

ACCION DE CANCELACION DE HIPOTECA.—NOVACION. — CONDICIONES PARA QUE HAYA NOVACION.—DOCTRINA DE LOS AUTORES. — CESION DE CREDITOS.—TECNICA DE CASACION.

1.—El primer medio de extinción de las obligaciones por satisfacción de otra distinta de la primitivamente pactada es la novación, o sea la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que por lo tanto queda extinguida (artículo 1687, C. C.). En virtud de esta figura la relación jurídica antigua se extingue por el nacimiento de otra que ocupa su lugar; una obligación reemplaza a otra. No tiene dicha figura, en el derecho moderno, el interés práctico que ofrecía en el primitivo derecho romano, debido al principio de la intransmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica obligatoria y por eso, en el derecho antiguo, la modificación de esa relación llevaba a extinguir la primitiva y a crear otra. 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 resultado 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. — 2.—La simple *mutatio creditoris* no entraña novación. Para que ésta se verifique son necesarias dos condiciones: primera, consentimiento del deudor; segunda, extinción clara de la obligación antigua que queda sustituida por la nueva, y en la cual el titular es nuevo acreedor. — 3.—Quien traspasa un crédito proveniente de una obli-

gación civil o comercial, lo hace con todas las garantías anexas a aquéllas y responde siempre de la existencia de la obligación cedida. (Artículo 1965 *ibid.*). — 4.—La causa puede variar cuando se verifica la novación, mas no varía nunca cuando se verifica la cesión de un crédito, y esto porque en la primera hay sustitución de obligación y en la segunda la obligación primitiva queda inmutable; por eso en la primera, salvo estipulación en contrario, desaparecen las garantías anexas a la obligación y en la segunda, éstas permanecen. En la cesión de un crédito no es sólo la trasferencia a título singular en el derecho del acreedor primitivo lo que adquiere el cesionario, sino que también queda favorecido por la naturaleza del instrumento en que conste la obligación, de modo que si el cedente traspasa un título ejecutivo, ese mismo título es del cesionario y por eso la cesión se verifica por la entrega del título (artículo 33, Ley 57 de 1887). Finalmente, la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la transferencia de las dudas, 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 francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctri- nantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aún sin el consentimiento de éste. — 5.—Cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida

o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación. Se ha llegado a concluir que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aun cuando el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados por aplicar por ésta. Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aún así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos, puesto que no es cualquier error cometido por el Tribunal el que lleva a la casación, sino aquel que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por la falta de apreciación o la mala apreciación de una prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Isaías R. Saavedra se constituyó deudor de Servio Julio Camacho por la suma de tres mil pesos (\$ 3,00) moneda corriente, que el primero dijo haber recibi-

do del segundo en calidad de mutuo o préstamo a interés. Para mayor garantía de sus obligaciones, Saavedra hipotecó a favor de Camacho la mitad de una casa de rafa y teja situada en la plaza principal de Moniquirá y deslindada como aparece en el contrato de mutuo con hipoteca, de que da cuenta la escritura ciento cinco (105) de siete (7) de mayo de mil novecientos treinta (1930) pasada ante el Notario Primero de Moniquirá.

El expresado Servio Julio Camacho cedió a Bernardo Cárdenas, por escritura trescientos sesenta y tres (363) de treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos treinta (1930) de esa Notaría, el crédito que consta en la escritura 105 antes mencionada.

Isaías R. Saavedra vendió a María Pinzón v. de Franco, por escritura trescientos treinta y cinco (335) de cinco (5) de octubre de mil novecientos treinta y seis (1936), también de la Notaría Primera de Moniquirá, una casa alta de rafa y teja con su asiento y solar correspondiente, ubicada en la plaza principal de Moniquirá y deslindada como aparece en la escritura. La venta se hizo por el precio de quince mil pesos (\$ 15,000) moneda corriente y las partes contratantes estipularon que la compradora Pinzón v. de Franco se obligaba a cubrir a Bernardo Cárdenas el crédito hipotecario constituido por Saavedra, por la suma de \$ 3,000 y de que ya se ha hecho mérito.

