



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC5569-2019

Radicación: 11001-31-03-010-2010-00358-01

Aprobado en Sala de veinte de febrero de dos mil diecinueve

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Luz Elena Durán Texeira, respecto de la sentencia de 24 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el juicio ordinario incoado por la Corporación Universal de Investigación y Tecnología, Coruniversitec, contra la recurrente.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** La accionante solicitó, con relación al contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública nº 1802 de 14 de julio de 2006 de la Notaría Veinticinco del Círculo de Bogotá, celebrado entre ésta, como vendedora, y Luz Elena Durán Texeira, en calidad de adquirente, declarar su resolución, con las restituciones mutuas.

1.2. **La causa petendi.** La Corporación Universal de Investigación y Tecnología, Coruniversitec, adujo que la compradora del inmueble no pagó todo el precio, pues de los \$140'000.000 pactados, sufragó \$90'000.000 al otorgar instrumento público, quedando pendiente \$50'000.000, los cuales debían cancelar encargándose del mutuo hipotecario contraído por la vendedora con Davivienda S.A., cuya garantía real recaía sobre el predio enajenado.

Por causa del incumplimiento de la compradora, quien dejó de amortizar el crédito a partir de 2007, la demandante, deudora de la señalada acreencia financiera, asumió forzosamente su desembolso para no verse afectada por los reportes negativos y requerimientos de la corporación bancaria, evento que perjudicó su patrimonio.

1.3. **La contestación de la demanda.** La interpelada se opuso a las súplicas, aceptando la celebración de la compraventa y su forma de pago; no obstante, negó el incumplimiento imputado, en tanto, saldó las cuotas de la hipoteca y no le consta que las haya dejado insolutas.

En adición, sostuvo, la “*subrogación*” o “*novación*” de la obligación hipotecaria se hallaba sometida a su aceptación como “*deudora subrogada*” por el banco acreedor, de ese modo, al ocurrir tal suceso, dicha entidad, no pretensora, era la legitimada para ejercer la acción personal.

1.4. **El fallo de primer grado.** El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, el 27 de junio de

2014, acogió las pretensiones, al encontrar que la demandada quebrantó la exigencia contractual de “cancelar la totalidad de las cuotas correspondientes al préstamo hipotecario”, pues desde el 2007, no realizó abonos; obligación cumplida, en últimas, por Coruniversitec.

Dispuso, por tanto, las restituciones mutuas: a cargo de la demandante, el reintegro del precio “junto con \$15'655.750” que fueron consignados a órdenes del Banco Davivienda S.A., por cuenta del crédito hipotecario; y respecto de la accionada, devolver el inmueble “sin los frutos civiles”, esto último, por ausencia de prueba.

1.5. **La decisión de segundo grado.** Confirma lo así sentenciado, al resolver la apelación de la convocada.

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

2.1. Según el Tribunal, la compradora no pagó cabalmente el precio convenido, por tal razón, la vendedora cumplida tenía derecho a exigir la resolución del contrato.

2.2. Al respecto, conforme a lo estipulado en la cláusula tercera del contrato, la adquirente debía cancelar los \$50'000.000 restantes del precio estipulado del inmueble, “subrogando” a la enajenante en la obligación hipotecaria contraída por ésta con Davivienda S.A.

Sin embargo, de la declaración del representante legal de Coruniversitec y los recibos de consignación allegados al

expediente, se comprobó el incumplimiento de Luz Elena Duran Texeira, al amortizar apenas \$15'000.000 a la deuda, mientras que el saldo de \$35'000.000, lo terminó sufragando la demandante.

2.3. La endilgada falta de legitimación de la vendedora, resultaba impróspero, pues la “*subrogación convencional (...) por cambio de deudor*” nunca se concretó, por cuanto, al tenor de los cánones 1666, 1669 y 1960 del Código Civil, sus efectos sólo se producirían si el banco, en su condición de acreedor, la hubiese aceptado, esto es, admitiendo a la compradora del bien como sustituta de la deudora, circunstancia no acaecida ni demostrada en el proceso.

3. EL RECURSO DE CASACIÓN

La recurrente demandada formuló dos cargos con respaldo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil¹, los cuales fueron replicados por la contraparte. La Corte los resolverá conjuntamente por las razones que en su momento se dirán.

4. CARGO PRIMERO

4.1. Denuncia la transgresión indirecta de los preceptos 1602, 1603, 1609, 1621, 1669, 1690, 1694 y 1960 del Código Civil, por incurrir el Tribunal en errores de hecho al apreciar las pruebas. En efecto:

¹ “*Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial*”.

4.1.1. Tergiversó el contenido de la cláusula tercera del contrato, al atribuir los efectos de la subrogación por cambio de acreedor, y por esa vía, remitirse a la aplicación de los requisitos de la cesión de derechos, cuando, en realidad, se refería a una sustitución de deudor, más acorde con las reglas de la “*novación*” o “*pago diputado*”.

Contrario a lo concluido por el *ad-quem*, la obligación de formalizar la “*novación*” pasiva frente a Davivienda S.A., corria a cargo de Coruniversitec, como primitiva deudora hipotecaria, y no de la compradora del bien.

4.1.2. Pretirió lo depuesto por Héctor Julio Suárez Pinillos, vicerrector de la actora, al afirmar que ésta, como enajenante, prefirió “*atender*” el crédito, cuando lo correcto era liberarse del mismo, gestionando ante el banco el perfeccionamiento de la novación “*pasiva*” acordada, con miras a posicionar a la compradora como la nueva deudora.

4.1.3. Omitió los abonos realizados por la compradora, con los cuales se acreditaba la “*permanente voluntad de cumplir*” el contrato, en un total de \$105'000.000, de donde el faltante del precio pactado (\$35.000.000), era irrisorio, siendo frívolo el incumplimiento imputado.

4.2. Para la censura, los yerros de facto enrostrados, condujeron al sentenciador de segundo grado a determinar, sin estarlo, que la demandada incumplió lo acordado en el mencionado negocio, dando paso a declarar su resolución.

4.3. Solicita la impugnante, por lo tanto, casar el fallo atacado y en su lugar negar las pretensiones, acoger las excepciones e imponer las condenas respectivas.

5. CARGO SEGUNDO

5.1. Acusa la violación directa de los artículos 1669, 1694 y 1960 del Código Civil, por aplicación indebida.

5.2. En sentir de la censora, el Tribunal eximió a la demandante de infringir la cláusula tercera del contrato, relacionada con imprimirle efectos a la subrogación del crédito hipotecario, esto es, “comunicar” y gestionar la “aceptación” de la nueva obligada por Davivienda S.A., aduciendo que la falta de tales requisitos, dejaba sin validez dicha estipulación frente al banco, desarropando a éste de legitimarse de manera activa en el pleito.

5.2.1. La lectura, dice, es errada, pues pese a calificar lo pactado por las partes como “*subrogación por cambio de deudor*”, se aplica, sin embargo, la institución de la cesión de derechos.

El *ad quem*, por lo tanto, desconoció que la aludida disposición contractual se refería realmente a una “*novación*”, la cual dependía, de la aceptación o no del acreedor “*para que [produjera] efectos*”, con consecuencias jurídicas disímiles para el deudor inicial y el posterior, como la “*diputación*” o la “*responsabilidad solidaria o subsidiaria*”, aspectos ausentes de valoración.

5.3. Demanda, en consecuencia, acceder al recurso extraordinario, revocar la sentencia del juzgado, y en su lugar, acoger sus reclamaciones.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Es principio general del derecho civil que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, ambas partes deben estar dispuestas a ejecutarlos efectiva y oportunamente (art. 1602, C. C.).

