

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
SECCIONAL BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**



**TRABAJO DE GRADO:
CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO DE LA ACCIÓN OBLICUA,
INDIRECTA O SUBROGATORIA.**

PRESENTADO POR: GERMÁN ANDRÉS DURÁN GARCÍA.

DIRECTOR: ÁLVARO LEAL LANDAZABAL.

Título: Abogado

BUCARAMANGA

2015

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de grado está dedicado a Dios por darme la vida y brindarme la oportunidad de seguir creciendo como persona; también a mi familia por ser mi motor y por todo el apoyo brindado para llegar a esta instancia; al Doctor Álvaro Leal por su paciencia y aporte de su magno conocimiento, tanto para mí y este trabajo de grado, y hacerme un mejor profesional. A María Alejandra por estar conmigo en las buenas y en las malas, hoy, mañana y siempre; a todas las personas que me acompañaron durante mi pregrado, profesores, amigos, compañeros, a la comunidad U.P.B., a todas muchas gracias, porque de todas tome lo mejor para ser un buen abogado.

CONTENIDO

1. LA ACCIÓN OBLICUA SUBROGATORIA O INDIRECTA.....	10
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA.....	13
3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA	19
3.1 REQUISITOS DE LA ACCIÓN OBLICUA EN LA ESCUELA FRANCESA COMO ACCIÓN EJECUTIVA.....	21
3.2 REQUISITOS DE LA ACCIÓN OBLICUA EN LA ESCUELA CONSERVATIVA.....	25
3.3 REQUISITOS DE LA ACCIÓN OBLICUA EN EL SISTEMA CONSERVATIVO	26
4. DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	27
4.1 LA ACCIÓN OBLICUA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.	27
4.2 MODO DE OPERAR DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA.	31
4.3 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA ACCION OBLICUA O SUBROGATORIA.	35
4.3.1 <i>Sentencia de la Corte Suprema Justicia de Colombia de 02 de julio de 1993.</i>	35

4.3.2 *Tribunal Superior De Bogotá en auto de enero 20 de 1954 en la sucesión del señor Luis Suarez Castillo y con ponencia del magistrado Ernesto Cediel Ángel, refiriéndose a la acción oblicua o subrogatoria.....* 37

4.4 LA ACCIÓN OBLICUA EN ALGUNAS INSTITUCIONES SEÑALADAS EN LA LEY, QUE NO NECESARIAMENTE SON EJERCICIO DE ELLA, EN EL DERECHO COLOMBIANO. 39

4.4.1 *Sustitución de los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos* 40

4.4.2 *Sustitución del acreedor en los derechos y acciones de sus deudores contra el tercero responsable de la pérdida de la cosa que se debe.* 43

4.4.3 *Sustitución de los acreedores del deudor insolvente en sus derechos reales.* 47

5. LA ACCIÓN OBLICUA EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN COLOMBIA. 48

CONCLUSIONES 50

REFERENCIAS 54

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: Juridical considerations respect to the action oblicua, subrogation and indirection

AUTHOR(S): GERMÁN ANDRÉS DURÁN GARCÍA

FACULTY: Facultad de Derecho

DIRECTOR: ÁLVARO LEAL LANDAZABAL

ABSTRACT

With the proposition to identify the loan rights of creditor, is necessary guide the position, the that by the present investigation that is realize to the figure of the action oblicua ,subrogation or indirection with the instrument which enables the guarantee the rights with the thought meet the compact and the obligations with the debtor. Where the side to enter to studied the nature and the action of oblicua, subrogation and indirection, in the process of the execution of Colombia. The investigations have a process methodological system by the side of the law respect the acts generating in the rights situated in the law, and for interpreted we can establish, we can clear up with the elements conceptual for the structure of law; and the teleological that is to found the end of the normative, and the spirits of the law and the objective that follow, with the propose that grow the knowledge and clear up the law unknown or maybe forget the human right. Of the above in the job for the grade as going for the conclusion that the imperfection inherent the mechanism of the action oblicua, subrogation and indirection that not care to the creditor that demand for any advantage in order, is exposed to suffer an inability for the debtor that have the creditors. In the sum of the action of the oblicua or subrogation and indirection , not have an exercise clean and this is the reason by the used that have inocuo and not have a developing ,jurisprudential and practice in the right privacy Colombian.

KEYWORDS:

Action Oblicua, Rights auxiliary creditor, Obligations, Civil law, Debtor.

V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA E INDIRECTA

AUTOR(ES): GERMÁN ANDRÉS DURÁN GARCÍA

FACULTAD: Facultad de Derecho

DIRECTOR(A): ÁLVARO LEAL LANDAZABAL

RESUMEN

Con el propósito de entender los derechos crediticios del acreedor, es necesario orientar, que mediante la presente investigación que se realiza a la figura de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta es un instrumento que permite garantizar sus derechos mediante el cumplimiento de las obligaciones del deudor. En donde se entra a estudiar la naturaleza de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, en los procesos de ejecución en Colombia. La investigación tiene como proceso metodológico el sistemático en el cual se le da sentido a la ley respecto a las actuaciones generadoras de derecho situadas en la norma, y que a manera de interpretación, se logra esclarecer con los elementos conceptuales de la estructura normativa; y el teleológico pues a se ha de desentrañar el fin normativo, el espíritu de la ley y el objetivo que persigue, con el propósito de aumentar el conocimiento y esclarecer la norma desconocida o tal vez olvidada en el derecho. De lo expuesto en el trabajo de grado se concluye la imperfección inherente al mecanismo de la acción oblicua, subrogatoria e indirecta que no da al acreedor demandante ninguna ventaja en particular y además, lo expone a sufrir la insolvencia del deudor al hacer concurrir a los demás acreedores. En suma la acción oblicua o subrogatoria o indirecta, no tiene un ejercicio expedito y es la razón por la cual su uso se ha hecho prácticamente inocuo y no ha logrado el desarrollo, ni jurisprudencial, ni practico en el derecho privado colombiano.

PALABRAS CLAVES:

Acción Oblicua, Derechos auxiliares del acreedor, Obligaciones, Derecho Civil, Deudor.

V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

INTRODUCCIÓN

La presente investigación está orientada a estudiar uno de los medios jurídicos en el ejercicio de la ejecución forzada de las obligaciones que se denomina acción oblicua, subrogatoria o indirecta, teniendo en cuenta que de acuerdo con la clasificación general de las obligaciones, ya sean de dar, de hacer o de no hacer, puras y simples, sometidas o no a garantías personales, reales, especiales, o dentro de las nociones contemporáneas de las garantías modernas; lo evidente y cierto es que tal ejecución forzada solo puede hacerse mediante el funcionamiento del órgano jurisdiccional de poder público. En estas formas de ejecución forzada, aparece la acción oblicua, subrogatoria o indirecta consagrada en la ley colombiana en el artículo 2489 del Código Civil, situándola dentro de los derechos auxiliares de los acreedores, poniendo de presente la concepción moderna de colocar la coercibilidad propia del vínculo jurídico obligatorio en el patrimonio del deudor, retirándolo de su propia persona.

Y son los derechos auxiliares de los acreedores, los medios que la ley pone en sus manos para evitar el deterioro del patrimonio del deudor, así como para obtener su reconstitución cuando ya éste se ha deteriorado por actuaciones fraudulentas o simuladas del mismo deudor.

Es necesario tener en cuenta que la ley civil colombiana carece de un sistema unitario de los derechos auxiliares de los acreedores, y tales medios se encuentran en disposiciones dispersas y además, se encuentran también en otros ordenamientos legales complementarios.

Tales derechos auxiliares, que no son otros que los instrumentos que da la ley a los acreedores para obtener la efectividad de sus créditos de manera eficaz, se clasifican entre otros: medios conservatorios, medios reconstructivos y la acción oblicua, llamada también subrogatoria o indirecta, que para algunos autores como Ospina Fernández(2008) la denomina subrogación legal en ciertos derechos.

La investigación se orienta sobre los medios reconstructivos que son la acción pauliana, la nulidad de los actos del deudor concursado, la acción de simulación y la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, denominada también como antes se dijo la subrogación de los acreedores.

La acción oblicua es la sustitución de los acreedores en el ejercicio o mejor, en la administración de los derechos y acciones de carácter patrimonial que pertenecen al deudor y que éste teniéndolos, no ha hecho uso de ellos o ha actuado fraudulentamente, permitiendo disminuir su patrimonio en abierto perjuicio de sus acreedores.

La ley civil colombiana, se inspira como se advierte más adelante en el sistema romano, concibiendo la acción oblicua como una función administrativa y conservativa, previa autorización jurisdiccional.

Dada su naturaleza, como se verá en éste estudio, se pregunta, ¿Cómo operaría esta acción especialísima en los procesos de ejecución en Colombia?.

Para llegar a resolver el cuestionamiento anterior se procederá a indicar y analizar los antecedentes históricos de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, así como, estudiar sus elementos, características, su naturaleza, su vinculación con otros elementos que hacen parte de garantías y declaraciones de voluntad de naturaleza contractual que llevan a su individualización, las distintas escuelas y doctrinas de su formación, origen y aplicabilidad.

A más de lo anterior, teniendo en cuenta que el derecho francés es la fuente primaria del derecho civil colombiano y la misma para otros países como en el caso

de Chile, hemos procurado hacer un análisis comparativo de ésta institución en otros países que tienen la misma fuente y estructura jurídica.

Con estos presupuestos se llega a la concreción de ésta acción en el derecho colombiano, sus características y su aplicabilidad conforme a las reglas sustanciales y a lo normado en el Código de Procedimiento Civil.

1. LA ACCIÓN OBLICUA SUBROGATORIA O INDIRECTA.

Bajo el presupuesto de que la solución de las controversias y en general, la tutela del derecho queda encomendada al poder público, aparece la función jurisdiccional. (H. Rocco citado por García Máynez Pág. 228) “resulta de la sustitución de la actividad de los particulares por la del estado, en la aplicación del derecho objetivo a casos concretos”. En otras palabras, la función jurisdiccional es la aplicación de normas jurídicas a casos concretos que obliga a los particulares, y que puede hacerse efectiva aun contra su voluntad.