Basado en estos antecedentes el señor Isaías R. Saavedra, por medio de apoderado demandó ante el Juez de Circuito de Moniquirá a Bernardo Cárdenas para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se condene al expresado Cárdenas a cancelar dentro del término señalado por el Juzgado la hipoteca a que se refieren las escrituras 105 y 163 de 7 de mayo y 31 de diciembre, respectivamente, de 1930.

Subsidiariamente pidió que se declarara que por la novación del contrato de mutuo a que se refieren estas escrituras, quedó extinguida la hipoteca constituida sobre la casa por Saavedra.

El juez de conocimiento, en sentencia de 1º de agosto de 1938 accedió a las peticiones de la demanda, y apelado ese fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja lo revocó totalmente en sentencia de 16 de junio del año próximo pasado.

Interpuso recurso de casación el demandante Saavedra, recurso que pasa hoy a decidirse.

El fallador de segunda instancia absolvió al demandado de los cargos de la demanda porque encontró "que no hay materia sobre qué juzgar de la existencia del contrato de novación, que acredite la sustitución de un nuevo deudor a otro y la expresa voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor" y por cuanto "el demandante no acreditó ninguno de los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya sus pretensiones".

En casación invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del C. Judicial y desenvuelve en once capítulos la acusación al fallo.

Como cuestión previa, cree oportuno la Corte hacer algunas aclaraciones sobre novación y cesión de créditos, para situar este debate en su verdadera posición.

El primer medio de extinción de las obligaciones por la satisfacción de otra distinta de la primitivamente pactada, es la novación, o sea la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que por lo tanto queda extinguida. (Artículo 1687 del C. Civil). En virtud de esta figura la relación jurídica antigua se extingue por el nacimiento de otra que ocupa su lugar; una obligación reemplaza a la otra. No tiene dicha figura, en el derecho moderno, el interés práctico que ofrecía en el primitivo derecho romano, debido al principio de la intransmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica obligatoria y por eso, en el derecho antiguo la modificación de esa relación llevaba a extinguir la primitiva y a crear otra. En el derecho moderno se permite a las partes cambiar los términos de una relación jurídica y particularmente trasmitirla 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 consagra sino dos artículos.

En la novación son necesarias tres condiciones: **animus novandi** (artículo 1693 del Código Civil); la nueva obligación debe diferenciarse de la antigua en cierta medida, en una cuestión que atañe a la obligación en sí misma considerada, y no a meras modalidades, como la simple mutación de lugar para el pago, o la ampliación o reducción del plazo (artículos 1707, 1708 y 1709, *ibidem*); finalmente, capacidad de las partes.

La novedad de la obligación puede referirse al cambio de acreedor, al de deudor, al del objeto de la obligación y por lo tanto a variación de la causa.

Mas la simple **mutatio creditoris**, no entraña novación; para que ésta se verifique son necesarias dos condiciones: primera, consentimiento del deudor; segunda, extinción clara de la obligación antigua que queda sustituida por la nueva, y en la cual el titular es nuevo acreedor; de ahí que el artículo 1690 del Código Civil, enseñe en su numeral 2º que la novación se verifica contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor. Y ésta es la diferencia esencial con la cesión de créditos no aceptada por el derecho romano en sus comienzos y elevada a institución jurídica en el derecho moderno, basada en que siendo un crédito un bien que entra dentro del patrimonio, puede trasmitirse y enajenarse como cualquiera otro elemento o factor objeto del derecho, porque la obligación aparece como un valor, un bien, como cualquiera otro, cuya transmisión es realizable por

procedimientos directos y en la forma adecuada. De ahí no sólo la creación y reconocimiento de este medio de transmisión, sino su reglamentación, de la cual se ocupa el título 25 del libro 4º de nuestro Código Civil. Constituye esta figura una convención, que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que sólo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (artículo 1964 del Código Civil), convención en la que no es esencial el consentimiento ni la intervención del deudor porque para sus relaciones con el nuevo acreedor basta la notificación de la cesión (artículo 1960, *ibid.*) lo que no pasa cuando se verifica la novación por el cambio del primitivo acreedor por cuanto en este caso, surgiendo una nueva obligación, que reemplaza a la antigua, es precisa la intervención, en la nueva convención, del deudor.