El propósito de toda obligación consiste en obligar al deudor a efectuar la prestación debida, y si éste prescinde de hacerlo, la ley otorga al acreedor la prerrogativa, y los medios para compelirlo a ejecutarla forzosamente, pues de no ser así, todo deber jurídico sería irrelevante, al colmo que permitiría a cualquiera, sustraerse caprichosamente de su cumplimiento.

Bajo la égida de la libertad de estipulación de los contratantes, y conforme lo establece el canon 1546 del C.C., la parte que cumple “*(...) tanto las obligaciones anteriores o simultáneas que tenía a su cargo o que se allanó a cumplirlas (...)*”², está facultada para solicitar judicialmente a la contraparte inobservante, según lo estime pertinente, la ejecución de la prestación que se encuentra a su cargo, o la resolución del convenio si a ello

² CSJ SC, G.J. t. CXLVIII, pág. 202, citada en la sentencia SC 8045 de 24 de junio de 2014.

hubiere lugar, en cualquiera de los casos, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior, tiene que estimarse siempre y cuando se determine el cumplimiento del vendedor y, respectivamente, claro está, también el modo, tiempo y lugar sobre la forma como el adquirente debe realizar el pago y no lo hace; análisis que, en todo caso, corresponde hacerlo desde la perspectiva de las obligaciones propias de la compraventa, pues, para el primero, se circunscriben a la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida (art. 1880, C.C.); en cambio, frente al segundo, se ciñen al pago del precio convenido, “*(...) en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario (...)*” (arts. 1928 y 1929, C.C.).

Lo trasuntado en los cargos, permite inferir la denuncia de la infracción de las disposiciones que regulan la resolución de contratos, fundamento del libelo genitor. En efecto, se suplica la destrucción de la compraventa por incumplimiento que le imputó la demandante al extremo pasivo. El juez de primera instancia accedió al *petitum* y el *ad quem*, confirmó la decisión; en contra de ésta, la parte demandada, la compradora, promueve en casación dos acusaciones, en lo axial, resintiéndose de lo fallado en las instancias. Mirados en el fondo de la acusación, los errores no se presentan ni tienen la virtualidad de quebrarla.

Denuncia el recurrente que el Tribunal se equivocó al declarar, a favor de la Corporación Universal de

Investigación y Tecnología, Coruniversitec, la resolución del contrato de compraventa, por causa del incumplimiento de Luz Elena Durán Texeira.

En rigor, según lo denuncia la censura, el *ad-quem* pretirió que la compradora satisfizo el saldo total del valor del inmueble. Igualmente, tras confundir “*subrogación por cambio de acreedor*” con sustitución de deudor, no contempló según lo acordaron los contratantes, que parte del precio debía pagarla la compradora a Davivienda S.A., en razón del crédito hipotecario que gravaba el bien.

Esgrime la recurrente que se prescindió la declaración de Héctor Julio Suárez Pinillos, vicerrector administrativo de Coruniversitec, la cual apuntaba a demostrar la negligencia de ésta para “*formalizar*” la novación, y porque, en todo caso, de haber producido efectos, era el banco, y no la actora, la llamada a promover la acción personal.

Así mismo, por no acoger como cumplimiento, los abonos realizados al mutuo, de donde se pagó parcialmente el precio, siendo exiguo lo faltante.

Y por último, al inaplicar las reglas de la novación acordada, en vez de la subrogación y a la par la cesión de créditos, porque en los términos del artículo 1694 del Código Civil, se trataba de cambio de deudor, omitiendo estudiar el Tribunal, que de la aceptación o no del acreedor, podía haberse dado la diputación o la asunción de la deuda, derivándose de ello, consecuencias distintas para la

obligada originaria y la última, al surgir entre éstas una relación obligatoria frente al acreedor, ya sea solidaria o conjuntamente, o de manera principal o subsidiaria.

Centenariamente, las disposiciones del derecho sustancial nacional, alemán y francés paralelamente, han plasmado la resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes legitimando al contratante cumplido, en los de naturaleza sinalagmática, para compelir al incumplido a la consecución de los fines del contrato o para resolverlo con efectos *ex tunc*, en ambos casos, con indemnización de perjuicios.

En lo central, el art. 1546 del C.C., fundamento del instituto resolutorio plasma la condición resolutoria tácita; consistente en el hecho futuro e incierto del cual pende el nacimiento o la extinción de un derecho (arts. 1530 y 1536 C.C.), adquiriendo, en el primer caso, la denominación de “*suspensiva*” y, en el segundo, de “*resolutoria*” (art. 1536 *ib.*); las dos, fruto de la autonomía de la voluntad, en cuyo ejercicio modifica las obligaciones puras y simples para someterlas a modalidades, sea por el plazo, la condición o el modo. En este contexto, la resolutoria, ante su acaecimiento, aniquila el vínculo jurídico.

Sin embargo, la sola inejecución obligacional, no es propiamente un hecho futuro incierto, sino un acto debido por una de las partes al otro contratante, es una conducta no dejada al azar (esencia de la condición), sino intencional o culposa que no siempre destruye el contrato. Las más de

las veces, requiere que la mutua voluntad contractual lo extinga o altere, o que la declaración judicial intervenga por la acción resolutoria de alguna de las partes para que la sentencia, una vez escrutada la inobservancia contractual, surta los efectos declarativos de reconocer un estado de cosas preexistente por causa del incumplimiento, y, en consecuencia, disponga las condenas del caso.

Por ello, esta Sala ya en pretéritas oportunidades ha señalado:

"(...) en los códigos modernos el derecho legal a resolver un contrato no está relacionado a la teoría de la condición resolutoria a la manera del nuestro que supone como el acontecimiento objeto de la condición por una de las partes de sus obligaciones. Este error de técnica no impone la admisibilidad en doctrina y jurisprudencia del concepto del legislador, porque el análisis de la intención de las partes conduce a rechazar la idea de una condición tácita para el caso de que una de ellas no ejecute su prestación. Tampoco existe una condición presunta. Además, los efectos de una condición resolutoria convenida se producen de pleno derecho y el juez en el pleito no hace otra cosa que reconocerla. En cambio, como el simple retardo en el pago de la obligación no importa fatalmente la resolución del contrato, ésta debe ser siempre demandada (...)" (CSJ SC del 23 de septiembre de 1938).

Luego el 29 de septiembre de 1944, expresó:

"El artículo 1546 del Código Civil consagra el principio de la resolución por inejecución como una condición resolutoria tácita, pero tal concepto no es jurídicamente exacto, sino una aplicación sencilla y obligatoria de la noción de causa, porque cuando en un contrato bilateral una parte deja de cumplir sus prestaciones, la obligación correlativa del otro contratante queda sin el soporte indispensable de una causa en que apoyarse y desaparece, por esto, la simetría de la operación jurídica convenida entre las partes (...)"

Más tarde reiteró, en proveído de 28 de julio de 1970:

"(...) entre la resolución expresa y la dicha condición resolutoria tácita por el incumplimiento de los contratos, ofrécese, desde la adopción de ésta última, una diferencia fundamental, a saber; la primera obra ipso jure, o sea que aniquila el derecho o la obligación condicional por el solo acaecer del hecho que la constituye (art. 1536), al paso que esta virtualidad deletérea en la condición resolutoria tácita está subordinada a la voluntad del acreedor insatisfecho, quien puede optar por persistir en el contrato y exigir su cumplimiento, o por imponer la declaración judicial de resolución de éste, la que le permite liberarse de las obligaciones a su cargo, si alguna le restare insoluta, y repetir lo que haya dado o pagado en razón del contrato (art. 1544)."

"(...) de lo últimamente dicho se concluye que, abandonando la nomenclatura antigua, más que una condición resolutoria tácita, se trata de una verdadera acción resolutoria de los contratos, establecida por la ley al lado de la acción de cumplimiento de los mismos (...)".