El punto central en lo que concierne al derecho de acción, se refiere a establecer si éste es independiente del derecho sustancial o se trata de un mismo derecho desde ángulos diferentes. Para ello se ha formulado por la doctrina una serie de teorías del derecho de acción, que se refieren ya a la autonomía de ésta, como derecho, ora como medio, es decir, si el derecho de acción depende del derecho sustancial, o si por el contrario, el derecho de acción es una facultad que tiene vida propia; doctrina que dio origen a la autonomía de la acción, lo que lleva a tratar de definir la acción como: (H. Rocco citado por García Máynez Pág. 230) “facultad de invocar la autoridad del estado para la defensa de un derecho” o la teoría de la acción como derecho abstracto que tiene como características, el ser un derecho subjetivo público; el ser relativo y el ser abstracto, esta última porque puede ser ejercitada por cualquier persona, de modo que el interés contenido en el derecho de acción es un medio para la realización de los derechos sustanciales que a través del suceso se pretenden hacer efectivos.

En consecuencia, sin desconocer otras concepciones del derecho de acción, se ha dicho que la acción es la facultad de pedir al órgano jurisdiccional la aplicación del derecho objetivo en los casos concretos, lo que supone la existencia de una obligación correlativa.

Consagra el artículo 2489 del Código Civil Colombiano que: (Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano. artículo 2489). “Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán su derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los

derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores”.

“Podrán, así mismo, subrogarse en los derechos del deudor, como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026”.

La anterior disposición prevé la existencia de un acreedor y de un deudor y este último insolvente. Sin embargo, del texto de la norma se deduce que, este deudor aparentemente insolvente tiene unos derechos a su favor, como usufructuario o prendario, arrendador o arrendatario, o con derecho de retención y sin embargo, no los hace efectivos en perjuicio de su acreedor o acreedores, haciendo con esta conducta imposible cumplir con sus obligaciones impidiendo a motu proprio incrementar su patrimonio en perjuicio de sus acreedores.

La norma en consecuencia consagra el derecho del acreedor, para subrogarse en esos derechos del deudor y por medio de la actividad jurisdiccional lograr el pago de su crédito, esto es lo que se denomina la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, porque el acreedor va a ejercer el derecho de pagarse sus crédito no directamente sino a través de terceros que son así mismo deudores de su deudor.

En esos términos se determina que ésta acción parte del principio general establecido en el artículo (Ley 57 de 1887 Código civil colombiano) 2488 del Código Civil que establece lo que se denomina como la prenda general de los acreedores, al definir que el acreedor tiene el derecho de perseguir la ejecución sobre todos los bienes muebles o inmuebles del deudor sean estos presentes o futuros.

En consecuencia, el acreedor dispone de conformidad con la ley, de varios medios para evitar la insolvencia del deudor y preservar su garantía o prenda general; entre otros, puede hacer efectivos actos conservatorios y además, la posibilidad de ejercer por vía oblicua las acciones que descuide su deudor. Entonces los hermanos Mazeaud determinan la acción oblicua de la siguiente manera: (Hermanos MAZEAUD, Pág. 235) “se denomina acción oblicua no una acción

particular dada al acreedor, sino toda acción perteneciente al deudor cuando es ejercitada en nombre de aquel por el acreedor”.

Considera la jurisprudencia nacional que la acción oblicua es una medida mixta de conservación de patrimonio y de ahí el hecho de no ser necesario un título ejecutivo, pero que a pesar de ello, la acción oblicua se parece a una medida de ejecución y de ello, van a surgir unos efectos respecto del acreedor y respecto del deudor, por cuanto esta acción va a beneficiar el patrimonio del deudor y por consiguiente a todos sus acreedores.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA.

La acción oblicua o subrogatoria, se fundamenta en la garantía general de los acreedores (art 2488 Código Civil Colombiano), garantía general patrimonial con que el deudor responde a sus acreedores. Siendo posible que el deudor quien es el titular de sus derechos y acciones, pueda ejercerlos en forma diligente y oportuna permitiéndole incrementar su patrimonio y robusteciendo la seguridad general.

Pero, también es cierto, que el deudor por desidia o por mala fe o por procedimientos torticeros, deje de ejercer tales derechos y acciones produciendo un perjuicio para los acreedores a quienes priva de su incremento patrimonial impidiéndoles el cobro de sus créditos. Por tal razón, la Ley protege los derechos de los acreedores mediante el ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria.

En tal sentido, puede afirmarse que el acreedor, o los acreedores, utilizando los procedimientos legales, puedan obtener el cobro de ciertos créditos que el deudor negligentemente ha dejado pasar. En otras palabras, los acreedores pueden cobrar por el deudor, cobrando para si el crédito, esto es dirigirse contra el deudor para que con el producto de dicha acción, pueda cobrar el pago de su acreencia.

Se considera doctrinariamente que la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, tiene su origen en el derecho romano, con el fin de buscar procedimientos de ejecución coactiva de las obligaciones.

Algunos doctrinantes y particularmente los hermanos Mazeaud, sientan el origen de esta acción de la siguiente manera: (Hermanos MAZEAUD, Pág. 240) “el origen de la acción oblicua es oscuro. En Roma existía un procedimiento colectivo de quiebra civil, la venditio bonorum. Un representante de los acreedores demandaba por cuenta de la masa y ejercitaba las acciones del concursado o decoctor. El adquirente del patrimonio – porque el patrimonio del concursado era vendido en bloque al mismo adquirente- era considerado como el causahabiente

universal del deceptor, y disponía de todos sus derechos y acciones. Por haber desaparecido el concurso de acreedores (o quiebra civil) del antiguo derecho francés, fue necesario para remplazar la protección que resultaba del procedimiento colectivo, permitir a los acreedores defender individualmente el patrimonio de su deudor considerado como su prenda o garantía genérica. Con esa finalidad se autorizó a los acreedores para intentar, en nombre de su deudor las acciones que este descuidaba entablar”.

El tratadista Ospina Fernández, considera que esta acción parte en Roma de la lex Poetelia Papiria, en la que consagró que la responsabilidad del deudor recaía sobre sus bienes; sin embargo, aún en la época clásica, apareció el hecho de que el deudor tenía que trabajar para el acreedor o sus acreedores, que solo se eximía si hubiera hecho cesión de sus bienes en favor de los acreedores, evitándole de esta manera la prisión privada por deudas, o la declaración de infamia.

Solo hasta el año 636 a.c., con la expedición del edicto del pretor Publius Rutilius, se estableció un procedimiento para hacer efectiva la lex poetelia, introduciendo la bonorum venditio, la que estaba precedida de la aprehensión de los bienes del deudor a solicitud de cualquier acreedor y en provecho de todos quienes asumían la administración de los bienes por un tiempo, entre 15 y 30 días mientras se surtían los carteles que publicaban la separación del deudor de sus bienes, emplazaba a los acreedores y anunciaba la subasta de los mismos.

Bajo la época imperial, este procedimiento fue variado en el sentido de darse a los acreedores no la propiedad, sino la posesión de los bienes hasta por 4 años, bienes que eran administrados por un curador designado por el magistrado y de acuerdo con los acreedores. Esto da origen a la subrogación real en tales derechos; vencido el término citado se procedía a la venta individualizada de los bienes.

Entonces, en el derecho romano, se establecía claramente la separación del deudor de sus bienes y la posesión de estos era cumplida por un curador.

La decisión del derecho romano se cumplió en toda su área de influencia en su plenitud. Con las variantes de suspensión, por razón de la caída del imperio romano. La influencia de las nuevas ideologías y religiones variaron algunos conceptos filosóficos, políticos y sociales del imperio romano, pero manteniéndose doctrinariamente el concepto de aplicación de lo heredado por las instituciones romanas.

Con el desenvolvimiento histórico de los pueblos y de los países en algunas legislaciones, como en la francesa, los acreedores ejercen la función de actuar sobre los derechos y acciones del deudor, pues como lo dispone el artículo 1166 del código civil francés (Código Civil Francés Artículo 1166) *“no obstante los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, a excepción de aquellos que son exclusivamente de su persona”*, cosa que no establecía el derecho romano.

Curiosamente todos los doctrinantes de la acción oblicua los que se han citado y algunos otros, no hacen ninguna otra referencia al desarrollo de ésta institución ni en la época republicana romana, ni en la imperial, ni con posterioridad a la caída del imperio romano. Estas normas son heredadas por las legislaciones según su contexto.

Este desenvolvimiento, encaminado a buscar el origen de la acción oblicua o subrogatoria, entendiéndose por tal el derecho potestativo, conferido a los acreedores de ejercitar los derechos y acciones del deudor que se dirigen contra terceros, cuando su titular (el deudor), sea descuidado en su ejercicio a fin de encontrar una base para la expectativa de satisfacción que los acreedores tienen sobre los bienes del deudor para asegurar su garantía patrimonial.

Como puede apreciarse, las legislaciones y las doctrinas, no han sido uniformes en la consideración de este medio, pues unas tesis le atribuyen a la subrogación, un medio ejecutivo y otras la consideran como un medio conservativo.

La primera tesis, consiste en expresar que la acción oblicua es una acción ejecutiva; cuya justificación se da por razones históricas y dogmáticas, en la que el germen de la acción subrogatoria u oblicua se encuentra en el procedimiento de ejecución.

La segunda tesis, indica, que la acción oblicua o subrogatoria, es de carácter conservativa, parte de la afirmación de: (BETTI, pág. 369). *“el acreedor no puede tener otro derecho que sea, el de suplir con la propia acción, la inercia del deudor y de prevenir la pérdida de aquellos bienes, sobre los que el derecho de crédito, en último término deberá ser satisfecho”*.

Sobre estas dos concepciones, se puede manifestar respecto de la primera posición doctrinaria, procedente de la escuela francesa y que considera la acción oblicua como un proceso de ejecución, que según varios doctrinantes, incurre en un error, puesto que el ejercicio de los derechos del deudor por parte de un curador y posteriormente por el acreedor mismo, daba lugar a una acción que tenía como característica la suspensión de la ejecución, pero era en realidad un acción declarativa, que no se confundía para nada con la acción ejecutiva y surgía un juicio declarativo, porque el tercero deudor se oponía a la subsistencia de un crédito ya vencido.