La inmutabilidad de la obligación, que va acompañada con todas sus garantías, salvo estipulación expresa en contrario, aun cuando haya cambio del primitivo acreedor, es la base y fundamento de las múltiples transacciones y operaciones sobre endoso y traspaso de letras de cambio y demás instrumentos negociables. Quien traspasa, pues, un crédito proveniente de una obligación civil o comercial, lo hace con todas las garantías anexas a aquéllas y responde siempre de la existencia de la obligación cedida (artículo 1965, *ibidem*).

La causa puede variar cuando se verifica la novación, mas no varía nunca cuando se verifica la cesión de un crédito, y, esto porque en la primera hay sustitución de obligación y en la segunda la obligación primitiva queda inmutable; por eso en la primera, salvo estipulación en contrario, desaparecen las garantías anexas a la obligación y en la segunda, estas garantías permanecen.

En la cesión de un crédito no es sólo la transferencia a título singular en el derecho del acreedor primitivo lo que ad-

quiere el cesionario, sino que también queda favorecido por la naturaleza del instrumento en que conste la obligación, de modo que si el cedente traspasa un título ejecutivo, ese mismo título es el del cesionario y por eso la cesión se verifica por la entrega del título, artículo 33 de la Ley 57 de 1887.

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.

Dada la manera como ha sido presentada y formulada la demanda de casación en este pleito, considera la Corte que es de rigor hacer algunas observaciones sobre este recurso extraordinario.

Es éste restricto, en cuanto a la naturaleza de los juicios y, por tanto, de las sentencias respecto de las cuales puede interponerse el recurso; es restricto así mismo en cuanto a los motivos de acusación del fallo y en cuanto a las nulidades procedimentales del juicio, no siendo recibibles en el recurso sino las expresadas en el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial.

En cuanto a la técnica de casación y especialmente en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 que acaba de citarse, se parte de la base de que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación entre esos dos extremos se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben

citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación. Se ha llegado a concluir que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aun cuando el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados de aplicar por ésta.

Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto, marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aún así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos puesto que no es en el caso que se contempla, cualquier error cometido por el Tribunal el que lleva a casación, sino aquél que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por la falta de apreciación o la mala apreciación de una prueba.

Es el recurrente el que en su demanda da la pauta a la Corte para el estudio, ya señalando los motivos, ya los conceptos, y por eso no puede decidirse una casación por una causal no invocada ni variarse un motivo por otro, puesto que el recurso extraordinario de que se viene tratando no es susceptible de esa amplitud.

Considerando entonces a la luz de los anteriores principios los cargos hechos en casación y los fundamentos de la senten-

cia recurrida, la Corte concluye lo que sigue:

a) No son de recibo los primeros cinco cargos contra la sentencia recurrida, porque ellos se refieren a violaciones de la ley adjetiva, por cuanto según el concepto del recurrente hubo irregularidades, en la tramitación de la excepción dilatoria propuesta en este juicio. No toda irregularidad es nulidad y aun cuando hubiera habido nulidades adjetivas en la tramitación y fallo de la defensa dilatoria, esa cuestión no sería motivo de casación, por cuanto no está comprendida en las a que se refiere el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial. No puede tampoco sostenerse que se incurrió en alguna de las nulidades del artículo 448 del código que acaba de citarse, porque además de que las partes militantes en este juicio han intervenido en él, citadas en la forma legal, la competencia de jurisdicción es clara y la ilegitimidad de la personería de las partes, además de que no se halla demostrada, no fue controvertida en las instancias y sería por lo tanto, un medio nuevo en casación.

Las acusaciones de que se acaba de hacer mérito no se avienen con la naturaleza de este recurso.

b) Los restantes cargos, algunos de los cuales, por el modo como están formulados pugnan con la técnica de casación, por lo ya expresado arriba, deben estudiarse conjuntamente porque todos ellos están enfocados sobre un mismo objetivo, o sea que ya por violación directa de la ley, por aplicación indebida o por error en la apreciación de las pruebas, el Tribunal no dedujo que se había verificado el fenómeno de la novación subjetiva por el cambio de acreedor primitivo.