El incumplimiento gira, por regla general, en torno a causas exógenas que propician la ruptura del contrato afectando el equilibrio contractual. La causa es determinante por cuanto quien se ha allanado al cumplimiento queda en desventaja frente al incumplido de tal modo que, además, afecta y fracasa la finalidad del contrato, legitimando al contratante cumplido para la formulación de la acción resolutoria.

Por tanto, cuanto da lugar al ejercicio de la facultad o potestad resolutoria, es de una parte, la causa materializada en el incumplimiento del otro contratante frente al acreedor; y por la otra, la frustración del interés contractual del acreedor en la satisfacción de su derecho subjetivo buscado al celebrar el contrato, quien, por ende, ante el advenimiento del incumplimiento del otro contratante se ve afectado u obstruido. Del tal modo que el contratante cumplidor puede desligarse del vínculo

contractual para obtener la satisfacción de su interés, en la formación de una relación obligatoria diferente en el marco de la ley de la oferta y de la demanda del mercado.

Ha sido vigorosa la jurisprudencia de esta Sala, en esta línea de pensamiento. Así se halla, el famoso fallo CSJ SC del 29 de febrero de 1936³, donde esta Corporación expuso:

*"Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos – tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral- se explican por la noción de **causa de las obligaciones** y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de esos contratos sinalagmáticos. Son tres esas reglas:*

a) *Las obligaciones reciprocas deben ser ejecutadas simultáneamente, a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa (...). De tal manera que, si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro;*

b) *Si uno de los contratantes rehúsa o descuida su obligación, el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de ésta (...).*

c) *Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C.C., texto éste que, por una imperfecta adaptación del principio res perit domino, contraria las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos" (Negrillas visibles en el original; subrayas hechas por la Sala).*

La consistencia de este análisis, fue reiterado, dos años después:

³ CSJ. Civil, Sent. de Casación del 29 de febrero de 1936, Mg. Pon. Dr. Eduardo Zuleta.

"El artículo 1546 del C.C. se refiere en general a los contratos bilaterales y lo que caracteriza a éstos es la existencia de obligaciones contraídas por cada una de las partes, obligaciones reciprocas que en la realidad se presentan siempre estrechamente unidas entre sí, conexas, interdependientes, correlativas, y es esta fisonomía propia de los contratos bilaterales que ha conducido al legislador a la necesidad de asegurar el equilibrio entre las prestaciones de las partes. Principalmente en dos momentos de la vida del contrato bilateral se revela la preocupación del legislador por mantener aquella equivalencia. Es el primero el de su celebración. Para considerar el negocio jurídico válidamente concluido, se requiere que una causa real y lícita haya dado existencia a las obligaciones queridas y que cada una de éstas constituya para la otra parte la correspondiente contraprestación. De lo contrario, es nulo el contrato. Es el segundo el de la consumación del negocio jurídico. Las obligaciones reciprocas deben ser correlativamente cumplidas so pena de la sanción legal de resolución. Si los contratantes han expresado su intención a este último aspecto, existe una verdadera condición resolutoria. Ante el silencio de ellos, se impone el efecto coercitivo de la resolución legal, debido, se repite, a que el contrato bilateral que por su engranaje requiere el que haya sido ajustado sólo en función de las obligaciones correlativas de las partes, cese de estar mantenido en su vigencia cuando la inejecución de una de éstas destruya la economía del negocio" (CSJ SC del 23 de septiembre de 1938) (Énfasis para destacar).

La solidez de esta forma interpretativa de la regla 1546 se aprecia con reciedumbre en otras varias decisiones de la Sala⁴, ahora, refrendadas.

6.7. Fluye entonces, de los elementos fácticos como hecho probado e indiscutido por las partes que la demandada se sustrajo de cumplir el pago total del precio pactado para la época en \$140.000.000 de pesos. De esa suma, únicamente pagó, inicialmente \$90.000.000, y los restantes \$50.000.000, según la cláusula tercera del contrato, debió cancelarlos en nombre de la vendedora al

⁴ Cfr. CSJ SSC del 2 de febrero de 1940; 24 de octubre de 1940; 29 de septiembre de 1944; 22 de noviembre de 1965; 16 de noviembre de 1967; y 26 de agosto de 2011.

banco acreedor hipotecario, pero, no lo hizo íntegramente. Solamente satisfizo de este último pago, \$15.000.000 restando \$35.000.000.000 aproximadamente.

6.7.1. En el primero de los cargos propuestos, se le enrostra al tribunal la imposibilidad de aniquilar la convención en atención a la “*poca monta*” o “*insignificancia*” de la desatención obligacional de la recurrente.

Puede resultar contrario a la buena fe que preside los contratos (art. 1603 del C.C.), pedir una medida tan radical y drástica como lo es, la resolución del contrato, por inejecuciones de la otra parte que desempeñen un papel secundario dentro de la totalidad del monto de la obligación bilateral. No es dable patrocinar aspiraciones oportunistas del acreedor, quien podrá utilizar en su provecho un incumplimiento cualquiera de la otra parte para escapar de un mal negocio, o de uno que, ya ha dejado de interesarle o para lucrarse de una resolución que lleva aparejada una jugosa cláusula penal, ante incumplimientos pueriles.

En el punto el art. 1546 es silente, esto es, en relación con los rasgos, las características y la naturaleza del incumplimiento capaz de legitimar la disolución del negocio. Pero ello no puede verse con un criterio eminentemente subjetivista y mezquino fundado en el exclusivo interés del acreedor, que atente contra el principio de conservación del contrato. Un criterio así será insuficiente y parcial para establecer cuándo un incumplimiento es resolutorio y cuándo no lo es. Es, como

dice Scognamiglio⁵, un elemento de juicio demasiado vago y equívoco, al fundarse en la voluntad presunta del interesado-demandante. Además, no puede pretenderse que el juez efectúe un análisis psicológico en aras de establecerla.

Pero, tampoco puede ser un criterio puramente objetivo fincado en el objeto que está llamado a cumplir el negocio en sí mismo y en el ámbito de la economía negocial que no tenga en cuenta el perfil subjetivo o los intereses del acreedor, o las circunstancias especiales que se presenten. En consecuencia, han de tenerse en cuenta tanto el perjuicio al interés del acreedor (perfil subjetivo) como si la desatención, compromete seriamente el sinalagma negocial (perfil objetivo).

Deberá verificarse si la infracción incidió gravemente en la economía de la relación (considerada en abstracto, por su entidad; y en concreto, respecto al perjuicio efectivamente causado al otro contrayente), creando un desequilibrio sensible -y apreciable- del equilibrio contractual; análogamente, habrá de establecerse si la inejecución lesiona con gravedad el interés del acreedor interesado⁶.

Tal como se ha propuesto en antecedentes de esta Sala, el incumplimiento ha de revestir entidad y

⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. de Fernando Henestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Págs. 352-353.

⁶ En sentido un tanto similar a lo recién expuesto: CSJ SC del 18 de diciembre de 2009.

trascendencia⁷. La infracción debe ser significativa al programa negocial, de tal forma que sea lo suficientemente grave o, sea de carácter esencial, que rompa la simetría contractual, puesto que la prestación de un contratante, pende del cumplimiento del otro; esto es, a manera de ejemplo: 1) Cuando afecta y hace imposible sustancialmente la satisfacción de los intereses o finalidades del contratante cumplido; 2) Cuando las partes previeron en el programa contractual en forma expresa, concreta y específica obligaciones esenciales y determinantes para la ejecución del contrato y estas son infringidas; 3) Cuando por causa del incumplimiento no existen razones, indicios, inferencias que permitan al acreedor confiar que el deudor incumplido no podrá hacia el futuro subsanar o cumplir las obligaciones desatendidas, y por tanto, el deudor no tendrá interés en conservar el negocio; 4) Cuando se transforma en irreversible la economía negocial del contratante incumplido; 5) Cuando se evidencia mala fe o fraude en el comportamiento contractual del incumplido; entre otras muchas circunstancias.