Bajo éste aspecto no puede considerarse la acción oblicua como un medio ejecutivo, sino como un medio de finalidad estrictamente de garantía. Es necesario tener en cuenta que los derechos del deudor inactivo, pueden ser ejecutados por el acreedor solo en el caso en que se tema por este una disminución patrimonial o para prevenirla. Y como se sabe el acreedor puede únicamente ejercitar frente a terceros las acciones que el deudor se ha abstenido de ejercitar.

Respecto de la acción oblicua como de carácter conservativo, se observa además, que esta acción es un medio de transformación y modificación de los elementos patrimoniales, pero que además, ésta acción tiene una función cautelar o

de tutela preventiva que por su naturaleza no son medios conservativos en un sentido estricto.

De otra parte, no hay que olvidar que las medidas cautelares necesitan de la intervención judicial por lo que solo podría ejercitarse previa autorización judicial; lo que implica en palabras de algunos doctrinantes que no puede presentarse como aislada, sino que siempre está acompañada por un procedimiento con finalidad cautelar provisoria o también, con un procedimiento ejecutivo.

El profesor Emilio Betti afirma que la acción subrogatoria se ejercitaría por un acreedor provisto de título ejecutivo para “ *a) rechazar en el curso de la ejecución, en las demandas de separación de terceros; b) hacer declarar, en la ejecución frente a terceros su obligación para con el deudor, cuya acción se ejercita; c) promover la declaración de un derecho o la configuración de un estado jurídico en el patrimonio del deudor en orden a su ejecución*”. (BETTI, Pág. 371)

En el derecho colombiano y particularmente, con la expedición de la ley 57 de 1887, se establece la acción oblicua o subrogatoria en el artículo 2489, tomando la concepción del derecho romano, pues: (OSPINA FERNÁNDEZ, Pág. 193) “ *concibe la subrogación de los acreedores en el ejercicio de los derecho y acciones del deudor como una función administrativa que ejerce un auxiliar de la justicia, liquidador o secuestre, mientras dura el proceso concursal de liquidación obligatoria o el proceso de ejecución singular, ya iniciada frente al deudor, hasta que los bienes aprehendidos o embargados sean rematados y por ende, adjudicados a terceros o a los acreedores rematantes, o hasta que el proceso termine de otro modo*”.

En ese entendido, el acreedor que ejercita la acción oblicua no está ejercitando ningún derecho sino se está limitando a actuar en una función de estricta defensa; por ende, la acción oblicua o subrogatoria no puede confundirse con otros beneficios que la ley concede a ciertos acreedores, en el que le ofrece la posibilidad de una subrogación legal, que permite al acreedor subrogarse en la posición del deudor; en tal caso, obra precisamente haciendo propio su derecho como acreedor.

De conformidad con lo anterior como puede apreciarse, no existe en la doctrina una posición precisa, sobre la naturaleza de la acción subrogatoria, ora como medida conservativa, ya como medida ejecutiva, aunque si, como un medio de garantía general patrimonial de los acreedores.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA

Dada la naturaleza especial de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, se hace necesario examinar sus características estructurales teniendo presente las dos grandes escuelas que han puesto en vigencia su aplicabilidad esto es: como una acción ejecutiva y como una acción conservativa, pues su ejercicio dentro de la influencia de las legislaciones con las dos tendencias ha hecho que una de ellas sea prácticamente inoperante.

Así, se tiene que dentro de la concepción de la acción oblicua como una acción ejecutiva, se presentan las siguientes características:

1. La acción oblicua está enderezada a prevenir el deterioro del patrimonio del deudor por su decidia en ejercicio de sus derechos y acciones.
2. La acción oblicua es indirecta, porque el acreedor que actúe frente al tercero, actúa en remplazo y nombre del deudor.
3. La acción oblicua es individual toda vez que puede ejercitarla cualquier acreedor aun antes de que el deudor sea separado judicialmente de sus bienes.
4. La acción oblicua supone la insolvencia actual del deudor, pues la sola duda sobre la decidia del deudor en su administración puede poner en peligro la satisfacción del crédito.
5. La acción oblicua no requiere autorización judicial pues la facultad conferida a los acreedores proviene directamente de la ley.
6. La acción oblicua es variable pues al permitírsele al acreedor sustituir al deudor en sus derechos y acciones el acreedor puede utilizar ya la acción reivindicatoria ora la ejecutiva, etc..., según la naturaleza de la acción que tenga el deudor.
7. La prosperidad de esta acción oblicua no solo aprovecha al acreedor que hace uso de ella, sino a todos los acreedores.

Las anteriores características se determinan de conformidad con el Artículo 1166 del Código Civil Francés al disponer “todo los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, a excepción de que los que estén vinculados exclusivamente a su persona”. (Código Civil Francés).

Al determinar así ésta acción para el derecho francés no está dentro de los derechos auxiliares de los acreedores como medida conservativa, sino como el derecho de una acción directa de recuperación del crédito y por tanto, como una medida ejecutiva, en la que el acreedor sustituye en su totalidad al deudor y actúa como si fuera este.

Sin embargo, así determinada ésta acción es considerada en desuso en Francia puesto que el acreedor tiene que concurrir con otros acreedores incluyendo a los acreedores privilegiados y ante esto, los que tienen especial privilegio como en el caso de las garantías reales, prefieren los demás créditos y el ejercicio de la acción realizada por el acreedor en sustitución del deudor para incrementar el patrimonio de éste, entonces queda sin éxito al ejercitar la acción.

Como puede apreciarse, en ésta doctrina la acción oblicua la ejerce el acreedor con la sola sospecha de que el deudor por su negligencia pueda poner en riesgo su crédito, sustituyéndolo de tal manera que éste queda totalmente desprotegido. Tal apreciación va en total contravía con la legislación romana y se hace necesario desde ahora afirmar, que en nuestro derecho no es aceptada como se explicará más adelante.

Vale la pena citar la inutilidad de la acción oblicua en el derecho francés en los términos que la señala el autor Guillermo Ospina Fernández “ *la característica de la acción oblicua que relacionamos la ha condenado al desuso en Francia, porque al no conferir ventaja particular alguna al acreedor que la ejerce queda este expuesto a realizar un esfuerzo inútil para sí, como quiera que, a la postre, tiene que concurrir*

con los otros acreedores en los bienes que ya ha logrado incorporar en el patrimonio del deudor, incluso, con los acreedores privilegiados, quienes pueden quedar totalmente satisfechos, sin que sobre un remanente de bienes para el pago de crédito del acreedor que haya logrado sin éxito el ejercicio de la acción oblicua”. (OSPINA, Pág. 197).

De otro lado dentro de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, como acción conservativa, se presentan las siguientes características:

1. La acción oblicua se endereza a la prevención del patrimonio del deudor, por su decidia en el ejercicio de sus derechos y acciones.
2. La acción oblicua es indirecta, porque el acreedor actúa frente a terceros como subrogatario del deudor.
3. La acción oblicua es individual y puede ejercitarla cualquier acreedor, con autorización judicial.
4. La acción oblicua supone la insolvencia actual del deudor.
5. El crédito del deudor debe ser exigible.
6. El acreedor en ningún caso puede sustituir al deudor en sus derechos.

Como se observa, las características de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, desde el punto de vista de la escuela conservativa, difiere ostensiblemente de la escuela ejecutiva y por ende su aplicabilidad hoy en día en la mayoría de las legislaciones, se orienta frente a esta doctrina y así está desarrollada por el derecho romano y particularmente por nuestra legislación.

3.1 REQUISITOS DE LA ACCIÓN OBLICUA EN LA ESCUELA FRANCESA COMO ACCIÓN EJECUTIVA.

La Doctrina y la Jurisprudencia Francesa en virtud de los términos del artículo 1166 del Código Civil Francés, han fijado los requisitos para el ejercicio de la acción oblicua y que analizaremos según lo expuesto por los hermanos Mazeaud así:

A) REQUISITO RELATIVO AL DEUDOR

“Inacción del deudor. Este requisito supone necesariamente la negligencia del deudor, esto es, que no ejerza un derecho que podría ejercer. Negligencia que por demás debe ser cierta y lo señala el tratadista así: (Grenoble, 30 de diciembre de 1896; D. 1897. 2. 238; Crim., 18 de marzo de 1941; *Gaz. Pal.*, 27 de marzo de 1941 citado por los hermanos Mazeaud. Pág. 246) “Un simple retraso en el ejercicio de sus derechos por el deudor no prueba siempre su negligencia; el tribunal tendrá la posibilidad de otorgarle un plazo para demandar por sí mismo. Por el contrario, no sería suficiente para el deudor con simular el ejercicio de una acción que en verdad no tramitara”.

B) REQUISITO RELATIVO AL ACREEDOR

“Interés del acreedor; insolvencia del deudor. Al permitirle la ley al acreedor por medio de la acción oblicua interesarse en los asuntos del deudor, se entiende que es para proteger sus intereses. De tal manera que al no tener interés no podría intentarla. Por lo que es necesario deducir que la solvencia del deudor prohíbe el ejercicio de la acción oblicua pues el acreedor está seguro de obtener su pago”.

En consecuencia, es necesario que el deudor esté insolvente y la doctrina lo expresa como sigue: (Hermanos MAZEAUD, Pág. 246) “*Esa exigencia de la insolvencia del deudor limita considerablemente el derecho de los acreedores para intentar la acción oblicua, y protege al deudor contra la injerencia de sus acreedores en sus asuntos. Para que el acreedor pueda demandar basta, por otra parte, con que sea notoria la insolvencia del deudor; sería inútil verificarla mediante una constitución en mora*”.