En lo anterior el recurrente es lógico, porque a su turno el Tribunal enfocó también el asunto sobre el problema de la novación.

Realmente lo que hubo fue la cesión de un crédito hipotecario hecha por el primitivo acreedor Servio Julio Camacho a Bernardo Cárdenas, cesión que por lo explicado en la parte primera de este fallo,

nada tiene que ver con el fenómeno de la novación.

Posteriormente a esa cesión, Isaías Saavedra, que fue el deudor de Camacho y actualmente Cárdenas, celebró un contrato de compraventa con María Pinzón v. de Franco y en ese pacto se estipuló que la compradora Pinzón pagaría el crédito hipotecario constituido por Saavedra a favor de Camacho y de que era cesionario Cárdenas.

Ahora bien: como éste no intervino en ese pacto, resulta que tal contrato es para Cárdenas *res inter alia*, y en nada por lo tanto lo compromete ni obliga. Por este aspecto no pudo haber novación, puesto que ni Cárdenas fue parte en el contrato ni hubo sustitución de una obligación por otra en virtud de la compraventa celebrada entre Saavedra y la señora Pinzón de Franco. Es cierto que ésta se comprometió con Saavedra a cubrir el valor del crédito a favor de Cárdenas, pero esto no quiere decir que se hubiera novado la obligación existente entre Saavedra y Cárdenas sino que la señora viuda de Franco contrajo una obligación para con Saavedra, de cuyo cumplimiento debe responderle aquélla a éste pero que en ninguna manera compromete ni modifica la obligación de Saavedra respecto de Cárdenas.

El Tribunal estimó que en virtud de la escritura de compraventa en la que consta el contrato celebrado entre Saavedra y la señora Franco no hubo novación de la obligación existente entre Saavedra y Cárdenas, y al llegar a esta conclusión no violó los artículos 1693 ni 1699 del C. Civil.

Para demostrar la novación se adujeron una serie de testimonios, la mayor parte sobre palabras o conversaciones, no sobre hechos. El Tribunal estimó que con tales testimonios no se comprobaba el fenómeno de la novación y la Corte observa que aunque los testigos hubieran declarado sobre hechos directos y concretos, la novación no estaría acreditada, porque además de la improcedencia de este medio probatorio con ese fin, tam-

poco cabría ante el artículo 92 de la Ley 153 de 1887. No violó por lo tanto el Tribunal los artículos que sobre el valor de la prueba testimonial y relacionados con los que regulan la novación, cita el recurrente en su demanda.

El recurrente sostiene que el demandado Cárdenas confesó que la novación se había verificado y que el Tribunal al no dar por demostrada la novación con esa prueba, violó los textos legales que se refieren al mérito probatorio de la confesión judicial. Mas de las posiciones del demandado, como lo observa el Tribunal, lo único que se deduce es que éste manifestó que cancelaría la hipoteca si la señora de Franco le pagaba el valor del crédito, y esta aseveración no constituye novación. A lo más podría decirse que hubo una diputación para el pago hecha por el deudor Saavedra y de la cual tenía conocimiento Cárdenas, pero es sabido que la mera diputación para el pago no constituye novación, artículo 1691 del C. Civil.

No hubo por otra parte violación de los artículos 1618 y 1624 del C. Civil, por cuanto no estando establecido que se verificó la novación, por lo ya expresado, el Tribunal no pudo infringir esos textos legales toda vez que no se comprobó la existencia de un contrato sobre novación y de ahí que ni el elemento intencional ni la interpretación de cláusulas ambiguas, que debe hacerse a favor del deudor, hubieran sido factores que el Tribunal hubiera pasado por alto puesto que no está establecida la existencia de tales cláusulas.

Por último observa la Corte que habiendo fallado el Tribunal, de acuerdo con la *causa petendi*, claramente establecida en la demanda y siendo absolutorio el fallo, éste abarcó todos los extremos de la litis, no siendo por lo tanto posible que la sentencia esté en desacuerdo con las peticiones de la demanda o que el fallador hubiera incurrido en una *extra petita* o en una máxima o mínima *petita*.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insér-

tese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario en ppad.