6.7.2. En el caso, el incumplimiento contractual no es anodino sino protagónico en la ejecución de los deberes u obligaciones prestacionales primarios que atañen al comprador, consistente en el pago del precio íntegro en el tiempo y oportunidad debidos.

⁷Cfr. CSJ SSC del 11 de septiembre de 1984; 1 de julio de 2009; 11 de diciembre de 2009. Y otras más. Sin embargo, para otros, no necesariamente debe reunir esos matices, bastando, cualquier tipo: CSJ SC del 7 de octubre de 1976; en similar sentido: CSJ SSC del 22 de noviembre de 1965; 12 de agosto de 1974; 6 de abril de 1976; 27 de enero de 1981; 29 de octubre de 1981; 6 de julio de 2000; 8 de febrero de 2002; 16 de mayo de 2002; 11 de marzo de 2004; 24 de octubre de 2006.

Esta interpretación también se aviene con la buena fe que campea en las relaciones obligatorias y el principio de conservación del contrato, pero, además, con lo previsto en el derecho comparado compatible con el nuestro, como el parágrafo 320 núm. 2 del Código Civil Alemán, BGB, al analizar la excepción de contrato no cumplido, y distinguir incumplimientos relevantes e insignificantes, éstos últimos, como inanes para fracturar el contrato: “*2. Si una parte ha cumplido parcialmente la prestación, no puede por ello denegarse la contraprestación, si la denegación, de acuerdo con las circunstancias, especialmente por la relativamente poca entidad de la parte restante, fuera contraria a la buena fe*”⁸.

En el *subjúdice*, para la época de celebración de la convención, en 2006, la suma debida frente al precio total no era de poca monta frente a la obligación central de la demandada, ni mucho menos irrelevante, irrisoria o ridícula.

6.7.3. El artículo 1546 del Código Civil Colombiano señala: “*Condición resolutoria tácita. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”. Y el 1183 del C.C. francés define la condición

⁸ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, libro segundo, sección tercera, título 2 §320. Marcial Pons. Albert Lamarca Marquès. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2008. p. 103. ISBN: 978-84-9768-522-1.

resolutoria como “(...) aquella que, a su cumplimiento, produce la revocación de la obligación y devuelve las cosas al mismo estado que si la obligación no hubiese existido. Dicha condición no suspende el cumplimiento de la obligación, sino que obliga solamente al acreedor a restituir lo que hubiese recibido, en ese caso de que ocurra el acontecimiento previsto por la condición”⁹.

Pero de un modo más puntual que la disposición colombiana, señala los efectos de la resolución en el art. 1184 al consignar “La condición resolutoria se entiende implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación.

“En este caso, el contrato no se resolverá automáticamente. La parte que no haya recibido el cumplimiento de la obligación podrá escoger entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si fuese posible, o pedir la resolución, junto con el abono de daños y perjuicios”¹⁰. En sentido análogo el parágrafo 280 del BGB., Código Civil Alemán, establece que si “(...) el deudor viola un deber de la

⁹ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Livre Troisième, Titre iii, Section iii. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. 2005. ISBN: 84-9768-212-2, p. 546. “(...) lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

«Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il reçu dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

¹⁰ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Livre Troisième, Titre iii, Section iii. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. 2005. ISBN: 84-9768-212-2, p. 547. “La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

“Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

relación obligatoria, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño que de ellos resulta”¹¹.

De tal modo, que, habiéndose presentado los presupuestos de la resolución contractual demandada, en consonancia con el régimen patrio, compatibles con el derecho comparado en la familia del *Civil Law*, la pretensión resolutoria germinaba en la convención sinalagmática para el caso de que una de las dos partes no honrará en forma suficiente y esencial la obligación contraída, de donde, por lo mismo, los errores de juzgamiento enrostrados sobre el particular en el cargo primero son inexistentes.

6.8. Por virtud del hecho de que la demandada y compradora para efectos de cumplir con parte del precio de la compra del bien, asumió la obligación de pagar un crédito ante Davivienda, el cual se hallaba a cargo de la demandante de la resolución y vendedora, garantizado con el gravamen del bien objeto de la negociación, concluye la casacionista que la compradora nada debía cumplir a la demandante con relación al saldo debido y, por lo tanto, ello obstaba la resolución contractual, de tal forma que el legitimado en la acción era el Banco y no la enajenante. En estas condiciones se procede a contestar y puntualizar.

En concreto se le imputa al tribunal desatender el claro tenor de la cláusula tercera del contrato vertido en la escritura 1802 de 14 de julio de 2006, de la Notaría

¹¹ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. Libro II, Sección Primera, Título I, Marcial Pons. Albert Lamarca Marquès. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2008. ISBN: 978-84-9768-522-1, p. 84.

Veinticinco del Circuito de Bogotá, tocante con el precio y la forma de pago de la venta inmobiliaria:

"(...) el valor (...) por la venta (...) es (...) ciento cuarenta millones de pesos (...), que la compradora paga y pagará de la siguiente manera: 3.1.- (...) [N]oventa millones de pesos (...) que la vendedora declara tener recibid[os] a su satisfacción; y 3.2. El saldo de cincuenta millones de pesos (...) subrogando a la vendedora en la obligación hipotecaria constituida con el Banco Davivienda S.A. en los términos de la escritura (...) 829 de 26 de febrero de 1996 de la Notaría 18 (...). [A] partir de esta fecha la compradora atenderá las cuotas y demás obligaciones a las que hace referencia tal crédito de acuerdo con las condiciones convenidas en ese instrumento y/o en los títulos valores suscritos por (...) [la] aquí vendedora, con el Banco Acreedor, como consecuencia del crédito hipotecario en mención".

Los errores acusados se relacionan con las eventuales novación, subrogación, cesión crediticia y la delegación, entre otros fenómenos con los cuales, indistintamente, soporta la acusación para señalar que, por causa de estos fenómenos, tampoco hubo incumplimiento contractual.

6.8.1. En el caso, los errores de juicio al respecto enrostrados, fincan en una serie de confusiones que edifican la acusación, por causa de algunas impropiedades conceptuales en las cuales incurrió el sentenciador de segundo grado al analizar la cláusula pretranscrita.

6.8.2. Ausencia de novación. Al tenor del art. 1687 del C.C., la novación es un acto jurídico por medio del cual hay *"(...) sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por tanto, extinguida"*. Como manifestación de la voluntad exige capacidad jurídica y de obrar para expresar el consentimiento; del mismo modo, reviste un *animus*

novandi, como intención de llevarla a cabo; de manera que el acto reclama la validez de la obligación primitiva, así como la “(...) *del contrato de novación*” (art. 1689 *ejúsdem*).

Si la novación es sustitución obligacional (art. 1687), no se puede equiparar, como erróneamente se expone en la censura, con el simple traspaso de un crédito, *mutatio creditoris* o de la deuda como *mutatio debitoris*; al contrario, la novación siempre apareja, como doble efecto, la extinción de una obligación (extintivo) y el nacimiento de otra diferente (constitutivo), “*aliquid novi*”, en cuanto, la segunda obligación es novedosa respecto de la obligación primitiva¹².

Lo aquí razonado, implica que “(...) [e]l procurador o mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda”¹³. En su estructura puede revestir las siguientes formas, en los términos del art. 1690 *ibid*:

1. Novación objetiva al extinguir la primitiva prestación, conviniéndose una nueva: “1o.) Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor”.

2. Novación subjetiva por cambio de acreedor, “2o.) Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un

¹² COLOMBIA, CSJ., Sent. del 20 de enero de 1970, G.J., Tomo CXXXIV, p. 22.

