiene facultad de apreciar soberanamente la cuestión. El cumplimiento forzoso de estas obligaciones se refiere solamente a la correspondiente indemnización de perjuicios; y el pago efectivo en virtud de los artículos 1143 y 1144 no es sino un medio anormal y excepcional de indemnizar al acreedor, acaso el más adecuado ciertamente pero, al fin, un medio de indemnización, que se contrae, en definitiva, respecto del deudor, a la obligación de pagar una suma de dinero cuyo pago es de la misma entidad de la indemnización. De ahí que cuando el Tribunal permite esta forma de pago debe justificar en la sentencia los motivos de la autorización. Este poder discrecional de los Tribunales para conceder dicha autorización se traduce, en la práctica, en un recurso para evitar el pago efectivo cuando sus inconvenientes fueren mayores que sus ventajas, por el hecho de producir, por ejemplo, al deudor gastos desproporcionados con el perjuicio ocasionado o de carecer ya de interés para el acreedor.

Pero si en derecho francés esta doctrina tiene un fundamento legal en el código civil, en derecho colombiano no se impone la misma solución. Nuestro código no reproduce el artículo 1142 del código francés, y consagra, en cambio, expresamente el derecho preeminente del acreedor al pago efectivo.

Dice, efectivamente, el artículo 1610 del código civil colombiano:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1º—Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

2º—Que se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero, a expensas del deudor;

3º—Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la fracción del contrato”.

Y agrega el artículo 1612:

“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

“Pudiendo deshacerse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será **obligado el deudor a ella**. o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

“Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios en este caso será oído el deudor que se allane a presentarlos.

“El acreedor quedará de todos modos indemne”.

En derecho civil colombiano el incumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer no se traduce, pues, de pleno derecho, en una obligación de indemnizar perjuicios. Lo que significa que la inejecución no modifica jurídicamente el objeto de esta clase de obligaciones y, por lo mismo, excluye toda imposibilidad de derecho de exigir su cumplimiento directo.

Conforme al artículo 1.610 el acreedor tiene derecho, en primer lugar, a que se apremie al deudor para que ejecute el hecho debido. El código civil no define en qué consiste el apremio, por lo cual debe entenderse la expresión en su sentido natural y obvio, según el uso general de la palabra ⁽⁹⁾. “Apremiar” significa, conforme al diccionario de la lengua española, “mandato del juez en fuerza del cual se compele a alguien al cumplimiento de alguna cosa”, y “compeler” es “obligar a uno con fuerza o autoridad a que haga lo que no quiere”. Las distintas formas de apremio empleadas en el código judicial son aplicaciones especiales de este concepto general. Por lo demás, su forma específica depende de las circunstancias de cada hipótesis concreta y sólo pueden realizarse dentro del procedimiento respectivo.

El apremio es, pues, en general, un medio de compeler al deudor a cumplir la prestación debida. En la ejecución directa de las obligaciones de hacer o de no hacer el apremio es, claro está, un medio de ejecución sobre la persona.

Tales medios pueden ser de dos clases: Pueden **emplearse para forzar indirectamente** al obligado a hacer lo que no quiere hacer; o pueden emplearse **directamente** para forzarlo a cumplir una obligación.

(9) Artículo 28 del C. C.

El juicio ejecutivo, por ejemplo, sólo autoriza dos medios indirectos de coacción sobre la persona del deudor en la ejecución de las obligaciones de hacer: el apremio por medio de multas sucesivas en virtud de la facultad conferida a los jueces en el artículo 188 del C. J.; y la indemnización de perjuicios por el retardo en la ejecución de la obligación estimada bajo juramento en cantidad mensual de dinero, con lo cual se persigue compeler al deudor a cumplir la obligación para librarse de pagar una suma de dinero que seguiría aumentando mientras persista en el incumplimiento. Respecto de las obligaciones de no hacer, el juicio posesorio de perturbación ofrece un ejemplo de este tipo de ejecución indirecta sobre la persona. En la sentencia se dispone que el demandado se abstenga de ejecutar los actos en que consiste la perturbación, es decir, le impone una obligación de no hacer, so pena de pagar al actor una indemnización de cincuenta a quinientos pesos según la gravedad y la importancia del caso ⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, el Código Judicial presenta multitud de casos de ejecución directa sobre la persona del deudor en diversos juicios especiales de ejecución. En el juicio posesorio de despojo, por ejemplo, si se decreta la restitución ésta ha de hacerse al día siguiente de la ejecutoria del auto, y en caso de resistencia el juez puede hacer uso de la fuerza para desalojar al ocupante ⁽¹¹⁾. El juicio para obtener la entrega del bien transferido tiene por objeto hacer efectiva la obligación de entregar la cosa, y el juez puede hacer uso de la fuerza pública para forzar al deudor al cumplimiento de esa obligación ⁽¹²⁾. En el juicio para que el arrendatario restituya al arrendador la cosa arrendada el juez puede, asimismo, hacer uso de la fuerza pública para practicar el lanzamiento y sacar materialmente al arrendatario del lugar ⁽¹³⁾. Los artículos 1101, 1115 y 1116 del código judicial, son otros tantos ejemplos del empleo de medios directos de ejecución sobre la persona del deudor.