De otro lado se afirma que el crédito puede ser inferior al derecho ejercido, puesto que en opinión de los profesores Mazeaud, la acción oblicua favorece a: (Hermanos MAZEAUD, Pág. 250) “*todos los acreedores y como el acreedor procede*

por cuenta del deudor, todo sucede como si demandara el propio deudor. En consecuencia el beneficio de las condenas obtenidas será adquirido por el patrimonio del deudor y se convertirá en prenda común de todos los acreedores. El acreedor que ejercita la acción oblicua no cuenta con privilegio sobre el bien que haya hecho que reingrese en el patrimonio del deudor. Se encuentra reducido así el interés que tiene el acreedor para intentar la acción oblicua: dudará en asumir la iniciativa y en adelantar los gastos de un pleito, ya que, en la hipótesis más afortunada, deberá compartir con todos los acreedores los bienes de los que él habrá obtenido el pago o la restitución”.

Por ello no es trascendente que el crédito sea superior o igual o inferior al derecho ejercido, pues tienen interés en que entren la mayor cantidad de bienes posibles en el patrimonio de su deudor insolvente.

C) REQUISITOS RELATIVOS AL CRÉDITO

El crédito debe ser cierto, líquido y exigible. La manera como los Hermanos Mazeaud se refieren a este capítulo con tal claridad y precisión como de certeza jurídica nos lleva a su transcripción textual en aras de entender esta acción en la doctrina francesa: (Hermanos MAZEAUD, Pág. 247) “Se concibe que se sea más exigente en cuanto a los caracteres que debe presentar el crédito cuando se está en presencia de una medida ejecutiva que lleva a la venta de los bienes del deudor, que si se trata de simples medidas conservatorias. En el primer caso, y solamente en tal caso, es necesario que el crédito presente todas las garantías: debe ser *cierto, líquido y exigible*. Un crédito es cierto cuando existe con toda seguridad; los créditos eventuales e incluso condicionales no son ciertos”.

“Un crédito es líquido cuando el importe de la deuda está determinado *"quantum debeatur"*: la víctima de un accidente, incluso si se ha probado la culpa del autor, por ejemplo, por una resolución penal, no tiene un crédito líquido, mientras que el tribunal no haya fijado el importe de los daños y perjuicios. Un crédito es exigible cuando el acreedor tiene derecho a exigir el pago; al crédito exigible se opone el crédito a término”.

Ahora bien continua el tratadista: (Req., 25 de marzo de 1924; D. H. 1924. 282. Pág. 247) “Por constituir la acción oblicua una medida conservatoria, se debería exigir solamente que el demandante justificara un *"principio de crédito"*, suficiente para que tuviera interés en proceder (el artículo 48 del Código de procedimiento civil, modificado por la ley del 12 de noviembre de 1955, permite al acreedor, "justificando un crédito que parezca fundado en principio", efectuar un embargo preventivo). *Pero la Corte de casación no concede la acción oblicua al acreedor más que si justifica un crédito cierto, líquido y exigible*. Así, el acreedor, alegando un crédito condicional, a término o cuyo importe no sea líquido todavía, no puede ejercitar las acciones de su deudor”.

“El requisito de exigibilidad será llenado, además, con facilidad. En efecto, la jurisprudencia, aplicando a la "ruina" es decir, a la insolvencia notoria en materia civil la regla establecida para la quiebra por el artículo 1.188 del Código civil, declara al insolvente privado del término. Por ser la insolvencia del deudor un requisito necesario de la acción oblicua, todo acreedor a término posee, pues, la posibilidad de privar del término a su deudor; habiéndose convertido así su crédito en exigible, podrá ejercitar la acción oblicua. Pero la caducidad del término no es automática como en caso de quiebra; el acreedor debe reclamarla ante la justicia”. (Hermanos MAZEAUD, Pág. 248).

“Al requerir un crédito cierto, líquido y exigible, los tribunales aproximan en gran medida la acción oblicua a las medidas ejecutivas”. (Hermanos MAZEAUD, Pág. 248).

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, la doctrina y la jurisprudencia francesa le dan a la acción oblicua un carácter ejecutivo, el que en la práctica no representa ninguna garantía para el acreedor y por ello se encuentra en desuso.

3.2 REQUISITOS DE LA ACCIÓN OBLICUA EN LA ESCUELA CONSERVATIVA.

La acción oblicua en la escuela conservativa denominada también La subrogación de los acreedores (OSPINA, Pág. 206) “es la sustitución de éstos en el ejercicio o, más exactamente, en la administración de los derechos y acciones de contenido patrimonial y embargables, pertenecientes al deudor. Que está sujeto a un proceso de ejecución, hasta que tales derechos y acciones sean vendidos en el respectivo proceso a terceros o a dichos acreedores, o hasta que el deudor recupere la administración, si el proceso termina por causa distinta del remate de bienes”, en palabras del Dr. Ospina Fernández.

Esta forma marca la diferencia con la institución francesa de la acción oblicua, que es una deformación del sistema romano.

Cabe recordar, que La bonorum venditio en el derecho Romano, estaba precedida de la aprehensión de los bienes del deudor, a solicitud de cualquier acreedor y en provecho de todos estos, quienes asumían la administración de tales bienes durante un corto lapso, quince a treinta días, mientras que por carteles se publicaba la separación del deudor de la administración de los bienes aprehendidos; se emplazaba a los demás posibles acreedores, y se anunciaba la subasta de tales bienes. Vencido dicho lapso, el magistrado convocaba a los acreedores que se hubiesen hecho presentes para que eligiesen un magister o curador encargado de administrar y vender en bloque los bienes de la masa y de repartir su producto entre los acreedores.

Entonces en el sistema romano, ni en forma individual ni conjuntamente los acreedores, fueron autorizados para ejercer los derechos y acciones del deudor, si por el contrario se retiraba la posesión del deudor y era el curador quien tenía la administración de los bienes.

En efecto y como bien lo explica el profesor Ospina Fernández, (OSPINA, Pág. 207) “Nuestro ordenamiento civil se inspira en el sistema romano y así concibe la subrogación de los acreedores en el ejercicio de los derechos y acciones del deudor como una función administrativa que ejerce un auxiliar de la justicia, síndico o secuestre, mientras dura el proceso de concurso o de ejecución singular ya iniciado contra el deudor, hasta que los bienes aprehendidos o embargados sean rematados y, por ende, adjudicados a terceros o a los acreedores rematantes, o hasta que el proceso termine de otro modo”.

3.3 REQUISITOS DE LA ACCIÓN OBLICUA EN EL SISTEMA CONSERVATIVO

Para esta escuela el deudor es el titular de los derechos y acciones y sus acreedores no lo pueden sustituir, por ello los requisitos para que opere son los siguientes:

1. Es necesaria la existencia previa de un proceso judicial, bien por cesión de bienes, o por haberse iniciado un proceso de ejecución singular, o haya sido llamado el deudor a un proceso concursal, y cumpliendo con las exigencias señaladas en los artículos arts. 1678 y 2492 del Código.
2. Necesariamente la presentación en el proceso y la correspondiente autorización judicial.
3. El crédito del acreedor sea exigible, independientemente que el crédito del deudor sea superior o no, pues naturalmente tiene que llenar los requisitos para el cobro de acciones ejecutivas.
4. En el derecho colombiano el acreedor ejecutante no tiene la administración de los bienes del deudor sino que esta la realiza el secuestre designado por el Juzgado según lo determina el C. de P.C. *y en los casos señalados por el Código de Comercio para los procesos concursales.*
5. El requisito del deudor es indudablemente su negligencia en el ejercicio de sus derechos y acciones, tal negligencia debe probarla el acreedor sin que sea necesaria su constitución en mora o su anuencia.

6. Además, los bienes sobre los cuales recaen los derechos y acciones del deudor deben ser patrimoniales, deben existir, deben ser embargables y no se tiene en cuenta para nada las acciones personalísimas.

4. DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Frente a esta figura jurídica especialísima y sujeta a dos grandes corrientes de investigación jurídica ya mencionadas en los capítulos anteriores, el derecho civil colombiano, también la instituyó en el Artículo 2489 de Código Civil, de manera muy especial y dada su estructuración como se verá más adelante, no ha permitido un desarrollo efectivo frente a las distintas formas y procesos de ejecución coactiva consagradas en la ley y hasta cierto punto por la complicada apreciación práctica si se trata de adelantar acción oblicua mediante una acción declarativa, para que por medio de ella y previa la autorización judicial se proceda a la efectividad del derecho del acreedor, para hacer efectivo su crédito en caso de decidia del deudor o de su conducta non santa frente a sus obligaciones de crédito.

Para efectos de estructurar nuestro estudio, consideramos necesario examinar la posición del derecho chileno fuente primaria de Ley 57 de 1887, dado que su autor don Andrés Bello y el país austral establecieron el Código Civil de Bello, como norma aplicable en el derecho privado de esta nación, para luego estudiar la acción oblicua, cuando el estado colombiano adoptó el Código Civil mediante la Ley 57 de 1887.

4.1 LA ACCIÓN OBLICUA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

La doctrina chilena en materia de la acción oblicua ha dado origen a dos grandes corrientes: para algunos, el Código Civil no establece la acción oblicua como regla general y solo contiene algunos casos en los que permite a los acreedores su ejercicio y particularmente cuando se trata de determinar la

situaciones específicas en la que se acepta para ellos, que los acreedores no podrían cobrar los créditos del deudor e interrumpir las prescripciones que perjudiquen a éste.

Para otros autores, la acción oblicua está contenida en los Artículos 2465 y 2466 del Código Civil Chileno, por lo que, de acuerdo con la última norma expuesta el ejercicio de la acción oblicua no sería una forma de hacer efectivo el derecho de prenda general y para el profesor RENE ABELIUK MANASEVICH *“los casos que permitirían el ejercicio de la acción oblicua sería los siguientes: (ABELIUK MANASEVICH, Pág. 685).*

1. *Derecho de prenda, usufructo y pretensión del deudor;*
2. *Arrendamiento,*
3. *Perdida de la cosa debida por culpa de terceros;*
4. *Repudio de donación, herencia o legado, y*
5. *Enajenación de una nave.”.*

La cita anterior de la doctrina chilena, se hace absolutamente necesaria para analizar el contenido de las normas que allí consagra la acción oblicua encontrando la identidad de estas con nuestra legislación, no sin antes anotar, que el Código chileno es también autoría del maestro Andrés Bello y que éste Código fue adoptado en Colombia.