¹³ COLOMBIA, CSJ., Sent. del 14 de septiembre de 1927, G.J., Tomo XXXIV, p. 336; Cas. 31 de mayo de 1940, G.J. T. XLIX, p. 498; Cas. del 21 de febrero de 1970, G.J. T. CXXXIV, p. 22.

tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor. Y,

3. Novación subjetiva, por mutación del deudor, y, por ende, “*3o.) Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.*

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

Escrutando la conducta de la deudora demandada, frente a la obligación que le incumbía de pagar el precio, la novación en relación con ésta tercera hipótesis, puede efectuarse con el consentimiento del primer deudor y sin su consentimiento.

6.8.2.1. No hubo novación sin el consentimiento del deudor. Cuando la novación se realiza sin la anuencia del deudor primitivo, porque unilateralmente un tercero, extraño a la relación obligatoria inicial, procura extinguir una obligación anterior, para dar nacimiento a una nueva, reviste la modalidad de *expromisión* o de *adpromisión*.

i) La expromisión (*expromissio*), forma de novación subjetiva pasiva, es una institución autónoma que se celebra mediante el convenio celebrado entre el acreedor primitivo de una prestación y un tercero ajeno al vínculo inicial, quienes en forma voluntaria y sin el consentimiento

o delegación del deudor primigenio, extinguen la obligación inicial, de tal manera que la relación obligacional original pasa a ser reemplazada por una segunda obligación, dejando libertado al anterior obligado, extinguéndose la primera con sus accesorios, por regla general; salvo los intereses de otros afectados, que podrían subsistir, si el tercero vinculado a ellas no otorga su consenso¹⁴.

En esta hipótesis no puede subsumirse la relación jurídica propuesta por la compradora, en su condición de deudora del precio de la compra, con relación al crédito hipotecario que gravaba el bien objeto de la negociación, porque muy por el contrario, en el subjúdice si hubo autorización del obligado hipotecario para ejecutar el pago al acreedor bancario.

ii) La *adpromisión* o *ad promissio* es un acto jurídico consistente en la agregación del nuevo deudor al primitivo, quedando ambos deudores ligados “(...) *solidaria o subsidiariamente*” (art. 1694 C.C.), ante el acreedor. También puede revestir el nombre de asunción acumulativa de la deuda o de refuerzo, porque un tercero, como deudor nuevo y sin autorización del anterior se introduce en la obligación para ubicarse junto el inicial, no obstante, sin alcanzar efectos liberatorios para el primer deudor. En este caso, no hay extinción de la primera obligación sino subsistencia de la misma ante la falta de aceptación del

¹⁴ La Sala ha considerado la *expronisión*, como forma de novación subjetiva, por ejemplo, en la providencia: sentencia de agosto 31 de 1942, G. J., t. LIV, p. 381. Cuando se surte con el consentimiento del deudor, se surte una delegación perfecta o novatoria o acumulativa.

acreedor al tercero interviniante, por cuanto el acreedor primigenio ni libera al obligado originario ni acepta su liberación. En síntesis, no hay novación sino la presencia de dos obligaciones idénticas de forma solidaria, itérese, porque “*el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor*” (1694 *ejusdem*).

6.8.1.2. En el caso, en consecuencia, no puede subsumirse la situación aludida por el casacionista, porque tanto en la novativa *expromissio*, como en la acumulativa o *ad promissio*, caracterizadas porque el deudor primitivo no otorga consentimiento para novar, en el asunto en cuestión sí obraba autorización del deudor primigenio del crédito hipotecario, para que el comprador pagara ante Davivienda. Luego vista la novación desde las dos perspectivas citadas ningún error existe por no haberla analizado o aplicado al caso concreto para absolver a la demandada.

6.8.2. La segunda especie de novación subjetiva se ejecuta sustituyéndose un nuevo deudor por el antiguo con el consentimiento, esta sí, del original. Se han distinguido en esta modalidad la delegación perfecta o novatoria y la imperfecta, no novativa.

i) La novatoria, en su aspecto pasivo se identifica como delegación perfecta, *delegatio*¹⁵. Se trata del acto jurídico en

¹⁵ “[...] [E]l fenómeno de la delegación, que en general consiste en que un deudor, por su propia iniciativa, comisiona a otra persona para que pague a su acreedor, está contemplado y reglado en el artículo 1694 del Código Civil, que enseña que ‘la substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o

el cual intervienen tres sujetos: delegante, delegado y delegatario. En este caso, una persona denominada delegante o deudor primitivo, otorga un encargo, una orden o mandato, invitación o autorización a otra persona, llamada delegado, como nuevo deudor, para que acepte y ejecute la prestación debida por cuenta del delegante, en favor de un tercero, conocido, como delegatario o acreedor. Una vez aceptada la delegación por el acreedor o delegatario, el deudor original o delegante queda liberado prestacionalmente y extinguida la primera obligación, surgiendo una nueva, en su lugar, que conserva el acreedor inicial, pero a cargo del delegado, nuevo obligado. Requiere entonces, triple consentimiento de los deudores antiguo y nuevo, como del acreedor, para liberar al primitivo deudor.

En esta novación subjetiva hay cambio del deudor primitivo, por uno nuevo, quien actúa por consenso y consentimiento del acreedor también, de tal manera que la delegación es «perfecta» si el inicial deudor queda liberado y sustituido por el nuevo extremo pasivo (el delegante se libera y queda obligado el delegado), con la aceptación

que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. Comprende esta disposición la delegación perfecta o novatoria, cuando el acreedor da por libre al primitivo deudor; y la imperfecta, que se caracteriza porque el delegante no queda libre de su obligación por no consentir en liberarlo el delegatario. Dentro de esta modalidad parece contemplar este artículo, bajo la denominación de diputado por el deudor, el caso de que la nueva persona indicada al acreedor para hacer el pago no sea más que un mandatario, jurídicamente indiferenciable del mandante, caso en el cual no existe propiamente delegación por falta de las tres personas necesarias para integrar este fenómeno. El criterio aplicable para saber si se trata de una simple indicación de pago o de una delegación imperfecta en que se produce una yuxtaposición de deudores, es, de acuerdo con el Código, la propia interpretación del texto y del espíritu del pacto celebrarlo entre delegante y delegado (...)" Colombia, CSJ SC. Sentencia de 15 de enero de 2009, Rad. 2001-00433-01.

expresa del acreedor; extinguéndose la primera obligación y surgiendo una nueva con el tercero, el cual, es el nuevo deudor o delegado, de conformidad con los arts. 1687, 1710, 1690 y 1693 del C.C., entre otros, aboliendo, igualmente, los accesorios, privilegios y garantías.

Subsumidos los preceptos novativos respectivos en el asunto analizado y los reproches del recurso aun cuando el deudor primitivo, esto es, el vendedor del inmueble autorizó a la compradora para pagar al acreedor bancario, las cuotas hipotecarias que aquel debía, no puede reputarse que haya existido novación. Ni de la interpretación expresa de la cláusula tercera que se transcribió, ni de la intención de las partes; ni mucho menos de la conducta procesal se infiere ese cometido contractual.

El delegado en el caso, la compradora, estaba cumpliendo una obligación propia, consistente en la de pagar el precio de compraventa del inmueble que adquiría, ocupando el lugar del antiguo propietario, ante el presunto delegatario, el Banco acreedor, mediante la obligación ahora alterada pero no extinguida, en la prestación de pagar las cuotas hipotecarias para liberar el inmueble tradido. Además, tampoco hubo novación porque el banco acreedor del crédito hipotecario no aparece aceptando la delegación para liberar al deudor primitivo, la vendedora.

ii) La delegación imperfecta o acumulativa. Es la otra institución delegativa, caso en el cual, el tercero delegado, simplemente se obliga solidaria o subsidiariamente, sin

existir extinción del vínculo primigenio porque solo se agrega un nuevo sujeto en el extremo pasivo pues el acreedor no expresa la voluntad de sustituir al primer deudor. Para que haya eficacia jurídica de la transmisión de la deuda, el acreedor tendrá que aceptarla de manera explícita¹⁶ o excepcionalmente en forma implícita. Por esta razón el art. 1691, patrio, expresa: "*Si el deudor no hace más que diputar una persona que haya de pagar por él, o el acreedor una persona que haya de recibir por él, no hay novación*". Por tanto, no entraña novación alguna.