En las obligaciones de no hacer el incumplimiento sólo se resuelve en la obligación de indemnizar perjuicios cuando concurren dos condiciones: Cuando el deudor contraviene, y cuando

(10) Art. 886 del C. J.

(11) Art. 880 del C. J.

(12) Art. 887 del del C. J.

(13) Art. 1106 del C. J.



no puede deshacerse lo hecho. Pero pudiendo deshacerse la cosa hecha, y siendo su destrucción 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.

De consiguiente, pudiendo deshacerse lo hecho el acreedor tiene derecho preferente a exigir el pago efectivo. El juicio ejecutivo le ofrece, por supuesto, las formas de apremio ya indicadas para forzar al deudor al cumplimiento de la obligación de deshacer lo hecho, esto es, de las obligaciones de hacer. Pero lo mismo que en estas obligaciones nada impide, jurídicamente, el empleo de medios coactivos sobre la persona misma del deudor a condición, claro está, que con tales medios sea materialmente posible obtener la ejecución directa de la obligación. En derecho civil estricto nada se opondría, pues, a que el juez autorizara el empleo de la fuerza pública para retirar de escena a un actor que ha contravenido a la obligación de no representar en un teatro ⁽¹⁴⁾. Otra cosa es que la ley no establezca el procedimiento respectivo; pero éste es un vacío que no se compadece con las disposiciones sustantivas del código civil.

Así, a la luz de nuestro código civil, y salvo la prisión por deudas de carácter puramente civil, teóricamente es posible la utilización de medios coactivos directos sobre la persona del deudor, cuando el hecho debido sólo puede ser realizado por el obligado y la ejecución directa de la obligación es materialmente posible con el concurso de la fuerza pública.

Y no vale decir que estos medios de coacción constituyen una ilegítima violación del respeto debido a la libertad individual del deudor. El deudor es libre, en principio, de comprometer o no su libertad; pero una vez que ha adquirido una obligación no puede romper unilateralmente el vínculo jurídico que lo liga al acreedor invocando, precisamente, esa libertad individual que voluntariamente ha comprometido.

La doctrina francesa puede legítimamente afirmar que nadie puede ser constreñido en su persona a hacer o no hacer alguna cosa, por razón del citado artículo 1142 del código civil. Pero el código colombiano no consagra en parte alguna la libertad de desligarse por el simple incumplimiento de una obligación

(14) El Tribunal del Sena dictó una sentencia en este sentido. Esta decisión provocó la reacción de la unanimidad de la doctrina francesa, por ser contraria al art. 1142 del C. C. F.

de hacer o de no hacer. Lo que ocurre es que en derecho francés la obligación sólo otorga al acreedor en garantía de cumplimiento un derecho de prenda general sobre los bienes del deudor; en tanto que, en nuestra legislación, ese derecho habilita apenas al acreedor para emplear uno de los diversos medios de ejecución que tiene a su disposición.

Nuestro código civil es en este sentido mucho más jurídico que el código francés, y sus soluciones más conformes con el concepto de obligación. La obligación crea, en efecto, un vínculo de derecho que coloca al deudor en la necesidad jurídica de cumplir la prestación debida en su forma original. El imperio que este vínculo jurídico otorga al acreedor sobre el deudor para forzarlo al cumplimiento de la obligación, se impone por su propia virtud, porque el pago efectivo es esencial al concepto mismo de obligación. Ese poder no puede estar subordinado a los procedimientos de ejecución pues ello sería subordinar el fin a los medios. Es cierto que cuando el hecho debido exige la intervención personal y voluntaria del deudor no hay poder humano que pueda forzarlo a hacer lo que no quiere. Pero la eficacia del derecho al pago efectivo no depende entonces de la naturaleza del derecho de obligación sino de la naturaleza misma de las cosas. Existe en este caso un impedimento material que impide el cumplimiento directo. Es natural entonces que en tales condiciones el Estado no proporcione el concurso de la fuerza pública, ya que con ella el acreedor es impotente para lograr directa ni indirectamente el cumplimiento de la obligación. Es en este sentido que entendemos el antiguo adagio "Nemo potest praecise cogi and factum" que, como se ha dicho ⁽¹⁵⁾, señala un obstáculo de hecho más bien que de derecho a la ejecución forzada de las obligaciones.