Dispone el Artículo 2466 de Código Civil Chileno (Código Civil chileno) *“Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competen al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores”.*

Y dispone el Artículo 2489 del código Civil Colombiano “*Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competen al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores*”.

La identidad de éstas normas nos llevan a compartir la tesis del profesor Abeliuk, en el sentido de que la acción oblicua permitiría su ejercicio en las cinco instituciones atrás señaladas y nos llevaría a la conclusión que trae el citado tratadista en el sentido que los códigos mencionados no han establecido en parte alguna* “*una norma general que permita el ejercicio de la acción oblicua, y siendo ésta contraria a las normas generales del derecho que por regla general no toleran la intromisión de extraños en negocios ajenos no es ella aceptable en términos generales*”.

En consecuencia, dadas las similitudes de las normas citadas, tanto del Código Civil colombiano como del Código Civil chileno, tanto en el uno como en el otro, no se estableció una norma completa que permita el ejercicio de la acción oblicua.

Sin embargo, a efectos de establecer con la mejor claridad el significado y sentido de la acción oblicua o subrogatoria es necesario hacer las siguientes consideraciones siguiendo al Dr. Pedro Lafont Pianetta en su obra Manual De Derecho Privado Contemporáneo tomo IV derecho de obligaciones. (ABELIUK MANASEVICH, Pág. 689).

* La obligaciones tomo II cuarta edición editorial jurídica de Chile

Con el título legitimación extraordinaria por el deudor (acción oblicua, indirecta o subrogatoria) el tratadista afirma que la legislación colombiana no consagró expresamente dicha acción oblicua o indirecta sino que en su lugar (LAFONT PIANETTA, Pág. 401) *“estableció algunos efectos cancelatorios especiales en favor del acreedor y ciertas legitimaciones extraordinarias en su favor. En efecto los acreedores se benefician de todos los derechos que correspondan al deudor, no solamente de los bienes y créditos que tengan(artículo 2488) sino de aquellos derechos sobre cosas ajenas tales como el usufructo, prenda, retención, derechos de arrendador o arrendatario (artículo 2489 del C.C.); y , de la otra, también le otorga facultad extraordinaria para aceptar por su deudor que ha repudiado la herencia (1295 del Código Civil); y también para aceptar la donación por su deudor (1451, inciso 2 del C.C.). Porque si bien en este último caso la norma habla de “sustitución del deudor”, no es menos cierto, que al igual que en el penúltimo caso (artículo 1295 del C.C.)”.*

Lo anterior, en consonancia por lo expuesto en este trabajo, que el acreedor de acuerdo con nuestra legislación no puede sustituir al deudor ni en el derecho de herencia, ni en la donación, puesto que no se convierte ni en heredero, ni en donatario.

Por tanto la acción oblicua obedece a un reconocimiento al acreedor, que trata de asegurar el pago o la conservación de sus expectativas para que ejercite las acciones que pertenecen al deudor y se dirijan frente a terceros, es claro que el titular de esas acciones es el deudor, que son de contenido patrimonial y que ha descuidado su ejercicio y por tanto el acreedor puede ejecutarlas por el deudor para subrogarse en ellas, en palabras del profesor Emilio Betti. En consecuencia el ejercicio de ésta acción estaría encaminado solo a obtener por parte del acreedor como subrogatario del deudor el pago de sus créditos. A diferencia de la jurisprudencia francesa que ha asimilado la acción oblicua como una especie de medida ejecutiva.

Entonces, es indispensable que para poder ejercitar la acción oblicua se reúnan las condiciones necesarias que permitan su cabal ejercicio, como son: el

interés para obrar, que surge de la inacción del deudor (legitimación en la causa); la exigibilidad del crédito, cierto, líquido y exigible y la prueba adecuada, esto es la insolvencia o la negligencia del deudor.

Ahora bien, como se aprecia ésta acción no pertenece al acreedor y por tanto beneficia no solo a quienes demandan como acreedores, sino además a los que no lo hacen. Y es así como la jurisprudencia nacional califica esta acción como un mecanismo para reconstituir el patrimonio del deudor y por ende es una acción de naturaleza declarativa, esto es que cuando el acreedor la ejerce para que se declare la inactividad del deudor buscando que el bien o los bienes afectados por la negligencia o insolvencia del deudor puedan ingresar al patrimonio de este. Como acción patrimonial se trata de hacer efectivo un derecho del deudor, para incorporarlo a su patrimonio. Esta acción puede renunciarse, es transmisible y prescriptible, pues como ya dijimos su objeto es el restablecimiento patrimonial del deudor que por su indolencia ha sufrido un menoscabo. Entonces es claro que el acreedor la ejerce de manera indirecta, pues lo hace a nombre del deudor y no como su interés propio. Por tanto tiene como finalidad restablecer la garantía del derecho de crédito que por la inactividad del deudor fue puesto en riesgo.

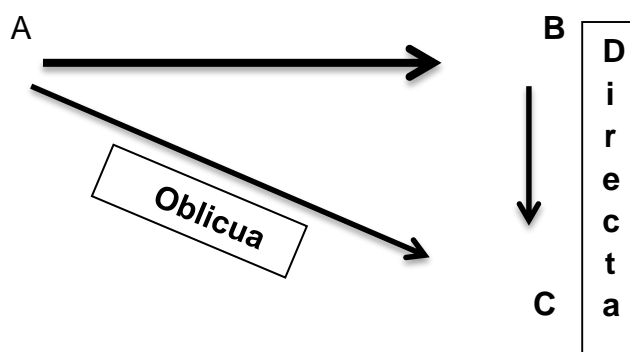
4.2 MODO DE OPERAR DE LA ACCIÓN OBLICUA, SUBROGATORIA O INDIRECTA.

Para efectos de graficar el procedimiento de esta acción, la figura que se inserta a continuación, permite ver la operatividad de la acción oblicua aquí examinada.

A es acreedor de B, lo que significa que B es deudor de A; es claro que si B no cumple sus obligaciones A puede hacerlo, obligándolo a cumplir mediante la acción respectiva que indudablemente es directa entre A y B.

Ahora bien, siendo A acreedor de B y B su deudor insolvente, quien tiene un derecho de prenda, o de retención o de arrendador o arrendatario o de usufructuario a su favor, cuyo propietario es C, y que por indolencia del deudor B no ha querido

ejercer sus derechos contra C, el acreedor A, puede con la autorización legal correspondiente demandar a C a nombre de B, a fin, de obtener únicamente el valor de su crédito y no más. Este grafico es el modo de operar de la acción oblicua o indirecta.



Entonces, siendo la acción oblicua uno de los medios de garantía de los derechos de los acreedores, resulta analizar las concepciones del término garantía en el derecho.

Se afirma que las garantías *“las garantías de cumplimiento son aquellas seguridades con las que cuenta una obligación o crédito para su respectiva ejecución en los términos que ha nacido”*. (LAFONT PIANETTA, Pág. 385)

Siguiendo al profesor Pedro Lafont, la garantía como institución tiene dos aspectos: uno pasivo, el del deudor que se refiere a lo establecido en la ley o en la convención particular que permite a este cumplir su obligación y satisfacer su crédito u el otro el activo, el del acreedor, que determina seguridades que le garantiza el cumplimiento y la satisfacción del crédito, el primero se considera como el tradicional y el segundo como el más contemporáneo.

Existe por tanto, diferentes clases de garantías según sus efectos y su origen; las garantías pueden ser: legales, como lo expresado en el artículo 2488 del Código Civil colombiano; convencionales que se basa en la declaración de voluntad del deudor, como en el caso de la prenda y judicial cuando su fuente es una providencia judicial, como ocurre en el embargo y secuestro como consecuencia de una acción

ejecutiva. Según sus efectos las hay personales, como en el caso de la fianza o reales como en el caso de la hipoteca y la prenda. En la época contemporánea “*también han surgido otros tipos de garantías, como las financieras, monetarias, laborales, penales, administrativas, especiales.* (LAFONT PIANETTA, Pág. 386)

Es necesario aprovechar el estudio que el Dr. Pianetta hace en la obra citada en lo que denomina garantía general moderna lo que menciona así:

“La garantía general moderna, que aún subsiste en la actualidad, es de carácter vincular personal y patrimonial. (LAFONT PIANETTA, Pág. 387)

El citado tratadista nos da unas aclaraciones y especificaciones jurídicas de tales garantías, que consideramos necesario señalar:

“ A) Garantía vincular personal: Se trata de aquella que tiene el acreedor consistente en la facultad que le asiste, en desarrollo del vínculo obligacional, de poder exigir a la persona del deudor más bien, al sujeto deudor (persona natural o jurídica) o al patrimonio autónomo del deudor (v.gr. sociedad conyugal ilíquida, sucesión ilíquida, herencia yacente, patrimonio de fiducia, sociedad de hecho, etc...).

B) Garantía patrimonial (prenda general) al lado de la garantía vincular personal anteriormente expuesta, la garantía patrimonial que ahora se señala, también constituye un “derecho civil” esencial para la protección del crédito que según el artículo 2488 del C.C. “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”. Ello indica, entonces que “ todo el patrimonio del deudor” entiéndase activo del deudor, constituye la garantía del cumplimiento para el acreedor, llamada usualmente “prenda general de los acreedores”, en el sentido de que el deudor puede perseguir todos , algunos o un bien del deudor, presente o futuro, a fin de coaccionar su pago voluntario o forzado”.

C) Garantías especiales.

1. *Noción: En términos generales las “garantías especiales crediticias”, de los créditos, son aquellas “seguridades” que refuerzan el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de los créditos a los acreedores.*
2. *Características: Dentro de las principales características, pueden mencionarse las siguientes: En primer lugar, se trata de garantías autónomas, esto es, que existen por sí mismas y que, por tanto, son separadas e independientes de las generales mencionadas. En segundo lugar, son garantías adicionales, esto es, complementarias a las generales mencionadas, razón, por la cual pueden en unos casos existir y en otros no. En tercer lugar, son garantías particulares en el sentido de que tienen su fuente, estructura y extinción propia, que a veces puede coincidir o no con la garantía general de la obligación. En cuarto lugar, son garantías variadas y, por tanto, pueden ser única o plural, y en este último caso, pueden concurrir en su totalidad.*
3. *Clases: Las garantías pueden ser: Según su fuente, pueden ser legales, convencionales o judiciales, según sean creadas por la ley, la convención, o judicial, sin perjuicio de que algunas garantías puedan tener varias fuentes.*
Teniendo en cuenta la relación obligatoria que encierre la garantía, esta pueden ser personales o reales: Las primeras, son aquellas que encierran una relación obligatoria entre personas y, por lo tanto, otorgan la facultad adicional respecto de otra persona para exigir su cumplimiento. En tanto que la segunda, son aquellas garantías que encierran una relación obligatoria acompañada de un derecho real o entre otros casos acompañada de una relación de un derecho real o con una relación con la cosa, tal como se verá más adelante.

Dado lo anterior, en materia civil, la regla general es la divisibilidad de las obligaciones por cuanto a que, la mayoría de los objetos de la obligación son divisibles, siendo la excepción la indivisibilidad voluntaria o testamentaria o convencional por ministerio de la Ley, por lo que la obligación garantizada puede ser sujeto de división a efectos del cumplimiento efectivo del crédito, como en el caso de la venta en pública subasta cuando el objeto de la obligación está garantizado por

bienes denominados reales, como el caso de la hipoteca y la prenda que siendo la acción ejecutiva indivisible, el crédito o su pago, por ministerio de la Ley su venta es divisible, así las cosas se lleva a hablar de los siguientes antecedentes.

4.3 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA ACCION OBLICUA O SUBROGATORIA.

En Colombia dada la falta de aplicación judicial de la acción oblicua o subrogatoria por parte de las personas ante la jurisdicción, ha llevado a una ausencia de jurisprudencia tanto de los jueces como de los tribunales y de la Corte Suprema, por lo cual examinara solo dos decisiones relativas a este tema: una por parte de la Corte Suprema de Justicia y la otra del Tribunal Superior de Bogotá. En este orden de ideas, tenemos lo siguiente:

4.3.1 Sentencia de la Corte Suprema Justicia de Colombia de 02 de julio de 1993.

Con el fin de concretar aún más éste estudio, es interesante examinar la decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 02 de Julio de 1993, expediente 3570, Magistrado ponente Dr. Eduardo García Sarmiento, que en materia de nuestro tema de manera nítida y clara, pone en evidencia y vigencia, los presupuestos establecidos en éste trabajo de investigación que se pueden resumir así:

Sostiene la Corte que de acuerdo con el artículo 2488 del Código Civil: *“Este precepto, como bien sabido es, constituye la consolidación de muy antigua y nobilísima evolución del poder de coerción de que el acreedor se encuentra investido evolución que alguien llamo “dulcificación del derecho”, y es expresión de lo que de manera descriptiva se ha denominado como el derecho de garantía general del acreedor en el conjunto de facultades que, en diversa graduación o escala, la ley le confiere relación con los bienes que integran el patrimonio económico del deudo, entre ellas la más prominente: la ejecución forzada del crédito insatisfecho”.*

Con todo, la doctrina indica que: “ si el acreedor que busca la satisfacción de sus créditos sobre los bienes que conforman el patrimonio general del deudor, está dotado de medios tendientes a conservarlos, medios que asumen la categoría de auxiliares de la acreencia, y que sin ellos podría hacerse frustránea, cabe precisar que cuando la prenda general del deudor se menoscaba en perjuicio del acreedor, la ley otorga remedios para obtener su reconstitución, haciendo que judicialmente, si es necesario, vuelvan al patrimonio de aquel, adquiriendo tales remedios igualmente el carácter de auxiliares del crédito que sin su existencia harían nugatorio el derecho crediticio”.

Así mismo agrega que: “los derechos auxiliares tienen por finalidad proteger los derechos del acreedor, la regla general aludida de la efectividad de los negocios encuentra la razón en hipótesis como las que sirven de fundamento a las pretensiones de subrogación a que se contrae el artículo 2489 del C.C. La subrogación en virtud de la cual el acreedor adquirió la facultad-legitimación en causa activa- para ejercer ciertas atribuciones que pertenecen a su deudor y de esa manera injerir en negocios de éste, tiene por base una norma que así legitima al acreedor como lo es el precipitado articulo2489 del C.C”.

“Si, pues, los derechos auxiliares del acreedor encaminados a recobrar bienes que salieron del patrimonio del deudor son taxativos, ha de concluirse que como medios excepcionales o extremos – como que únicamente y ante el menoscabo de la prenda general proceden , requieren para su ejercicio la determinación expresa del derecho auxiliar respectivo en sus elementos estructurales, puesto que tiene autonomía y presupuestos propios, luego su inobservancia de esas condiciones determina el fracaso de la tales pretensiones”.

De la decisión jurisdiccional atrás transcrita se deduce los efectos generales de esta acción a saber:

1. La acción oblicua permite al acreedor subrogarse mediante autorización judicial en los derechos del deudor sobre el valor de su crédito y solo ese frente a la inacción del deudor, con respecto a los derechos que como usufructuario, prendario, de retención, arrendador o arrendatario, tenga el deudor para hacer

efectivo su crédito, por ende, esta acción va a depender de la inacción o abulia del deudor para cumplir sus obligaciones, pues es necesario notar que el titular del derecho en sí, es el deudor.

2. El acreedor solo puede con esta acción intervenir hasta por el valor total de su crédito perseguido.
3. La actividad del acreedor, requiere además, la exigibilidad del crédito perseguido y por ende, la legitimación en la causa por parte del acreedor.
4. La diferencia de ésta acción respecto del cobro del acreedor no es de carácter ejecutivo sino declarativo, puesto que los bienes ingresan solo en la medida necesaria para cumplir el interés del acreedor accionante, lo que da al creador un derecho de preferencia frente a los demás acreedores que ejerciten acciones contra el deudor.
5. El acreedor en ningún caso sustituye al deudor en sus derechos y la subrogación de que habla el artículo 2489 del Código Civil Colombiano, se produce, no por ministerio de la Ley, sino mediante autorización judicial.
6. El tercero que de conformidad con el Artículo 2489 del Código Civil colombiano que conserva sus derechos, puede oponerse, con todas las excepciones, tanto personales como legales, a fin de resguardar los derechos que la Ley le consagra, teniendo en cuenta que el tercero no puede proponer las excepciones personales, si la conducta del acreedor lo ha realizado mediante la acción directa. Esto nos permite deducir que la posición del derecho colombiano en materia de acción oblicua está influida por la escuela conservativa, como determinante de la acción oblicua y como garantía de los derechos del acreedor frente a un deudor que pone en peligro por decisión los derechos de los acreedores.

4.3.2 Tribunal Superior De Bogotá en auto de enero 20 de 1954 en la sucesión del señor Luis Suarez Castillo y con ponencia del magistrado Ernesto Cediel Ángel, refiriéndose a la acción oblicua o subrogatoria

En otra decisión judicial ya no de la Corte sino del tribunal, refiriéndose a la acción oblicua o subrogatoria se indicó:

“Con el fin de garantizar y hacer efectivo el derecho de prenda general que tiene el acreedor sobre el patrimonio de su deudor, y que entre otros se halla consagrado por el artículo 2488 del Código Civil Colombiano, la legislaciones según los estados como norma general, y las de otros por vía de excepción, autorizan al acreedor para ejercitar los derechos y acciones del deudor, cuando éste por incuria, mala fe o cualquier otro motivo no los hace valer. En virtud de ese derecho el acreedor se subroga en los del deudor, pero no obra directamente, en nombre propio, sino a nombre del deudor, nomine debitoris. De ahí los nombres de acción subrogatoria o indirecta que se le designa.

“Dos razones primordiales justifican la consagración de la acción oblicua o subrogatoria como norma de derecho positivo: la primera, porque el derecho u acción que a nombre del deudor ejercitan los acreedores forma parte del patrimonio de aquel, quedando consiguientemente afectados por el derecho de prenda general; y la segunda, porque es de elemental equidad que quien tiene una deuda a su cargo no pueda hacer nada que comprometa su pago; que el deudor no pueda menoscabar el derecho de prenda de sus acreedores por medio de actos de negligencia o fraude”.

“El ejercicio de esta acción por parte de un acreedor exige, para su prosperidad, la existencia y comprobación en juicio de estos tres elementos: a) La calidad del acreedor; b) el perjuicio que le reporta el acto del deudor, o sea el eventus damni; y c) el fraude o mala fe del deudor, cuya demostración varía según la índole de la acción instaurada”.

Con lo anterior tanto la decisión del tribunal proferida en el año de 1954 se refiere a la existencia de la acción oblicua o subrogatoria por su aparición en un proceso sucesoral, en la que hace referencia, en que si bien esta es una acción autónoma y no puede utilizarse en los juicios de sucesión sino en los términos en que la ley sucesoral permite hacerlo a los acreedores, si hace relación y aprovecha el tribunal para señalar las circunstancias y operancia de la acción oblicua dando sus

elementos y las condiciones que deben utilizarse para evitar el fraude a los acreedores; cuestión que años después la Corte Suprema en la sentencia ya citada de manera nítida y clara establece la procedibilidad de esta acción en el derecho colombiano.

4.4 LA ACCIÓN OBLICUA EN ALGUNAS INSTITUCIONES SEÑALADAS EN LA LEY, QUE NO NECESARIAMENTE SON EJERCICIO DE ELLA, EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Para efectos de analizar el planteamiento se hace necesario comparar algunas normas legales que no necesariamente son, ni constituye ejercicio de la acción Obligua. Veamos: Dispone el artículo 2489 del Código Civil colombiano:

“Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán su derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán, así mismo, subrogarse en los derechos del deudor, como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026”.

Este artículo plantea las siguientes hipótesis:

1. Que existen cuerpos ciertos que pertenecen a terceras personas, pero que un momento dado, están en manos de un deudor insolvente.
2. Que estas personas que ejercen el dominio conservan su derecho sin perjuicio, que se encuentren con gravámenes a favor del deudor como usufructuario, prendario o que tenga sobre ellos un derecho de retención.
3. Que sobre los derechos anteriores a favor del deudor, los acreedores pueden subrogarse.

4. Que también podrán subrogarse en los derechos del deudor, en el evento que sea arrendador o arrendatario.

En estos términos la acción oblicua, subrogatoria o indirecta, es restrictiva y constituye una excepción al principio general *res inter alias acta* – el derecho se regula según lo pactado y por ende no puede operar sino en aquellos supuestos previstos por el legislador. Entonces “los derechos auxiliares del acreedor encaminados a recobrar bienes que salieron del patrimonio del deudor son taxativos, a de concluirse que como medios excepcionales o extremos, requieren para su ejercicio, la determinación expresa del derecho auxiliar respectivo en sus elementos estructurales, puesto que tiene autonomía y presupuestos propios”... (Corte Suprema Justicia 02 de julio de 1993).

Sin embargo, existen en nuestra ley precisas normas legales que aparentemente podría entenderse como el ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria, pero que se refieren a otras situaciones jurídicas que no están dentro de los presupuestos de esta acción y así tenemos:

4.4.1 Sustitución de los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos

El artículo 1295 del C.C. (Código Civil Colombiano Ley 57 de 1887) “*Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste*”.

Se llama apertura de la sucesión el hecho que marca la transmisión de un patrimonio por causa de muerte. Este hecho, según la ley es la muerte misma de la persona de cuya sucesión se trata. (1012 C.C.).

La delación de la herencia es el llamamiento que hace la ley al heredero o legatario designado por ella o por el testador.

En derecho francés no se hace referencia entre apertura y delación; el momento de la apertura también sirve para fijar, en todos los casos, el nacimiento del derecho del heredero. Entre nosotros hay diferencia; pero no es de fondo porque no son distintos fenómenos jurídicos los que el legislador contempla, sino un mismo fenómeno, enfocado desde dos puntos de vista distintos: en la apertura, el legislador considera la herencia; en la delación, al asignatario.

En el momento en que se defiere la asignación, que es el mismo en que el heredero entra en posesión legal de su derecho de herencia, es también cuando ha de juzgarse si reúne los requisitos necesarios para heredar. El legatario no tiene posesión legal, porque su vocación no es el patrimonio del de cujus, sino de cosa particular; pero en el momento en que se defiere el legado, adquiere el legatario, por el título del testamento y por el modo de la sucesión por mortis causa, la propiedad sobre la cosa asignada. Es por esto, por lo que el legatario debe reunir los requisitos necesarios para suceder en el momento en el que se le defiere la asignación.

Define la doctrina la repudiación como:

(CARRIZOSA PARDO, Pág. 63) *“el acto jurídico mediante el cual se despoja el asignatario de su carácter de tal. La repudiación se diferencia de la renuncia en que aquella presupone dejación de lo que tenemos, mientras que esta dice abdicación, o rechazo de lo que todavía no hemos adquirido. No siendo por la aceptación que el asignatario adquiera su calidad, notorio es que su repudiación lo despoja de algo que tiene, a menos que se trate de un asignatario bajo condición suspensiva que repudia antes de cumplirse la condición.”*

Por lo expuesto, observamos que el asignatario adquiere su vocación sucesoria desde la apertura de la sucesión, en ese momento nace el derecho del heredero; el heredero queda investido del patrimonio de su autor a partir del deceso.

También precisamos el fenómeno de la acción oblicua para aceptar la herencia y sustituirse al heredero, ya que la posibilidad de retractar la renuncia no es un derecho inherente a la persona, los acreedores están habilitados para aceptarla en nombre de su deudor.

Encontramos sin embargo, una dificultad, que consiste en que, de acuerdo con nuestro derecho civil positivo y la doctrina, la repudiación debe ser libre, pura, cierta, con carácter retroactivo y total. La repudiación parcial queda abolida en nuestra legislación, con base en el Artículo 1285 del C.C. que textualmente dice: (Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano) *“No se puede aceptar una parte o cuota de la asignación, y repudiar el resto.”*.

De otro lado al consagrar el 1295 del C.C. que la: (Ley 57 de 887 Código Civil Colombiano) *“repudiación o se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsistente”*.

Con esto concluimos que la referida figura no coincide con el régimen de la acción oblicua, según el cual, el ejercicio próspero de esta acción beneficia a todos los acreedores y no solamente a quien la haya ejercido. De allí, que consideremos que ha de armonizarse este precepto con los principios que rigen la acción oblicua, para ingresar así al patrimonio del deudor y servir de garantía de los derechos de los acreedores (Artículo 2488 del C.C.).

La demanda que de trámite al proceso de sucesión puede ser presentada por el deudor u otro de los interesados señalados por el Artículo 1312 del C.C. Así lo advierte el C.P.C. en el Artículo 587, pero, el 592 del C.P.C. señala que los acreedores del asignatario podrán iniciar el proceso de sucesión, así pues, en el primer evento, cuando la demanda ha sido instaurada y la intervención del acreedor obedece a la incuria del interesado, no hay duda que tal circunstancia es ineficaz

para convertir en incompetente al juez que ya conoce del asunto. Si el acreedor actúa en ejercicio de la acción oblicua rigen siempre las normas comunes.

Otro aspecto que exige el artículo 592 del C.P. C. para que proceda la intervención del acreedor de quien ha repudiado es el hecho de que dicha repudiación le causa perjuicio. Aspecto que se comparte, pues uno de los presupuestos para que obre la acción oblicua, es que exista interés del acreedor. La inacción del deudor ha de resultar en perjuicio para el acreedor.

El juez concederá la autorización si se acompaña título que pruebe el crédito, aunque esté sujeto a plazo o condición pendiente; en éste punto consideramos que el crédito del actor debe ser actualmente cierto, líquido y exigible. Un acreedor, cuyos derechos son aun eventuales o se hallan en suspenso por un plazo o una condición, no está facultado para actuar en nombre de su deudor.

4.4.2 Sustitución del acreedor en los derechos y acciones de sus deudores contra el tercero responsable de la pérdida de la cosa que se debe.

Artículo 1736 del C.C. (Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano) *“Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa.”*

Tomando al profesor Ospina Fernández decimos que si el deudor se obliga a dar o simplemente a entregar una o más especies indeterminadas de algún género, como un ternero, o dos corderos, o 20 litros de vinagre, la obligación es de género. Si el deudor se obliga a dar una o más especies determinadas de cierto género, como el toro pepito, o determinado tractor Ford, entonces la obligación es de especie o cuerpo cierto.

En las obligaciones de género, o debido es una individualidad indeterminada de una clase o género determinado (Artículo 1565 del C.C.), por lo que existe una regla en cuanto al pago de aquellas:

1. *“El acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo del género, y el deudor se libera entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad por lo menos mediana”* (artículo 1566 del C.C.). Así, equilibra la ley los intereses del acreedor y del deudor. Como una excepción el artículo 2221 del C.C. señala con relación al mutuo préstamo de consumo que: “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”. Así determinándose la calidad de lo prestado, el pago de esto debe realizarse con algo de la misma calidad.

En principio y tal como lo señala el autor anteriormente citado, el deudor de cosas de género está por fuera del deber de conservación que si es de competencia del deudor de especie o cuerpo cierto.

Sin embargo existe la posibilidad de que el deudor de cosas, de género como en el caso, en que se obligue a dar uno de los toros reproductores de una dehesa deba conservar por lo menos uno de tales semovientes, obligación que se extiende sobre todos ellos, si se le ha concedido la facultad de elegir al acreedor.

Cuando el objeto materia de la obligación consiste en la entrega de especie o cuerpo cierto, se toman dos principios distintos:

- A) La conservación de la cosa, de tal forma si esta peca o se deteriora por su culpa o caso fortuito por el que debe responder, entonces, la extinción o pérdida de la cosa es de su cargo.

B) Si la cosa pereciere o se deteriorase por caso fortuito del cual el deudor no sea responsable, el cargo corre a cuenta del acreedor, como efecto de la máxima romana: *res perit creditore*. La legislaciones que siguen lineamientos romanos señalan que cuando una obligación tiene por objeto la entrega o dación de especie o cuerpo cierto, la pérdida de éstas por caso fortuito por el cual el deudor no responde, es una carga que tiene el acreedor, el cual, sin embargo no queda exento de cumplir las obligaciones correspondientes a su cargo. De ahí este aforismo latino.

En relación a los deterioros de la cosa a entregar, que está presente en la época del pago, tenemos que, si los deterioros provienen de hecho o culpa del deudor, o de las personas por quien este es responsable, o estando en mora el mismo, a menos, esto dice el profesor Ospina, que los daños provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiere estado expuesta en poder del acreedor, este en principio, no está obligado a recibir la cosa y puede pedir la resolución del contrato, desde luego si la obligación es contractual, y la indemnización de perjuicios. Ahora si los deterioros son efectos de un caso fortuito o fuerza mayor de los cuales el deudor no deba responder, evento que cubre el hecho de terceros, el cargo pasa al acreedor, quien ha de recibir la cosa tal como se halle y exigir que su deudor le ceda la acción correspondiente contra quien hubiere producido el daño.

El Artículo 1729 del C.C. es claro al señalar: (Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano) *“Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación...”*, la disyuntiva planteada, entonces, indica dos maneras para que perezca la cosa y así, de este modo, se extinga la obligación. Sin embargo para dicha extinción es necesario que el deudor no se halle en mora (artículo 1731 del C.C.), que el mismo no se haya constituido responsable del caso fortuito (artículo 1732 del C.C.), además, el Artículo 1739 del C.C. dice que (Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano) *“La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace*

responsable al deudor sino por culpa grave o dolo”, Lo cual indica que, de darse la premisa anterior, se genera una carga probatoria al deudor.

En cuanto a terceros se refiere, hemos de diferenciar, tal como lo hace Ospina Fernández, en terceros absolutos y terceros relativos, estos son los asignatarios sucesorales forzosos y los acreedores y aquellos son las personas ajenas al acto jurídico que no poseen vinculación alguna con las partes. (Citando al Dr. Ospina Fernández Régimen General de las Obligaciones).

Ateniéndonos al precepto consignado en el Artículo 1736 del C.C., que señala, que se puede ejercer acción contra... (Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano) *“aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa”*, vemos que estas persona están comprendidas dentro de las dos categorías anteriormente señaladas, ya que no cualifica de ninguna manera a la persona cuya acción u omisión produzca el perecimiento de la cosa en cuestión.

Ahora bien, la persona que haya causado la destrucción o la puesta fuera del comercio de la cosa, es susceptible de que se le ejerza acciones conducentes a hacer exigible la solución de la obligación del a cual la cosa era objeto, y esto comprende también según lo señala el Artículo 1738 del C.C., el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable la misma; tal es el caso de los menores que están a cargo de un curador y que por cuya actividad perezca la cosa que estaba en poder de éste.

Ospina Fernández, considera que la acción conferida al acreedor por el citado texto legal es directa contra el deudor para que le ceda sus derechos y acciones contra el tercero, y no una acción indirecta u oblicua contra este, cuestión que compartimos plenamente.

4.4.3 Sustitución de los acreedores del deudor insolvente en sus derechos reales.

El ejercicio de los derechos y acciones del deudor, se restringe a los derechos y acciones patrimoniales suyos, por lo tanto, quedan por fuera derechos de terceros.

Entre los bienes que posee el deudor puede haber bienes ajenos, que no le pertenecen, tales bienes quedan a fuera del alcance, por lo mismo de la persecución de los acreedores. NO otra cosa significa la frase “conservaran sus derechos los respectivos dueños, pero, sobre estos bienes de dominio ajeno, puede el deudor ser titular de un derecho real de usufructo, de prenda o de retención. Los acreedores están autorizados para ejercer por el deudor estos derechos, pues son derechos reales que gozan de los atributos de persecución y preferencia y no están dentro de los derechos no embargables, artículo 1677 del C.C.

Se exceptúa de ésta regla los usufructos legales y los derechos reales de uso y habitación, dichos derechos son inembargables, y tiene un carácter personalísimo.

5. LA ACCIÓN OBLICUA EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN COLOMBIA.

Examinando de manera somera los diferentes procedimientos y procesos de ejecución, consagrados en la ley procesal, no existe una norma expresa en el texto procedimental que se refiera a esta acción, como lo hace con otro tipo de procedimientos.

Sin embargo, la Ley contempla que todos aquellos aspectos que no estén señalados expresamente en la ley procesal se tramitaran mediante el procedimiento ordinario, proceso que por esencia es declarativo, en otras palabras, la jurisdicción reconocería la existencia o no de un derecho, que, al reconocerlo, permitiría que a través de la declaración judicial se pudiera o se pueda iniciar la ejecución correspondiente. Y al no reconocerla, terminaría como es evidente cualquier medio para poner en movimiento forzoso el órgano jurisdiccional.

El problema fundamental de esta acción esta dado en la forma como se estableció en el artículo 2488 del C.C., en la que se permite por parte de la doctrina una, que asume la acción subrogatoria, como una sustitución de los derechos del deudor insolvente o negligente y otra tendencia doctrinaria que considera que la acción oblicua necesariamente tiene que requerir de una autorización judicial para poderla poner en vigencia.

Así las cosas, encontramos que en el área de influencia de los distritos judiciales de Bucaramanga, San gil, Pamplona y Cúcuta, que en tales distritos que pertenecen a los departamentos de Santander y Norte de Santander, no se encontró ningún proceso en los últimos 50 años que se refiera a esta acción; estudiados o analizados otros distritos judiciales dada la dificultad geográfica y tecnológica respecto de la información de otros distritos, solo se pudo encontrar una referencia de la Honorable Corte Suprema De Justicia para el año de 1993, que analizamos en su oportunidad y se afirma como referencia porque la decisión de la alta corporación jurisdiccional colombiana solo se refiere a los aspectos en que podría aplicarse tal institución, independiente de la decisión que tomo la Honorable Corte en esa providencia.

En consecuencia como se verá en las conclusiones el ejercicio de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta es prácticamente inoperante en la legislación colombiana y particularmente dentro del capítulo de la ejecución forzada de las obligaciones.

CONCLUSIONES

De los estudios y análisis que se han hecho con esta investigación debemos entrar a concluir o a determinar las consecuencias prácticas de esta institución como derecho auxiliar de los acreedores reglada en el artículo 2489 de nuestro Código Civil.

Las conclusiones que se desprenden de este trabajo son las siguientes:

1. En nuestro derecho se ha reglado procesalmente de acuerdo con la tradición romana.
2. La acción oblicua requiere necesariamente de la existencia de un proceso judicial previo y su admisión depende la autorización judicial correspondiente.
3. La llamada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones del deudor, no implica en manera alguna una sustitución de aquellos en la titularidad misma de esos bienes, derechos y acciones, en forma tal que dichos acreedores pudiesen, por ministerio de la ley, usarlos, usufructuarlos o disponer de ellos como pudiera hacerlo el deudor;
4. La mencionada subrogación presupone la existencia de un proceso judicial, bien porque la cesión voluntaria de sus bienes por el deudor haya sido admitida, o bien porque los acreedores hayan iniciado proceso singular de ejecución o un proceso liquidatorio o concordatario contra dicho deudor, pues es en tales procesos donde los acreedores pueden ejercer la facultad de disponer de los bienes del deudor o de sus frutos hasta pagarse de sus créditos, facultad esta que consagran los arts. 1678 y 2492 del Código;
5. La subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones de su deudor queda limitada a la administración de estos hasta la terminación del

proceso respectivo, la que generalmente tiene lugar con el remate de los bienes aprehendidos.

6. La administración de los bienes rematados corresponde al rematante a través del secuestre, quien entonces ya la ejerce en nombre propio y no en el del deudor.

7. En los procesos singulares de ejecución, o sea en los que solo interviene un acreedor ejecutante, embargados los bienes del deudor, no se le da a aquel la administración directa de estos, sino que se le confía durante el proceso a un secuestre (C. de P. C., art. 683);

8. En los procesos concursales y en la liquidación voluntaria o forzada, la administración de los bienes de la masa tampoco se le entrega directamente a los acreedores, sino al síndico (C. de Co., arts. 1953 y ss.).

9. La subrogación legal de que habla la doctrina, solo se otorga a los acreedores sobre el patrimonio del deudor, es decir sobre los derechos patrimoniales, de contenido económico o de crédito, y respecto de las acciones que los tutelan, v. gr. la acción reivindicatoria, la ejecutiva, la de indemnización de perjuicios, etc. Y solamente esos.

10. En el mismo orden de ideas, como el art. 2488 del Código Civil excluye de la garantía general de los acreedores los bienes que la Ley declara inembargables, es claro que estos no pueden ser objeto de la subrogación de que se trata. Así como tampoco los llamados derechos personalísimos o los que se deriven de estos como los del Estado civil, alimentos etc.

En síntesis debemos concluir finalmente que en el derecho colombiano esta acción dada sus limitaciones presenta como la legislación francesa, un desuso completo.

Que además el demandado en ésta acción puede defenderse contra el acreedor demandante oponiendo todo los medios de defensa que le permite la ley utilizando la excepciones para cualquier derecho de contradicción.

Es claro entonces que el acreedor por razón de la acción oblicua no puede sustituir la titularidad de los derechos del deudor ni en sus bienes ni en sus acciones por ministerio de la ley, sino con previa autorización judicial y por tanto los acreedores se limitan a la administración de los bienes del deudor hasta que el proceso se termine.

Es también claro que la acción oblicua o subrogatoria es completamente diferente a los procesos de ejecución o a los procesos de tramitación ordinaria como la reivindicación o la indemnización de perjuicios entre otros, que tienen su procedimiento propio. Así como también que hay una serie de acciones y que corresponden a las señas en el capítulo 4.4 de este estudio, que no tiene nada que ver con la acción oblicua o subrogatoria pues todas tienen su actividad procesal propia y es necesario tener en cuenta que el legislador en el artículo objeto de este estudio excluyó de esta acción los bienes inembargables, los derechos personalísimos o los que se derivan de estos como los del estado civil, alimentos, etc.

De otro lado, el beneficio de la acción indirecta no está limitado al acreedor demandante sino que, el bien perseguido entra al patrimonio del deudor y como garantía de todos los acreedores, sean accionantes o no, sin que el demandante pueda alegar ninguna prioridad a su favor ni ningún derecho de preferencia. Por tanto los resultados de esta acción es obtener la garantía común de los acreedores.

De lo expuesto se concluye la imperfección inherente al mecanismo de la acción indirecta que no da al acreedor demandante ninguna ventaja en particular y además, lo expone a sufrir la insolvencia del deudor al hacer concurrir a los demás acreedores. En suma, como se ha explicado anteriormente, la acción oblicua o subrogatoria o indirecta, no tiene un ejercicio expedito y es la razón por la cual su uso se ha hecho prácticamente inocuo y no ha logrado el desarrollo, ni jurisprudencial, ni práctico en el derecho privado colombiano.

REFERENCIAS

- ABELIUK MANASEVICH, Rene. (2008). Las obligaciones tomo II, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- BETTI, Emilio. (1969). Teoría general de las obligaciones tomo I, editorial Revista de derecho privado Madrid, España.
- CARRIZOSA PARDO, Hernando. (1966). Sucesiones y donaciones, quinta edición, 1966 ediciones Lerner, Bogotá, Colombia.
- Código civil chileno.
- Código civil francés
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. (1986). Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa s.a. Buenos Aires, Argentina.
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Dr. Magistrado ponente. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de Casación Civil, en sentencia del 02 de Julio de 1993, expediente 3570.
- Hermanos Mazeaud. (1959). Lecciones de derecho civil, parte segunda, volumen tercero. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. (2001). Manual de derechos de derecho privado contemporáneo tomo IV, Derecho de obligaciones, Editorial librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá, Colombia.
- Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. (2008). Régimen general de las obligaciones.
Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Tribunal Superior de Bogotá en auto de enero 20 de 1954 en la sucesión del señor Luis Suarez Castillo y con ponencia del magistrado Ernesto Cediél Ángel, cita a la Corte Suprema de Justicia G.J. No 1953, pág. 69.