De tal modo que hubo una simple diputación para el pago de las cuotas pendientes por pagar por concepto del crédito hipotecario, pues apenas se confirió un mandato o autorización para pagar. Esta circunstancia concreta ha dado pie para que algunos estimen esta figura como una estipulación para otro (art. 1506 del C.C)¹⁷.

Realmente, la compradora actuaba como mandataria de la deudora hipotecaria y los fondos con los cuales pagaba al Banco, eran de la vendedora o mandante, por concepto del precio de la venta, con cuyo saldo se obligó a cubrir el crédito hipotecario que gravaba la cosa vendida, por lo tanto, no existía novación alguna, sino simple y llana diputación para el pago, en ejercicio del encargo asumido.

¹⁶ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Generales, Providencia del 17 de enero de 1951, Mg. Pon. Gualberto Rodríguez Peña, Gj. XLVII, Pg. 420-423.

¹⁷ "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

6.8.3. En suma, no hubo novación pasiva, por no haberse extinguido la obligación de la vendedora. Mucho menos nació, una nueva obligación entre la compradora diputada y el Banco, acreedor hipotecario. Finalmente, las pruebas arrojan pacíficamente, que quien debió cancelar el crédito fue la parte vendedora, compelida para evitar que su patrimonio fuera afectado con las acciones del Banco, ante el incumplimiento de la compradora. Así las cosas, en el contexto de la acusación en ningún error de juzgamiento pudo incurrir el Tribunal, ni por causa de la apreciación de la cláusula tercera, ni por las operaciones del Vicerrector administrativo de la demandante.

6.8.4. No hubo cesión o asunción de deuda, cual se denuncia. Si el ánimo de los contrayentes no va dirigido a la extinción de la obligación original sino al reemplazo de la persona de deudor, se produce lo que doctrinariamente se conoce como una cesión o asunción de deuda del responsable inicial al sustituto, permitida por la ley en franca proyección del principio de la autonomía privada.

En el Código Civil se regulan casos de canje del deudor sin novación del débito, por ejemplo, los contemplados en los preceptos 851, 855, 2020 y 2023; en todos ellos, el legislador establece genuinas transferencias de deudas entre vivos, a título singular; la cuestión, igualmente puede operar en la cesión de posición contractual.

Son antecedentes del nuestro, el Código francés de 1804, y pueden citarse las opiniones de algunos intérpretes

de aquella nación, en aras de clarificar la naturaleza de la operación que se viene tratando. 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 (párs. 414 a 419) donde esta operación se reglamentó por primera vez bajo el nombre de Schuldübernahme (...). Nuestro código civil 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"¹⁸.

Baudry-Lacantinerie, explican su operatividad, así:

"¿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? Si, 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 las garantizaban. Pero, ninguna disposición del código civil prohíbe la sucesión a título particular de las deudas de otro; ninguna de sus disposiciones implica la imposibilidad 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 cessionario con sus excepciones y sus garantías reales, y aun cuando no se hubiera efectuado la reserva relativamente a estas últimas"¹⁹.

En nuestro medio, algunos la denominan subrogación de deuda, pero la institución de la cesión de deuda no es novación porque no entraña el nacimiento de una obligación diferente ni extinción de la antigua, sino el traslado de la misma que pesa sobre el antiguo deudor. El

¹⁸ FOIGNET, René/DUPONT, Emile. Manuel Elementaire de Droit Civil. Librairie A. Rousseau. Paris. 1946. Págs. 353 y 354; en sentido análogo: LABORDE-LACOSTE, Marcel. Exposé Methodique de Droit Civil. Tomo II. Ed. Recueil Sirey. Paris. 1947. Págs. 247-248.

¹⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Obligations. Tomo III. Núm. 1766.

análisis de la cuestión no ha sido ajeno a esta Sala. En decisión del 31 de mayo de 1940 (G.J. XLXI), advirtió:

“(...) 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 (...)” (Énfasis para destacar).

En ese sentido, esta Corporación en sentencia de 24 de julio de 2015 adoctrinó:

“(...) [E]s distinta sustituir a un acreedor que a un deudor. Respecto del primero, la posición del obligado no sufriría afectación, pues (...) su prestación tendría que solucionarla sin importar el nombre del titular. Con relación al segundo, la cuestión sería trascendente, en cuanto, muy seguramente, la persona del solvens, su capacidad económica, reputación, en fin, se habrían erigido en factores de confianza y de garantía al momento de otorgarse el crédito, por lo tanto, como esas condiciones bien pueden no concurrir en el deudor reemplazante, es natural entender que el consentimiento del accipiens se hace necesario (...)"²⁰ (se resalta).

²⁰ CSJ. SC. Sentencia de 24 de julio de 2015, expediente 00469.

Frente a lo anterior, en el caso tampoco hubo “asunción o cesión de deuda” o “sustitución del antiguo deudor a uno nuevo”, de donde el Tribunal así haya mencionado el tema, en ningún error de juzgamiento con trascendencia en la decisión pudo incurrir.

Conforme a los términos del plexo negocial y del acervo demostrativo, por ningún lado aparece la trilogía de sujetos en pos de la sustitución del originario deudor por uno nuevo para con el Banco Davivienda, en cuanto éste nunca expresó su voluntad de dar por libre a la demandante, original deudora. Aunase el incontrovertible hecho, de que toda cesión de deuda pende irremediablemente de la aceptación del acreedor, pues no es admisible que su situación contractual varíe sin su voluntad.

6.8.5. También se menciona en la acusación la cesión crediticia. Esta institución consiste en un acto jurídico celebrado por el acreedor cedente con otro sujeto de derecho denominado cesionario, por virtud del cual, el primero transmite al segundo la titularidad de un crédito o prestación debida, con entrega del título y notificación al deudor cedido. La cuestión debatida, no puede estimarse, corresponda a una cesión crediticia activa, por cuanto entre el vendedor y el comprador con respecto al precio debido, no se estaba trasladando crédito alguno, que estuviese en poder del vendedor y a favor de la parte compradora. Ahora, si de cesión se pudiese entender, habría de serlo, en el aspecto pasivo, denominada asunción de deuda, pero debería conllevar la aceptación del banco acreedor del

crédito hipotecario, como atrás se razonó. Ningún error de juzgamiento existe en este sentido.

6.8.6. En forma adicional se alude a la existencia de una subrogación. Esta institución permite reemplazar un derecho real (cosa), un derecho personal o una posición contractual en una relación obligacional o negocial. El caso debatido, se relaciona con la subrogación crediticia, sin embargo, esta es una modalidad de pago desde la perspectiva del crédito, que transmite los derechos del acreedor inicial a otra nueva persona que se subroga al pagar, de tal modo, que quien subentra en la relación jurídica paga al acreedor lo que debe el deudor, para asumir la condición de nuevo acreedor. En el fondo es una cesión de la relación crediticia activa, tal cual se infiere del art. 1666 del Código Civil colombiano, cuando expresa: "*La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*", pudiendo ser legal o convencional. Esta última, es justamente similar a la cesión de crédito, al requerir aceptación voluntaria del acreedor del pago que le efectúa de la deuda un tercero, a quien el acreedor le "subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le correspondan" (art. 1669), pero además, demandando la notificación del deudor cedido, para su oponibilidad; mientras la subrogación legal propiamente tal, esta de pleno derecho prevista por las disposiciones sustantivas, sin necesidad de noticiamiento (art. 1667 del Código Civil).