En conclusión, en derecho civil colombiano, tanto las obligaciones de dar como las obligaciones de hacer y de no hacer están expuestas a las mismas contingencias. Sólo dejan de ser susceptibles de ejecución forzosa cuando se interpone un obstáculo de hecho que el Estado, con todo su poder, es impotente para remover.

Agotadas todas las alternativas que la ley ofrece al acreedor para obtener el pago efectivo, o simplemente porque carezca ya de interés, el acreedor tiene entonces que conformarse con una

(15) Baudry - Lacantinerie, Droit Civil, 9ª ed. T. 2, Nº 85.

indemnización de perjuicios por el incumplimiento, es decir, con la ejecución por equivalente, o compensatoria, que se traduce en el pago de una suma de dinero. En este caso el acreedor estima los perjuicios resultantes de la inejecución, si no están señalados en el título ejecutivo, para que se siga el procedimiento del juicio ejecutivo para el cobro de cantidad líquida de dinero. Los medios de ejecución sobre los bienes vienen a reemplazar los medios de ejecución sobre la persona. Entonces todos los bienes del deudor, presentes y futuros, responden de la efectividad de ese derecho.

Ejecución indirecta de las obligaciones.

No debe confundirse el cumplimiento por equivalencia o compensatorio, con el llamado **cumplimiento indirecto** de las obligaciones. Vimos al comienzo de este capítulo que de acuerdo con el artículo 1.627 del C. C. "el pago debe hacerse bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación, **sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes**". Conforme a este artículo existen, pues, casos en que el pago efectivo no es ineludible, en que el deudor puede cumplir su obligación de modo distinto a su forma original. No hay aquí sustitución de una obligación por otra distinta. Es la misma obligación que se cumple de otra manera.

La ley autoriza esta forma de pago:

1º—En las asignaciones modales cuando el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace imposible en la forma especial prescrita por el testador. Entonces el modo podrá cumplirse en otra forma análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobado por el juez con citación de los interesados (16).

2º—En las obligaciones condicionales y modales, por aplicación del artículo 1.550 del C. C. que hace extensiva a estas obligaciones las disposiciones relativas a las asignaciones modales.

3º—En las obligaciones de no hacer, cuando el objeto que se tuvo en mira al contratar puede obtenerse cumplidamente sin necesidad de destruir lo hecho en contravención a la obligación (17).

(16) Art. 1151 del C. C. inc. 2º.

(17) Art. 1612 del C. C. inc. 3º

4º—En la adjudicación en pago de la obligación principal del bien dado en prenda o hipotecado:

a) Cuando a falta de postura admisible el acreedor prendario pide que se le adjudique la cosa en pago, hasta concurrencia de su crédito (18).

b) Cuando la cosa empeñada vale menos de \$ 150,00 y el acreedor pide que se le adjudique por su tasación sin proceder a subasta (19).

c) Cuando a falta de postura admisible el acreedor hipotecario pide que se le adjudique en pago el inmueble hipotecado hasta concurrencia de su crédito; o cuando el inmueble vale menos de \$ 150,00, si pide que se le adjudique por su tasación, sin que se proceda a subasta (20).

La ejecución por equivalente o compensatoria, consiste en la indemnización de perjuicios que el deudor debe pagar al acreedor por la inejecución de la obligación en su forma original. Es éste un derecho que constituye en sí mismo una obligación distinta y cuya fuente es la culpa del deudor por el incumplimiento. No es, por consiguiente, un efecto inherente al concepto mismo de obligación; por lo cual algunos autores no tratan este fenómeno dentro de "los efectos de las obligaciones". Sin embargo, el pago de una indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación es un derecho inherente a la calidad de acreedor. Y como hemos definido "los efectos de las obligaciones" como el conjunto de derechos que la ley confiere al acreedor para asegurarle el beneficio que representa el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación, nosotros trataremos dentro de esta materia el derecho a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento.

El derecho a la indemnización por el incumplimiento es, desde luego, un derecho secundario del acreedor. Su ejercicio requiere la concurrencia de ciertos requisitos que son materia de una teoría especial. En el capítulo siguiente trataremos del derecho secundario del acreedor, o teoría de los daños y perjuicios.

(18) Art. 2422 del C. C.

(19) Art. 2425 del C. C.

(20) Art. 2450 del C. C.