En el caso, no se trata de la subrogación por cuanto no hay traslado de crédito alguno, transferido de la vendedora a la compradora, sino de una deuda a cargo de la entidad enajenante hasta cuando vendió el inmueble, pero ahora, a cargo de la adquirente, según el contrato, desde cuando compró, teniendo como causa el contrato de compraventa con el fin de completar el precio de la venta. Y con relación a la obligación hipotecaria que pesaba sobre el inmueble objeto de la negociación, un pasivo a cargo de la entidad vendedora y a favor de la entidad crediticia.

Contrastada esta circunstancia con las seis hipótesis de subrogación legal que presenta el art. 1668 del C.C., de ellas, las únicas que podrían subsumir la situación de facto, corresponden a las de los numerales “2. (...) *Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado*”, “3. *Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente*”, “(...) 5. *Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor*”.

Sin embargo, ninguna de estas reglas se presenta en la relación obligatoria existente entre la vendedora y la compradora ligadas en la relación procesal debatida y la entidad bancaria acreedora, por cuanto la subrogación legal hace referencia a un traslado de un derecho (en el caso el crédito hipotecario de que es titular la entidad financiera), por disposición legal a favor del tercero que paga (la persona natural compradora del bien inmueble); pero, cuanto la compradora debía pagar era una deuda en cabeza de la

enajenante y por cuenta de ésta al Banco. Insistase, no estaba adquiriendo un crédito a su favor la señora, Luz Helena Durán.

En el caso, quien asume la conducta obligacional de pagar el precio del bien a partir del contrato de compraventa es la compradora. En efecto, asume el deber primario de pagarle al Banco, el crédito hipotecario pendiente. Sumado a lo dicho, debe solucionar una deuda propia (se subraya), consistente en pagar la parte del precio que para cumplir integralmente el contrato, se comprometió a realizar, y, por lo tanto, a solucionar en nombre de la vendedora al acreedor del derecho hipotecario.

En adición a la cuestión, hubo consenso explícito entre compradora y vendedora para ejecutar el pago, aspecto del cual prescinde una relación obligatoria mediada por la subrogación legal, por virtud de que esta, es una institución que actúa de pleno derecho.

Además, si bien es cierto, la adquirente en la cláusula tercera del contrato, aceptó, "subrogarse", sin embargo, no lo hizo, puesto que no pagó. Tampoco, por mayor esfuerzo de subsunción normativa, que se procure realizar de esa situación de facto, en el núm. 2 del art. 1688 del C.C., el designio resulta inane, porque en ningún momento la compradora del inmueble fue "*(...) obligad(a) a pagar a los acreedor(es) a quien(es) el inmueble esta(ba) hipotecado*", según el propio tenor literal. Esto es, Davivienda, la acreedora hipotecaria, jamás la compelió, ni la compradora

pagó en completud el pasivo hipotecario, para entender que se materializó una subrogación legal, pues apenas quedó en los actos iniciales, no siguió pagando las cuotas, en la forma como estaba dividido y diferido temporalmente el crédito que gravaba el bien, y en su lugar lo debió hacer la propia vendedora.

Justamente, el profesor, Álvaro Pérez Vives, al mostrar la tercera diferencia esencial entre cesión de créditos y la subrogación, explicita que “*(...) la subrogación solo se efectúa en virtud del pago, es decir, de la prestación debida que un tercero cumple por el obligado*”²¹, y esto es patente, porque, por ejemplo, en una cesión gratuita, no hay necesidad de ejecución de la prestación debida por parte del tercero, mientras que en la subrogación se requiere indefectiblemente que el tercero pague, motivo por el cual luego, con razón insta éste autor, siguiendo a Delvincourt, “*(...) la subrogación se opera juntamente con el pago. No antes ni después. El ministerio de la ley obra en el acto mismo de la prestación*”²². En el mismo sentido, entiende Massimo Bianca, cuando expresa: “*La subrogación se perfecciona con el pago hecho al acreedor originario y es inmediatamente eficaz a favor del tercero subrogado*”²³. Andreas Vont Tuhr, se halla por la misma senda en el Tratado de las Obligaciones (Editorial Reus, Madrid, 1934, pg. 27). El uruguayo Peirano Facio, en sentido análogo,

²¹ PEREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Segundo Edición. Volumen III. Bogotá, Temis, 1955, Págs. 357-358.

²² PEREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Segundo Edición. Volumen III. Bogotá, Temis, 1955, Págs. 357-358.

²³ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, IV. L'Obbligazione. Traduc. del ponente. Milano: Editore Giuffrè, 1991, pág. 360.

adoctrina para deslindar de otras figuras el instituto en cuestión: “*En primer lugar, se exige que exista un pago. Sin la idea de pago no hay subrogación (...)*”²⁴.

Siendo así el *quid* de la cuestión, la compradora debía pagar a la entidad financiera en cumplimiento de una obligación que adquirió por medio del contrato de compraventa, en forma autónoma, y no por tratarse de la ejecución de un pago a “*beneficio*” o por imposición de los acreedores titulares del crédito hipotecario vista la cuestión desde el núm. 2 del art 1668 del C.C.

En relación con la subrogación legal del numeral 4, la censora al obligarse a pagar la hipoteca, solucionaba una deuda que no era ajena, sino propia; esto es, la parte del precio que no se canceló a la vendedora, y que se obligó a pagarla al Banco. La deuda que debía solventar, no lo era como deudora solidaria o subsidiaria con el Banco, porque no había suscrito ni contraído ninguna obligación como codeudora o en forma mancomunada a favor de aquél, para el caso del numeral 5 del art. 1668 del C.C., pues hasta ese momento resultaba un sujeto de derecho, inclusive, extraño al propio Banco, en su relación obligatoria hipotecaria.

²⁴ PEIRANO FACIO, Jorge. *Curso de Obligaciones. Extinción de las obligaciones*. Tomo IV. Montevideo, Centro de Estudiantes de Derecho, 1964, págs. 74-75. Arturo Alessandri, siguiendo la jurisprudencia chilena, en un asunto, con grandes semejanzas a la cuestión de esta censura, puntualmente expone: “Para que esta subrogación se produzca, es menester como se desprende del núm. 2 del artículo 1610, en primer lugar que la propiedad se haya adquirido por compra; y se requiere, enseguida, que el precio de la compra haya sido invertido en la cancelación de las hipotecas que gravan al inmueble; de manera que si el precio se invierte en otra cosa, y no en cancelar a los acreedores hipotecarios, si el precio se paga directamente al vendedor y este fuera a cancelar las hipotecas por su cuenta, no tendrá lugar la disposición del núm. 2 del artículo 1610. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XVII, sección primera, página 542). ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Teoría de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica. 1988, págs. 390 y 391.

Por otro lado, la subrogación implica reemplazar, *inter vivos*, un crédito, de modo que en su esencia se surte un cambio en su titular, es decir, de la parte activa de la obligación, no de la pasiva.

6.8.6.1. Le asiste razón a la recurrente en el sentido de que no podía el *ad quem*, como lo hizo, deducir de lo allí pactado en la cláusula tercera del contrato *ut supra* transcrita, la existencia de una subrogación “*por cambio de deudor*”. Esta figura, en nuestro ordenamiento, se halla contemplada únicamente para los casos de sustitución del acreedor por obra de un tercero ajeno al acto cuando paga por el deudor primitivo, sustituyendo al *acciens* en su posición contractual. De allí que su naturaleza quedó definida bajo la denominación del “*pago con subrogación*”, cual –con indudable maestría– lo hace el Título VIII del Título XIV del Libro IV del Código Civil. En ello ha sido enfática la jurisprudencia de la Sala²⁵.

Por tanto, a partir del contenido negocial y de los razonamientos expuestos, se descarta que a lo así pactado se impongan los efectos de la subrogación reglada en el artículo 1666 y, de contera, por virtud del artículo 1669, de los cánones 1960, 1961, 1962 y 1963 de esa codificación, pese al uso de la rúbrica “*subrogación*” en ese texto.

Al margen de lo atrás razonado, aflora patente que la equivocación en la calificación jurídica de la operación

²⁵ CSJ SSC del 26 de noviembre de 1935; 28 de febrero de 1949; y 17 de noviembre de 1960.

verificada no alcanza a derruir el fallo impugnado ni tampoco surge error en la apreciación de la declaración del vicerrector de la demandante en casación, por la potísima razón de que aun interpretándose en su recto sentido el aludido negocio, ninguna razón hay para inferir una conclusión diferente a la apuntada por el tribunal, en la parte dispositiva del fallo censurado. No hubo yerro de ninguna índole, simplemente una confusión conceptual o doctrinal en el análisis, dado que finalmente en cualquiera de las hipótesis que ameritaban el análisis de la cuestión, la compradora se sustrajo al cumplimiento esencial de las obligaciones relacionadas con el pago del precio, obligación central del comprador en el contrato de compraventa.

6.8.6.2. De tal modo, las formas expuestas y previstas en el derecho obligacional por cambio de deudor o de intervención de un tercero, en pos de ocupar esa posición, cual se desprende de la censura, no pueden confundirse con la novación por cambio de acreedor, cesión de créditos y pago con subrogación, porque estos tres últimos actos jurídicos reemplazan *inter vivos*, en un crédito, la persona del acreedor.

Sin embargo, entre cesión de créditos y pago con subrogación, por un lado, y la novación, por el otro, sus efectos marcan una diferencia central, que permite edificar toda las restantes. Las dos primeras traspasan de una persona a otra el mismo crédito, el cual subsiste, únicamente cambia el acreedor, pasando de un sujeto de derecho a otro, como un cambio de posición. En la

novación, al contrario, no hay traslado alguno del crédito, sino extinción del antiguo, aparejando la de todos sus accesorios, pero naciendo uno nuevo, razón por la cual se dice en el art. 1690 multicitado, que la novación entraña extinción de una obligación antigua y el nacimiento de otra.

Ahora, si se trata del cambio de deudor, el primero debe quedar liberado de la obligación antigua, que ahora asume el nuevo deudor. Nada de esto aconteció en el asunto puesto a consideración de la Sala.

Lo anterior, permite inferir que, si la novación extingue la obligación, necesariamente pone término a sus accesorios y cauciones, privilegios, prendas, etc.; por el contrario, por no finiquitar la obligación, la cesión de créditos como el pago con subrogación mantienen, conservan y trasladan al nuevo acreedor, tales elementos junto con el crédito adehalas.

Por supuesto, que los actos jurídicos permiten todas las modificaciones fruto de la autonomía de la voluntad, como las de conservar las cauciones (art. 1700 del C.C.C.), etc., siempre y cuando no se afecte el orden público o las disposiciones de carácter imperativo.

Nótese, en la situación del Banco acreedor, no hubo novación laguna por cambio de acreedor o de deudor, por la necesidad de consentimiento del obligado y del antiguo y nuevo acreedor. No hubo subrogación legal según se demostró con los eventos analizados del art. 1668 del C.

C., modalidad legal que opera de pleno derecho o por el solo hecho del pago porque es una forma de solucionar obligaciones, y sin que en esta ni en la convencional se requiera consentimiento del deudor, cuestión muy diferente de la notificación del deudor. Tampoco hubo subrogación convencional, por las mismas razones que no hubo cesión crediticia, institución, esta última que supone un negocio jurídico gratuito u oneroso, con el consentimiento del antiguo y nuevo acreedor.

En síntesis, desde la perspectiva de la compraventa, no era una cesión de créditos o un fenómeno de subrogación legal o convencional, así como tampoco de una extinción de obligaciones que pudiera edificar una nueva, ni mucho menos los derechos de la vendedora para el ejercicio de la acción resolutoria; o de que el Banco acreedor hipotecario irregularmente fuera el único legitimado para ejercer los derechos del art 1546 del C.C.

Se trataba del cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de compraventa inmobiliaria, las cuales no honró la compradora.

Y en relación con el crédito hipotecario, esta Sala simplemente advierte demostrada una diputación para el pago de un crédito, como obligación a cargo de la compradora, pero cuya prestación tampoco honró, incumplimiento que repercutió negativamente en los intereses de la demandante de la resolución.

Realmente fluye un encargo hecho por la vendedora Coruniversitec a la compradora Durán Texeira, para que ésta pagara, a nombre de aquella, las obligaciones derivadas del mutuo hipotecario suscrito con la entidad financiera Banco Davivienda S.A., acto también regido por las normas que disciplinan el contrato de mandato, pues no de otro modo, se entendería la participación del tercero en estos casos.

6.9. Sentado, entonces, que la vendedora diputó a la compradora para pagar, con el saldo que ésta le adeudaba del precio de la venta, cuanto aquélla, a la sazón, le debía a Davivienda por el crédito hipotecario, fulge patente que la demandada, al no cubrir las cuotas de dicho préstamo, desatendió la obligación que tenía de pagar en la forma y tiempo debidos, acordados en la cláusula tercera de la aludida escritura 1802 de 14 de julio de 2006. El precio es elemento de la esencia de cualquier compraventa (art. 1849 C.C., en conc. con el 1501 *ibidem*) y del cual, además, explica su carácter comutativo. Emerge claro que la infracción incidió, cual bien lo coligió el *ad quem*, seria y gravemente en la economía de la relación contractual.

6.10. En ese orden de ideas, ninguna de las acusaciones se abre paso.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia de 24 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el juicio ordinario incoado por la Corporación Universal de Investigación y Tecnología, Coruniversitec, contra Luz Elena Durán Texeira.

Las costas en casación corren a cargo de la demandada recurrente. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que la parte opositora en el recurso replicó todos los cargos.

**Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior,
devuélvase el expediente a la oficina de origen.**

AUSENCIA JUSTIFICADA

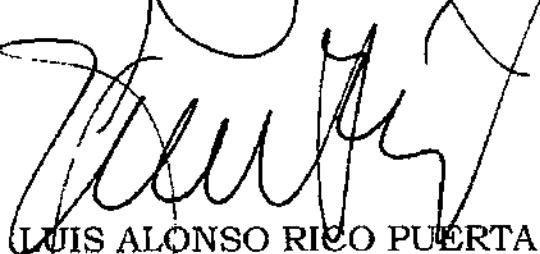
OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

(Presidente de la Sala)

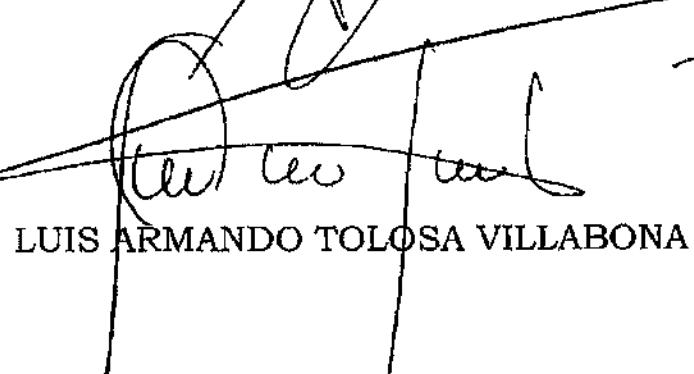
MARGARITA CABELO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO


LUIS ALONSO RICO PUERTA


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA