

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL

- 1 "Biología Criminal", Franz Exner. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957.
- 2 "Caracterología del Criminal", René Resten. Editorial Luis Miracles, S. A. Barcelona, 1963.
- 3 "Criminología", Luis Carlos Pérez. Universidad Nacional de Colombia, 1950.
- 4 "Crisol del Crimen", Walter Bromberg. "Ediciones Morata", Madrid, 1963.
- 5 "Delito y Psique", David Abrahamsen. Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- 6 "Degeneración y Criminalidad", Carlos Féré. Editorial Tor, Río de Janeiro, Buenos Aires.
- 7 "Derecho Penal" (Parte General), Giuseppe Bettiol. Edit. Temis, Bogotá, 1965.
- 8 "El Delito", Hans Von Hentig. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, Vol. I, 1972.
- 9 "El Delito", Hans Von Hentig. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, Vol. II, 1972.
- 10 "El Delito", Hans Von Hentig. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, Vol. III, 1972.
- 11 "Evolución del concepto médico sobre la responsabilidad de los delincuentes", Henry Verger. M. Aguilar. Editor. Marqués de Urquijo, 1922.
- 12 "Génesis del Derecho Penal", Giandomenico Romagnosi. Editorial Temis, Bogotá, 1955.
- 13 "Historia de la Criminalidad", Gustavo Radbruch - Enrique Gwinner. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955.
- 14 "Justicia y Civilización", Rafael Garófalo. La España Moderna, Madrid.
- 15 "La dinámica del Delito", Enrico Altavilla. Editorial Temis, Bogotá, Vol. I, 1961.
- 16 "La dinámica del Delito", Enrico Altavilla. Editorial Temis, Bogotá, Vol. II, 1962.
- 17 "La Criminología", Rafael Garófalo. Daniel Jorro, Editor, Madrid, 1912.
- 18 "La Teoría de la Política Criminal", Emilio Langle. Editorial Reus S. A., Madrid, 1972.
- 19 "Manual de Psicología Jurídica", Emilio Mira y López. Librería "El Ateneo". Editorial, Buenos Aires, 1954.
- 20 "Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense", Benigno Di Tullio. Aguilar, Madrid, 1966.
- 21 "Psicología del Crimen", A. Hesnard, "Zeus", Barcelona, 1963.
- 22 "Psicoanálisis Criminal", Luis Jiménez de Asúa. Editorial Losada, Buenos Aires, 1947.
- 23 "Sociedad, Cultura y Personalidad", Pitirim A. Sorokin. Aguilar, Madrid, 1960.
- 24 "Sociología Criminal", Enrico Ferri. Tomos I y II. Centro Editorial de Góngora Madrid.
- 25 "Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal", Wolf Middendorff. Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1970.

LA OBLIGACION CIVIL

De sus elementos fisonómicos

Dr. Darío Duque Pérez
1942-1972†

CAPITULO PRIMERO

SUMARIO: 1- Situaciones jurídicas "instrumentales" y Situaciones jurídicas "finales".- 2.- De la normación positiva de las Obligaciones: críticas al sistema colombiano.

Desarrollo:

1.- Suele distinguirse dos clases de situaciones jurídicas, desde el punto de vista de la mediatez o inmediatez de la relación entre la persona y los bienes, así:

a) SITUACIONES JURIDICAS FINALES, que ostentan caracterización por la inmediatez de dicha relación, a tal punto, que la titularidad del derecho se confunde con la satisfacción misma del interés del titular. En una palabra, hay satisfacción del interés del titular del derecho por la circunstancia escueta de su titularidad.

A esta clase de situaciones jurídicas, corresponde el derecho subjetivo patrimonial denominado comúnmente DERECHO REAL, en el que, según elaboración doctrinaria aún no superada, el titular del derecho, de un modo directo e inmediato, obtiene del bien todo el rendimiento económico que es susceptible de suministrar.

Para los efectos de nuestro estudio, dejaremos de lado las llamadas situaciones jurídicas "finales", pues toda atención la concentraremos en el extremo contrario, vale decir, en las situaciones jurídicas "instrumentales".

b) SITUACIONES JURIDICAS INSTRUMENTALES.- Paralelamente con las anteriores, existen las situaciones jurídicas "instrumentales", cuya temporalidad constituye nota esencial característica, pues tienden, en última instancia, a constituir las situaciones "finales", es decir, están orientadas a colocar a su titular en situación de inmediatez con los bienes.

En éstas, la persona no se encuentra en relación inmediata con los bienes, por lo mismo que éstos no constituyen su objeto. Los bienes solamente se alcanzan al cabo de la situación "instrumental", esto es decir, cuando se integra la situación "final" ante la extinción de aquélla.

El derecho personal, o derecho de crédito, u obligación, suele enlistarse dentro de la categoría de las situaciones jurídicas "instrumentales", con lo que se da pábulo a la opinión de que el derecho personal patentiza una situación jurídica temporal, por esencia, destinada a disolverse, mediante la constitución del derecho real.

2.- La Obligación, como concepto jurídico autónomo, debería merecer un trato singular y más característico, desde el punto de vista de la sistemática legislativa. Sobre todo, su regulación debe permanecer completamente extraña de la debida a las fuentes mismas de la relación jurídica obligatoria. Es que, dándose tal confusión, como de hecho acontece en nuestro Estatuto sustantivo que conjuntamente disciplina las Obligaciones y los Contratos, el observador podrá apreciar, y con bastante fundamento, que el legislador simplemente trata las Obligaciones en cuanto son contractuales, es decir, desde el ángulo más o menos estrecho del contrato.

Desde luego que tal régimen de confusión es equivocado; al efecto basta considerar que el contrato representa, al fin y al cabo, una sola de las varias fuentes de las Obligaciones, y que éstas, por su marcado carácter de instituto jurídico abstracto, reclaman una teoría general, expositiva de los principios comunes a toda relación obligatoria, independientemente de la fuente de donde emanan.

Para efectos de su regulación, nuestro Código Civil no distingue, pues, entre las Obligaciones y los Contratos, toda vez que expone cierta doctrina general de los Contratos (Arts. 1495 al 1501 inclusive), a manera de principios generales de las Obligaciones, de lo cual es muestra clara la imprecisión y vaguedad del Título I, del Libro IV, nominado "Definiciones", en que se trata propiamente del contrato y de

sus clasificaciones, y no de las definiciones pertinentes a las Obligaciones en general.

La inclusión que nuestro legislador hace de la teoría general del contrato a propósito de la disciplina de las Obligaciones, encuentra explicación en razones de índole histórica y en cierto sentido de la economía sistemática, pues en resumidas cuentas, acontecía y tal vez todavía acontece, que el contrato es la más fértil de las fuentes de las Obligaciones.

Y no puede traerse en defensa de la postura de nuestro ordenamiento, por lo palmariamente infundada, la resobada tesis de que resulta peligroso generalizar el concepto de Obligación, y que, solamente pueden desarrollarse principios generales a propósito de las obligaciones que derivan de los negocios jurídicos; puesto que, nuestro código contiene, seguidamente, principios generales sobre la extinción de las Obligaciones, de aplicación universal.

Hay que reclamar de nuestro legislador un análisis más rigurosa-mente lógico de la relación obligatoria, en que se indiquen sus elementos, sus condiciones más caracterizantes, y se haga una referencia, más o menos decisoria, a los problemas más anejos al concepto mismo de la Obligación.

Entiéndase bien: se reclama un análisis más o menos descriptivo de la Obligación, cosa bien diferente de pretender una definición legislativa de la misma, lo que sería ciertamente inoportuno, pues los Códigos, y entre ellos el Civil, deben plegarse estrictamente a su misión normativa. Las definiciones, conforme a la expresión usual, deben dejarse enteramente libradas a la labor doctrinaria, propiamente especulativa.

En la regulación ideal de las Obligaciones, debería igualmente puntualizarse con toda claridad, a fin de desechar de una vez todo género de dudas, que el concepto de la Obligación extiende su vigencia a todas las relaciones de Derecho Privado, comprendidas las de Derecho Mercantil, pues no es acertado escindir dicho concepto en varios subconceptos, válido uno para la cuestión propiamente civil y el otro para la mercantil, exclusivamente.

Tal unidad en la concreción del concepto obligacional, podría perfectamente considerarse como un saludable punto de partida en la labor de unificación de toda la legislación privada, pues la especialidad de una y otra normación vendría a consistir en señalar nor-

mas especialísimas destinadas a derogar, en puntos singulares, las normas generales.

Ya por el aspecto simplemente gramatical, que también presenta sus implicaciones histórico-jurídicas, debería hablarse de una TEORIA GENERAL DE LA OBLIGACION, que nó, de la TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, pues esta expresión resulta bastante acomodada al criterio romanístico clásico, hoy día superado, que no conoció una doctrina general de la Obligación, sino casos concretos de obligaciones.

Los pocos esfuerzos legislativos que en nuestro medio se estilan para ajustar las instituciones jurídicas a los nuevos planteamientos de los autores y de las más modernas legislaciones, han evidenciado la necesidad de que se revise la actual disciplina normativa de la Obligación, pues a más de lo expuesto, puede decirse a términos del con-sabido comentarista Arturo Valencia Zea:

“El actual tratado normativo de las Obligaciones en el código es bastante desordenado, incompleto, anticuado en muchos aspectos y oscuro las más de las veces. Es desordenado, pues no se estudian armónicamente las distintas fuentes de las obligaciones, ni se indican en su respectivo lugar los efectos de las mismas. Es incompleto. Fuentes que han tomado inusitada importancia no encuentran reglamentación legal, como sucede con el enriquecimiento sin causa. Es deficiente, además, en la reglamentación de la responsabilidad contractual, la teoría de los riesgos y otros puntos. También es anticuado y en materia de palpitante actualidad. Léase el título 34 del libro IV, que enuncia las normas sobre responsabilidad extracontractual y obsérvese que tal título está lejos de interpretar el nuevo estado económico del tiempo presente. Muchas nociones son excesivamente oscuras y bizantinas. Los conceptos de obligaciones indivisibles, de cuasi-contratos y de causa son ininteligibles. El cerebro de muchos juristas se secó tratando de extraer el sentido de tales nociones sin resultados positivos” (Arturo Valencia Zea, artículo titulado “PROYECTO DE CODIGO CIVIL PARA COLOMBIA”, publicado en la Revista “Derecho Positivo”, T. II, N° I, de julio de 1960, pg. 139 y ss.), gación, se endereza la presente monografía, la cual está deslindada de toda elaboración sutil y en la que se repiten en un tono más ase-quible principios que, a no dudarlo, se encuentran en el conocimiento común de los estudiosos del Derecho.

CAPITULO SEGUNDO

SUMARIO: 3.- Cuestiones generales relativas al concepto de la Obligación. Críticas a la manera clásica de definir la Obligación.
4.- De los distintos elementos individuadores de la Obligación:
a) La Obligación como deber jurídico.

Desarrollo:

3.- Antes de todo, conviene dejar claramente sentado que, la labor de precisar el exacto sentido del concepto de la Obligación, no es de pura y vacua dialéctica, toda vez que conlleva la solución de un problema práctico de la mayor importancia, cual es el de calificar la aplicabilidad de las normas que nuestro legislador ha consignado en los Artículos 1494 a 1770 del Código Civil.

Si nos atenemos al significado exclusivamente etimológico del término “OBLIGACION”, nos encontramos ante la idea de un vínculo que tiene la doble virtud de limitar la actividad humana, de una parte, y de la otra, de orientarla en determinado sentido.

En un sentido técnico-jurídico, el cuestionado vocablo denota una especial situación jurídica, por la cual, un sujeto se encuentra jurídicamente compelido a un determinado comportamiento frente a otro.

El uso no jurídico del mismo, suele hacer referencia a aquella situación de dependencia, pues con él se expresa que la persona obligada se encuentra en la necesidad de observar determinado comportamiento.

Jurídicamente, la obligación suele nominarse también de los siguientes modos: derecho personal, derecho de crédito, deuda, débito, relación obligatoria, derecho personal de crédito, relación jurídica obligatoria. Sin embargo, en realidad estas locuciones compendian el mismo concepto esencial.

Nuestro Código Civil incurre igualmente en cierto datismo, al definir el derecho personal de la siguiente manera: “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el

padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales". (Sin subrayos en el texto). (Art. 666 ib.).

Empero, resulta singular anotar que nuestro Código, ya en el libro IV de las "Obligaciones en general y de los Contratos", emplea casi que con absoluta exclusividad, el término obligación, con prescindencia de los otros enunciados atrás. En este sentido, pueden citarse, entre muchas otras, las disposiciones recogidas en los artículos 1494, 1498, 1496, 1502, 1504, 1507, 1524, 1527, y 1528 del C. C.

Al singularizar la obligación, los comentaristas no observan a menudo la conducta más lógica. En efecto: la exposición sobre la materia acostumbra precederla, a manera de prelude, de una definición de la obligación, originalmente tomada de las famosas definiciones del Derecho Romano, que a continuación adaptan o remodelan. Posteriormente, penetran en la enumeración, más o menos suficiente, de los diversos elementos fisonómicos de la obligación, los que, de ordinario, no están cobijados por la inicial definición, siendo así que esta exposición saca a luz la insuficiencia o cortedad de aquélla.

En esta memoria, para guardar un comportamiento más ajustado a la lógica de las cosas, se hará el análisis de los elementos de caracterización de la obligación, con total prescindencia de su definición, pues la labor de definir exige cualidades hartamente ajenas a quien esto escribe.

4.- En tal orden de ideas, ensayaremos a continuación un análisis, lo más pormenorizado posible, de los diversos elementos comunes a toda obligación, es decir, se tratará de los elementos individualizadores del concepto mismo de la obligación, en el siguiente orden:

LA OBLIGACION ES UN DEBER JURIDICO

En términos generales, deber jurídico es el deber de un comportamiento positivo o negativo. El dicho comportamiento es positivo cuando nos encontramos en la necesidad jurídica de verificar un acto o conjunto de actos; y es negativo, cuando nos compete no actuar en un determinado sentido.

Al decirse, como en efecto acontece en las definiciones de los diversos escritores, que la obligación coloca al deudor en la situación de observar, en frente del acreedor, un determinado comportamiento, positivo o negativo, se está diciendo, ni más ni menos, que la obligación es un deber jurídico.

La obligación como deber jurídico que es, puede revestir la forma positiva o negativa de que se ha tratado. Sucederá lo primero, cuando el comportamiento que corresponde al deudor consiste en dar o hacer algo, conforme al significado jurídico de estas expresiones, que resulta inoportuno relieves ahora; y la obligación es deber jurídico negativo, cuando el comportamiento del deudor consiste en privarse de actuar en un determinado sentido.

Toda norma jurídica impone deberes jurídicos, bien de un modo expreso, ora tácitamente. Que la regla de derecho impone, a veces, deberes jurídicos de manera tácita, lo confirma el modo de ser de la norma penal, pues por lo que sucede de común y corriente, el legislador en las normas penales no señala un determinado comportamiento, positivo o negativo, sino que enuncia simplemente las sanciones que son consecuencia de su violación.

Así por ejemplo, el Código Penal no dice que las personas deban abstenerse de matar, pero sí sanciona, y con suficiencia, a quien ciega la vida de otro. Por esto, se dice entonces que existe el deber jurídico tácito de no matar.

Las consecuencias jurídicas que el legislador acuerde a la infracción obligacional no pueden erigirse en criterio distintivo del concepto de la obligación, pues el problema de la investigación de un concepto no puede resolverse enunciando los efectos que cabalmente se desprenden del concepto investigado, lo que conllevaría petición de principio.

Lo anterior, para precisar que es inadmisibles singularizar la obligación destacando las consecuencias de su infracción, tales, por ejemplo, el resarcimiento de los daños o perjuicios a que queda sujeto el deudor que incumple su prestación, por las siguientes razones:

a). El resarcimiento de los daños o perjuicios no constituye ciertamente nota esencial del concepto de la obligación, ya que, pudiera decirse que dicha carga (la de resarcir los perjuicios causados), es consecuencia que el Derecho asigna a todo acto humano dañino, sea lícito o ilícito. En efecto: son varias las disposiciones del Código Civil que recogen tal parecer. Para el caso, basta transcribir las siguientes, en las cuales se consagra expresamente una obligación de resarcir daños, no obstante el cumplimiento de un acto lícito, es decir, autorizado por el propio ordenamiento legal.

“Al dueño de una heredad o de un edificio podrá pedir cualquiera persona el permiso de cavar en el suelo para sacar dinero o alhajas que asegurase pertenecerle y estar escondidos en él; y si señalare el paraje en que están escondidos y diere competente seguridad de que probará su derecho sobre ellos, y de que abonará todo perjuicio al dueño de la heredad o edificio, no podrá éste negar el permiso, ni oponerse a la extracción de dichos dineros o alhajas” (Art. 702 C. C.).

“El dueño de un predio sirviente tendrá derecho para que se le pague el precio de todo el terreno que fuere ocupado por el acueducto; del de un espacio a cada uno de los costados, que no bajará de un metro de anchura en toda la extensión de su curso, y podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias lo exigieren; y un diez por ciento más sobre la suma total.

“Tendrá, además, derecho para que se le indemnice de todo perjuicio ocasionado por la construcción del acueducto y por sus filtraciones y derrames que puedan imputarse a defectos de construcción”. (Art. 923 ib.).

“Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio”. (Art. 905 ib.).

En estos preceptos, se repite, el Código sanciona con el resarcimiento del daño, aun el cumplimiento de un acto lícito que el propio legislador autoriza desarrollar, cuando quiera que se causen perjuicios con él, lo que pone de manifiesto que la consecuencia del incumplimiento obligacional no puede ser criterio para deslindar el concepto de la obligación.

b).- Téngase, además, en cuenta lo lógico del razonamiento que se consignará a continuación en abono de la tesis de que la carga de indemnizar no es característica esencial de la obligación.

Que tal no puede ser criterio de calificación lo evidencia claramente el hecho de que tal responsabilidad de indemnizar no surge ante el simple incumplimiento obligacional, sino que, muy por lo contrario, depende de que el daño se haya producido ciertamente. Así la

situación, el resarcimiento del perjuicio depende exclusivamente de que el acto cumplido sea realmente dañino, es decir, que la indemnización en cuestión está condicionada, ante todo, a la real causación del perjuicio.

Sobre este punto, de que no basta para que el deudor esté obligado a indemnizar su mero incumplimiento, sino que es preciso, además, que el perjuicio efectivamente se ocasione, resulta oportuno transcribir sumariamente el pensamiento jurisprudencial de nuestra Suprema Corte de Justicia, entidad que al respecto ha sentado doctrinas en sentido contradictorio.

En providencia publicada en la Gaceta Judicial N° 1855, pg. 254 y ss., dijo tan elevado Tribunal: “La ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios al acreedor, porque debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que éste se propuso obtener al celebrarla. Se advierte dicha presunción en varias disposiciones legales, como el artículo 1615 del Código Civil y el 1018 del Judicial (se refiere, la Corte, al Código Judicial extinguido), y ella es suficiente prueba en favor del acreedor para hacer la condenación in genere o en abstracto, con el fin de que en un juicio posterior se determine la cuantía de los perjuicios”.

La cita de disposiciones que hace la Corte en el fallo parcialmente transcrito, resulta inoportuna, pues el artículo 1615 del C. C. hace referencia a un requisito especial de la indemnización de perjuicios por causa de la responsabilidad contractual, cual es la constitución en mora del deudor, y nó al requisito indebidamente suplantado en el fallo, consistente en la real causación del perjuicio.

Por fortuna, dicha doctrina fue posteriormente modificada por la misma Corporación, en Casación de 12 de julio de 1955, LXXX, 688, del siguiente tenor: “Del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no puede deducirse la existencia del perjuicio y la relación de causalidad entre este y la culpa; porque pueden presentarse situaciones en que no obstante la culpa del deudor no se hubieren ocasionado los perjuicios o que estos queden fuera de la órbita de las nociones que integran los elementos de la culpa. Perjuicios y relación de causalidad entre éstos y la culpa son demostraciones cuya carga le compete al acreedor”. (Consultar CODIGO CIVIL de Ortega Torres, cuarta edición, 1957, pg. 627, en que se publica el fallo anterior en lo pertinente, comentarios al artículo 1546 del C. C.).

La anterior doctrina guarda perfecta armonía con nuestro sistema legal que exige al acreedor que demanda perjuicios acreditar su real causación, pues con tal fin no le basta afirmar o demostrar simplemente el incumplimiento obligacional del deudor. (Artículo 1604 del C. C.).

Lo anterior salvo, claro está, los eventos de excepción que el mismo legislador señala en los artículos 1599 y 1617 del Código Civil, en los que se exonera al pretensor de la carga procesal de arriar la prueba de los perjuicios.

c).- Que la obligación como deber jurídico que es, no puede especificarse de acuerdo con el gravamen que compete al deudor de cubrir los daños debidos a su incumplimiento, es aserto que se desprende de la consideración de que tal carga se produce por mandato legal, ante la violación de cualquier deber jurídico, y cuando quiera que dicha infracción produzca como consecuencia un daño o perjuicio.

En fin, luego de todo lo dicho, puede sentarse como principio general el de que, cuando el incumplimiento obligacional no produce perjuicio alguno al acreedor, dicho acto carece de toda relevancia jurídica; siendo, por lo mismo, imposible caracterizar la relación obligatoria con base en la carga que compete al deudor de resarcir los perjuicios.

La caracterización del concepto de la obligación como deber jurídico, conduce a la siguiente afirmación: la necesidad legal en que se encuentra el deudor de cumplir su compromiso, no puede considerarse como efecto propio de la obligación, toda vez que, como se dijo en los anteriores párrafos, dicha nota es integrativa del concepto obligacional, es decir, concurre en su propia elaboración, no siendo entonces atinado incluirla como su efecto, pues éste supone, por fuerza lógica, la existencia previa de aquélla.

En esta confusión incurre, a diario, nuestra doctrina, inclusive la más aprestigiada. A. Alessandri R., por ejemplo, al exponer sobre "Los efectos de la Obligación", dice:

"Jurídicamente, no pueden confundirse los efectos de un contrato con los efectos de una obligación. Los efectos de un contrato son las obligaciones que crea, porque el contrato es el acuerdo de voluntades generador de obligaciones; el contrato es la causa, la obligación es el efecto que proviene de esa causa. De manera que los efectos de los contratos, son las obligaciones que los contratos engendran para una o ambas partes: efectos del contrato de compra-venta,

las obligaciones del comprador y las obligaciones del vendedor; *en tanto que el efecto de ese efecto, es decir, el efecto de la obligación, es la necesidad jurídica en que el deudor se halla colocado de cumplirla*, para lo cual la ley da al acreedor, ciertos derechos destinados a asegurar su cumplimiento. De donde se infiere, que los efectos de las obligaciones vienen a ser así, las consecuencias jurídicas que la ley desprende para el deudor o el acreedor de este vínculo denominado obligación". (Sin subrayos. Consultar, ARTURO ALESSANDRI R., "TEORIA DE LAS OBLIGACIONES", desarrollo de Ramón Latorre Zuñiga, edición de 1934, pg. 50).

El cercenamiento que el deudor experimenta en su libertad, a propósito del vínculo obligatorio no puede ser, entonces, su efecto, sino por el contrario, la manera de ser propia de la obligación. En este orden, los efectos de la obligación, considerados desde el punto de mira del deudor, consisten exclusivamente en la situación de responsabilidad civil a que queda expuesto su patrimonio ante el cumplimiento de su compromiso.

Con respecto a la individuación de la obligación como deber jurídico, expone A. von Thur, en su obra "TRATADO DE LAS OBLIGACIONES", T. I, pg. 4, primera edición, traducido del alemán y concordado por W. Roces: "Es de esencia de la obligación que el deudor se constituya en una posición de deber. El concepto del deber jurídico responde a una idea común al Derecho y a la moral: a saber, que el hombre puede y debe ajustar su conducta a determinados preceptos. El deber jurídico es, metafóricamente hablando, una orden, un imperativo que el orden jurídico dirige al individuo y que éste ha de acatar. Más, se distingue del deber moral en que su acatamiento puede imponerse, generalmente —aunque no siempre— de un modo eficaz, empleando los medios coactivos de que dispone el Estado (ejecución forzosa, resarcimiento de daños, penas)".

Recapitulando lo dicho de la obligación como deber jurídico, se tiene:

Hasta ahora se ha señalado como único elemento distintivo de la obligación, el consistir en un deber jurídico, pues impone al deudor un determinando comportamiento, una forma especial de conducta.

Sin embargo, la labor que nos hemos propuesto no puede llegar a este punto únicamente, pues decir que la obligación es un deber jurídico simplemente, equivale a no caracterizarla, en vista de que, como se ha dejado escrito, toda norma jurídica impone deberes jurídicos. Así la situación, resulta imperioso, singularizar la obligación de los demás deberes jurídicos. Con tal propósito se hacen las observaciones que siguen.

CAPITULO TERCERO

SUMARIO: b).- El carácter patrimonial de la prestación como segundo elemento individuador de la Obligación. 5.- La cuestión de la pecuniariedad de la prestación en el Derecho Romano. Opinión de R. Ihering. 6.- Correcto planteamiento del asunto. Crítica a la exposición de R. de Ruggiero sobre el particular. 7.- Tesis de Rafael Rogina Villegas. 8.- La patrimonialidad del resarcimiento del daño producido por el incumplimiento obligacional no determina la patrimonialidad de la prestación. 9.- Nuestra opinión sobre el particular, en relación con el derecho positivo colombiano.

Desarrollo:

5.- Quienes son de la opinión que, en Derecho Romano la prestación obligatoria tenía necesariamente un carácter patrimonial, citan en su proyecto el siguiente conocidísimo pasaje de las fuentes mismas: "EA ENIM IN OBLIGATIONE CONSISTERE' QUAE PECUNIA LUE PRAESTARIQUE POSSUNT". (Fr. N° 2, D. 40, 7,), que traducen de la siguiente manera: " *El objeto de la obligación no puede ser más que una prestación de valor económico*".

Rudolf von Ihering, se ha esforzado por refutar el anterior punto de vista, intento que desarrolla en su obra "DEL INTERES EN LOS CONTRATOS", traducción directa del alemán, por Adolfo G. Posada, 1947, en la que consigna argumentos tomados de las fuentes romanas en orden a desechar de dicho ordenamiento la afirmación de la patrimonialidad de la prestación; y recoge, además, argumentos de validez general, contra la misma doctrina, independientemente de todo sistema legislativo.

El comentarista en cita, afirma que el propio Derecho Romano acordaba protección no sólo a los intereses materiales, entre los cuales, fuera de linterés patrimonial, pueden señalarse el bienestar, la comodidad, las diversiones, el placer, en una palabra, los goces exteriores de la vida; sino también, a los llamados intereses ideales, tales como, el sentimiento religioso, que se viola mediante la profanación de una tumba, protegido mediante la "actio sepulcri violati", y el sentimiento de familia. (Consultar la cuestión y su desarrollo desde el punto de vista estricto del Derecho Romano, en Ihering, obra

citada, capítulo II, llamado "Estado de la cuestión en el Derecho Romano", pg. 23 y ss.).

Ya en un orden general, el autor en comento, expone como argumentos en contra de las tesis de la patrimonialidad de la prestación, los siguientes:

La doctrina que sostiene la pecuniariedad de la prestación es totalmente falsa en sí misma, porque, "no es verdad que el patrimonio constituya el único bien que el Derecho tiene que proteger, como objeto del contrato, y que los demás bienes no pueden llegar a participar de esta protección más que por la vía indicada, esto es, haciéndolos derivados del patrimonio...". (Ob. cit., pg. 17).

Y concluye el destacado autor:

"Termino, pues, afirmando que no hay un solo texto en nuestras fuentes que exija como condición indispensable de la obligación el valor pecuniario de la prestación; que hay, en cambio, una serie que demuestra que el juez romano podía también condenar en dinero con motivo de intereses no económicos, y esto, no sólo en las acciones penales, sino también en las de contrato. Pero aunque no hubiera ni un solo testimonio en ese sentido para esas últimas, fuera de la prueba relativa a las penales, que la pecuniaria aestimatio de la condemnatio en Gayo, IV, 48, y que no implica el reconocimiento del principio del valor pecuniario, bastaría para quitar todo fundamento al dogma de que la obligación no puede tener por objeto más que una prestación de naturaleza patrimonial. Ese dogma, en sí mismo, no es otra cosa que un error ocasionado por una mala inteligencia de una referencia de la historia del Derecho (...). Para el juez, no hay duda, la regla que resulta de esta teoría es perfectamente cómoda. Le dispensa de investigar trabajosamente hasta dónde puede extender la protección de los intereses puramente personales, y le permite ponerse al abrigo de toda duda y de toda dificultad; dondequiera que el valor pecuniario no puede señalarse...: rechaza la acción! y basta. Pero una cosa es el interés del juez, y otra el de la viva, y se trastornan las relaciones naturales de las cosas cuando se subordina este último al primero". (Ob. cit., pgs. 68 y 69).

6.- Se trata de precisar si la patrimonialidad es elemento esencial configurativo del concepto mismo de obligación; o por decir lo mismo, es necesario saber si para la existencia del vínculo jurídico

obligatorio es presupuesto sine qua non, la pecuniaridad de la prestación.

Tal, el planteamiento de la cuestión que no admite ser enfocada en la forma limitadísima y recortada en que la considera Roberto de Ruggiero, insigne civilista italiano, quien habla de la siguiente manera:

“El problema surge en todos los casos en que en la obligación la prestación se halle constituida por un hecho que no tenga en sí y por sí directa o indirectamente un valor patrimonial: un hecho que teniendo sólo un valor moral o espiritual no es susceptible, según los usos ordinarios de la vida social, de ser reducido a una suma de dinero o a una utilidad económica cualquiera. No surge tal problema cuando, aunque el vínculo obligue a un hecho de tal índole, las partes le hayan asignado preventivamente de modo directo o indirecto un valor patrimonial; esto ocurre siempre que la prestación, que por sí no tenga carácter económico, pueda ser substituida por otra que lo posea, o cuando el acreedor para asegurarse la prestación económica estipule una pena para el caso de incumplimiento. La obligación con tal sustitución o con la pena, ya ofrece carácter patrimonial”. (ROBERTO DE RUGGIERO, “Instituciones de Derecho Civil”, traduc. de la 4ª ed. italiana por R. Serrano y José Santa Cruz T., 1931, Vol. II, págs. 13 y 14).

La transcrita exposición, merece los siguientes reparos:

a).- El problema de la patrimonialidad de la prestación, y por ende, de la obligación misma, se plantea para efectos de configurar el concepto mismo de la obligación. Por lo tanto, es un debate que interesa a toda obligación, y no, como lo asevera el citado autor, a cierto tipo de obligaciones: las que tienen por objeto un hecho de contenido simplemente moral o espiritual.

b).- Ruggiero resuelve el problema en su mismo planteamiento: le ha bastado con plantear el problema para resolverlo. En efecto, más sencillamente dicho, el pensamiento del comentarista en cuestión sobre el debatido asunto, es compendiable en la forma siguiente: Se trata de averiguar si la obligación, por esencia, debe tener contenido patrimonial o no. La solución es fácil: no hay ningún problema respecto de las obligaciones que, directa o indirectamente, tienen un valor económico, por sí mismas o por estipulación de las partes (una

contraprestación económica o una cláusula penal). Respecto de las otras obligaciones, hay que decir que, obviamente, no tienen carácter patrimonial.

c).- No obstante haber resuelto el problema, según lo acotado, el autor en cita se contradice a renglón seguido, al señalar la posibilidad de cumplir la obligación en el patrimonio del deudor, como elementos o criterio para determinar su patrimonialidad, y no habla ya de cierto tipo especial de obligaciones, como lo hiciera antes. En este nuevo orden de conceptos, dice el mismo autor:

“Para resolver certeramente la cuestión hay que distinguir el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación de la prestación misma; el haber confundido ésta con aquél ha sido la causa como nota Scialoja (Diritto delle obbligazioni (Lez, 1898-99), págs. 45, 73), de las discrepancias y dificultades que en tal materia se observan. Es indudable que nada impone la necesidad de un interés económico en el acreedor; puede tal interés ser de índole afectiva, moral, ideal, bastando que sea serio, lícito y digno de la protección jurídica. Otra cosa es que el objeto de la prestación deba tener un contenido económico o ser susceptible de una valoración patrimonial. De otro modo no se daría la posibilidad de realizarse en caso de incumplimiento con el patrimonio del deudor y vendrían incluidas en el concepto jurídico de la obligación una serie de obligaciones que, aun contrayéndose diariamente en la vida social, ninguno piensa ha cerlas valer mediante la coacción jurídica”. (Ob. cit., pg. 15).

7.- La tesis de Rafael Rogina Villegas, consiste en distinguir, de antemano, la naturaleza misma de la obligación, según sea de dar, hacer o no hacer; y de consonancia también con la fuente de donde proviene, para lo cual hay que tratar el problema de la patrimonialidad con respecto a las obligaciones contractuales, de una parte, y de las extracontractuales, de la otra.

En síntesis, el connotado jurista mexicano ofrece sobre la cuestión, las siguientes ideas que, por ahora, resumimos:

a) *Obligaciones de dar*: estas obligaciones tienen un evidente carácter patrimonial, independientemente de su fuente, es decir, que siempre son patrimoniales por esencia, sean contractuales o extracontractuales. Dicha conclusión en vista del alcance jurídico mismo de su enunciado. Dar, en derecho, significa: transmitir el dominio, el uso o goce de una cosa, o en pagar una cosa que es debida.

b) *Obligaciones de hacer y no hacer*: Con respecto a éstas, hay que distinguir previamente la fuente de donde brotan, así:

1.- *Las obligaciones de hacer y no hacer de carácter extracontractual* tienen un notorio sentido patrimonial, con exclusión de las nacidas de la declaración unilateral de voluntad, que pueden tener o no, contenido pecuniario. Al respaldar su aserto, el autor en comento señala el siguiente ejemplo: una enfermera que por su declaración unilateral de voluntad se obliga gratuitamente a cuidar un enfermo; la obligación de la enfermera en forma gratuita de prestar su auxilio, no tiene carácter patrimonial. A su vez, las obligaciones de hacer y no hacer provenientes del enriquecimiento sin causa, del hecho ilícito, de la gestión de negocios ajenos y de la responsabilidad objetiva, tienen, a no dudarlo, un contenido patrimonial.

2.- *Las obligaciones de hacer y no hacer de origen contractual*, o de la declaración unilateral de voluntad, pueden tener o no contenido patrimonial, pues ésta es cuestión que depende, ante todo, de la propia voluntad de los contratantes, vale decir, es asunto librado a la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Para un mejor entendimiento del criterio del comentarista en estudio, vale la pena hacer la siguiente transcripción de su exposición. Dice así, al referirse a las obligaciones contractuales:

“Analizadas estas fuentes, sólo nos queda el problema enfocado en las obligaciones contractuales. Dada la infinita variedad de hechos que el hombre puede prestar en sus distintas manifestaciones, se presenta el problema de saber si la relación jurídica que crea la obligación, puede proteger y sancionar hechos que tengan un valor exclusivamente moral, o bien si el derecho se abstiene de reglamentar estos deberes podría prestar el deudor, como actividades éticas que el ordenamiento jurídico no puede proteger. Este es nuestro concepto, el alcance de la doctrina que afirma que el deudor puede prestar al acreedor un hecho de carácter patrimonial o moral; que puede tener como contenido de su obligación un deber exclusivamente de valor moral, protegido por la norma jurídica, ya que otorga acción en juicio para exigir su cumplimiento (...). Existe al respecto el sistema llamado de la autonomía de la voluntad en los contratos. Este sistema jurídico reconocido por los códigos, permite a las partes contratar libremente, siempre y cuando el objeto de la prestación sea lícito y posible. Con estos requisitos, la teoría llamada autonomía de la voluntad admite que, en la figura jurídica contrato, las partes son li-

bres para crear prestaciones de diverso orden. Aplicando esta teoría de la autonomía de la voluntad, podríamos llegar a considerar que el derecho protege todo deber que en un contrato se origine, cuando éste tenga un valor moral y aunque carezca de interés jurídico para el acreedor. Y llevando a sus extremos la teoría, podríamos afirmar que incluso el deudor puede imponerse deberes que no signifiquen una utilidad práctica para el acreedor”. (Rafael Rogina Villegas), “Derecho Civil Mexicano”, Tomo Quinto, Obligaciones, Vol. I, pg. 30, ed. de 1951).

8.- La patrimonialidad del resarcimiento del daño producido por el incumplimiento de la obligación determina, al propio tiempo, el carácter económico o patrimonial de la obligación misma, al decir de alguna opinión, pues que no teniendo la prestación carácter patrimonial no sería posible el resarcimiento del daño derivante de su infracción, lo que se cumple justamente en términos igualmente monetarios.

Sin embargo, son formulables al anterior criterio, los siguientes reparos:

a) Confunde lamentablemente dos problemas perfectamente deslindables entre sí, a saber: el consistente en la necesidad de que el daño sea valorable pecuniariamente para que sea susceptible de reparación, con el relativo a la patrimonialidad de la obligación.

b) No siendo el resarcimiento del daño o del perjuicio causado por el incumplimiento obligacional, elemento caracterizante de la obligación, tal como se dejó anotado en anteriores pasajes, su patrimonialidad no puede considerarse ahora para calificar fatalmente la pecuniaridad de la misma obligación, pues ésto equivaldría a dejar sin soporte alguno lo dicho sobre aquél problema.

c) El criterio objetado es inseguro, inseguridad que depende del hecho de que, el incumplimiento obligacional no da lugar simplemente al resarcimiento del daño causado, sino que también puede llevar aparejadas otras consecuencias, tales a saber: la resolución del contrato, la excepción perentoria temporal de contrato no cumplido, etc. Entonces, cuando la consecuencia del incumplimiento consiste en resolver el contrato, cómo se califica la patrimonialidad de la obligación?

9.- Nuestro punto de vista sobre tan trascendental problema habremos de elaborarlo exclusivamente desde el punto de vista de nuestro ordenamiento positivo, para sostener finalmente que en nuestro

Código Civil la obligación exige como elemento propio, objetivo, característico, la patrimonialidad de la prestación; punto de vista que ninguno de nuestros autores prohija, ante todo, porque suelen confundir la patrimonialidad de la prestación con la patrimonialidad del interés del acreedor en la realización del deber jurídico por el deudor.

Pocas ciertamente son las ideas que nuestra doctrina aporta sobre el problema que se debate ahora, incluso, se trata de un asunto nunca relacionado siquiera con el ordenamiento jurídico-positivo, para ver de precisar qué doctrina o punto de vista sigue nuestro legislador sobre el particular.

Para confirmar lo aseverado sobre la insuficiencia de nuestra doctrina, es obligatorio hacer las siguientes transcripciones:

Alfonso Valencia Correa, consigna las siguientes sumarias expresiones sobre el problema en comentario: "Obligación es un vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, por virtud del cual una de ellas —el deudor, deudor— se encuentra en la necesidad de realizar un provecho de la otra —el acreedor, creditor— una prestación. O en otros términos: un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinados y susceptible generalmente de estimación pecuniaria. En todo caso, es la definición justiniana: *Obligatio es juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura*". (Sin rayado en el original, Alfonso Valencia Correa, "Teoría General de las Obligaciones", 1952, pg. 8).

El mismo escritor, al tratar de la prestación, como elemento objetivo de la obligación, dice:

"Para que la obligación pueda existir jurídicamente, la prestación debe reunir determinados caracteres: a) Debe ser posible; b) Debe ser determinada o por lo menos determinable. Mas no es necesario, según la tendencia de los modernos civilistas contra el principio romano, que sea patrimonial. Puede existir vínculo jurídico entre los sujetos de la obligación que no se traduzca en un contenido económico". (Sin subrayos; Ob. cit., pg. 1).

Arturo Valencia Zea, en el artículo sobre "Proyecto del Código Civil para Colombia", atrás citado, expone de un modo más directo:

"La discusión de si el interés del acreedor debe tener siempre un interés apreciable en dinero, o si existen prestaciones que carezcan de

referencia al dinero, se resuelve en el sentido de que el interés "puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales". (Artículo 593).

El artículo 593 es el relativo a la compilación o proyecto que el mismo autor elaboró, y que ofrece el siguiente contexto: "Toda prestación debe ser susceptible de satisfacer un interés racional del acreedor. El interés puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales".

El mismo exégeta expone sobre la cuestión en su obra "DERECHO CIVIL", Tomo III, De las Obligaciones, Tercera ed., 1968, pg. 4, según lo que se transcribe:

"Es verdad que la mayoría de las prestaciones pueden evaluarse pecuniariamente y que, por lo tanto, el cumplimiento o pago de ellas debe hacer más rico al acreedor; empero, no hay inconveniente en contemplar prestaciones no evaluables en dinero. Así, alguien puede tener interés simplemente afectivo en adquirir un retrato de uno de sus antepasados, el cual carece de todo valor en el comercio; el dueño de una casa puede tener interés en que el vecino no toque instrumentos musicales, y el padre en que al hijo se le de una educación adecuada, etc."

Alvaro Pérez Vives, al exponer sus comentarios sobre el objeto de la obligación, opina en la siguiente forma:

"El objeto debe tener algún interés para el acreedor, aunque no sea apreciable en dinero. Pothier, Aubry y Rau y otros tratadistas, consideran que el objeto debe presentar siempre para el acreedor un interés susceptible de estimación pecuniaria. De modo que el objeto que no puede valorarse monetariamente, no puede serlo de una obligación. De allí la secuela de que la lesión de ciertos intereses que escapan a la estimación en dinero, no da apertura a la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, cabe recordar cómo la jurisprudencia, al admitir el abono de perjuicios en caso de daño moral, abre el interés no valorable en dinero el campo de las obligaciones. Planiol, Ripert y Esmein, opinan que "sería lamentable que el derecho no asegurase la protección de los intereses morales, al igual que los pecuniarios, cuando su satisfacción sea objeto de un contrato válido en todos sus aspectos. Por tal causa, la violación de la promesa de matrimonio ha dado acceso en casi todos los países a la reparación del perjuicio moral causado". Alvaro Pérez Vives, "Teoría General de las Obligaciones", tercera ed., Vol. I, Parte Primera, 1966, pg. 234 y ss.).

Santos Nicolás Díaz Morales expone sobre el asunto lo que a continuación se lee, también de un modo simplemente tangencial:

“La obligación es VINCULO JURIDICO por el cual UNA PERSONA o varias determinadas o determinables DEBEN realizar UNA PRESTACION ECONOMICA EN FAVOR DE OTRA u otras también determinadas o determinables (...). El carácter económico de la prestación, como aspecto 7º (en nuestra enumeración), determina la naturaleza específica, porque la distingue de las obligaciones no estimables en dinero (directamente), como de la obligación de ayudar al pariente, de cohabitación de los cónyuges, etc., que también son entre personas determinadas. El aspecto económico sirve igualmente para contraponer dichas obligaciones (las patrimoniales definidas) a los deberes jurídicos u obligaciones de sujeto pasivo absoluto, obligaciones o deberes que radican en cabeza de todas las personas de la sociedad, como es el respecto a los derechos reales (económicos) y a los derechos extrapatrimoniales (derecho a la vida, a la honra, a la ciudadanía y en fin a todas las garantías y derechos civiles, Const. Nal. Tit. III). Se distingue también de los deberes públicos, tales como rendir declaración testimonial ante autoridad competente, prestar servicio militar, etc., y en fin, de la obligación (deber) de permitir el correcto ejercicio de las facultades por su titular”. Santos N. Díaz M., “Curso Didáctico de Obligaciones Civiles Patrimoniales”, Editorial Revista “Derecho Colombiano”, pgs. 18 y 19).

El mismo escritor, al consignar los caracteres de la obligación señala, entre otros, su OBJETO PATRIMONIAL, del cual dice: “la prestación (dar, hacer, no hacer). Es la nota específica por excelencia. (La prestación como deber jurídico del sujeto pasivo en el derecho real no tiene carácter económico, mientras no se determine al responsable y se decrete la respectiva indemnización)”. (Ob. citd., pg. 26).

En nuestro muy modesto concepto, el ordenamiento positivo colombiano no es del todo extraño a la exigencia de que la prestación de por sí, independientemente de todo interés en el acreedor, debe ser comerciante, es decir, susceptible de valoración pecuniaria. Y, por decirlo a términos de un prestigioso autor, que la prestación debe representar tal valor, per se, que los sujetos de la relación obligatoria estén dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de la prestación.

Nuestro Código Civil, en sus artículos 1517 y 1518 compendia, a grandes rasgos, la disciplina fundamental del OBJETO DE LA OBLIGACION, que no es sino el deber jurídico mismo en que consiste la obligación, conforme a la exposición precedente.

En su orden, dicen los textos citados:

“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

“No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

“La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

El legislador, en el artículo 1517 no se refiere a cierta clase especial de “declaración de voluntad”. No: se refiere a toda declaración de voluntad; por lo tanto, las exigencias recogidas en los mandatos transcritos, no lo son para ciertas obligaciones especiales, sino que se aplican a la obligación en sí misma considerada. En tal sentido, entendemos el artículo 1517, transcrito.

Para los efectos de nuestra opinión conviene también precisar el sentido de la expresión “COSAS” empleada por el Código, en el artículo 1517, al señalar el objeto de la declaración de voluntad. Con tal fin, se dice:

La acepción técnico-jurídica del vocablo, denota todo lo existente, sea corpóreo o incorpóreo, apropiable para el hombre, o inapropiable. Esto, en un sentido amplio. Ya en un sentido jurídico estricto, COSA es solamente lo apropiable para el hombre y estas cosas cuando integran el patrimonio de una persona, toman la denominación de BIENES. En una palabra, los BIENES son el objeto de los derechos, la materia sobre la cual recaen éstos. El BIEN solamente surge de la unión o conjunción de la cosa y el derecho; ninguno de estos dos elementos es suficiente para integrar el BIEN como concepto jurídi-

co. (Consúltese sobre este punto, la obra del Dr. José J. Gómez, "Derecho Civil, Bienes-Derechos Reales", publicaciones del Externado de Colombia, 1968, pg. 6 y ss.).

Justamente por ello, resulta inexacto el artículo 653 del C. C., al estatuir que son BIENES las cosas corporales (es decir, aquéllas que tienen una entidad real susceptible de apreciarse por los sentidos), desconectadas de todo DERECHO, de una parte, y de la otra, también son BIENES los simples derechos o cosas incorporales desasidos de la COSA misma.

El legislador, en el artículo 1517 no empleó el término "COSAS" en ninguna de las anteriores acepciones, siendo, más bien, una expresión poco afortunada, para referir las diversas modalidades que puede asumir la conducta del deudor que es objeto del compromiso, bien se trate de dar, ora de hacer, o ya de no hacer.

Que tal es el significado del vocablo, es cuestión que refrenda el N° del artículo 1608 del C. C., que reglamenta la mora del deudor, en general, sin referirla a determinada clase de obligaciones. Dice así dicho precepto: "El deudor está en mora: 1°)....."

2°) *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla*".

Lo anterior se encuentra igualmente en perfecta armonía con la opinión unánime de quienes comentan el artículo 1517, pues lo consideran como el eslabón fundamental en la reglamentación del OBJETO de la obligación. Y está dicho, y convenientemente repetido que el objeto de la obligación lo constituye la conducta misma del deudor, su comportamiento, pues que las cosas, en su acepción amplia, no son el objeto de la relación obligatoria.

Así las cosas, las exigencias que destaca el legislador en el precepto siguiente, el 1518, al disponer que "LAS COSAS" que son objeto de la declaración de voluntad, deben ser existentes, lícitas y posibles, hay que entenderlas referenciadas a la conducta del deudor que es objeto, in genere, de la obligación; y no, simplemente a las cosas materiales las mismas que se prometen en tradición por virtud de una simple OBLIGACION DE DAR, pues, se repite, los textos en comento se refieren a toda "declaración de voluntad" y no a ciertas modalidades de la misma.

No nos explicamos el motivo de la no inclusión de la PATRIMONIALIDAD DE LA PRESTACION como requisito indispensable de la obligación, en aquellas exposiciones que tratan de las condiciones de la prestación como elemento objetivo de aquélla, es decir, de la obligación. En efecto, con fundamento en el artículo 1518 del C. C., suelen enlistarse como requisitos de la prestación, los siguientes: determinación, licitud, posibilidad, cuya explicación sobra aquí.

Hay que insistir en lo dicho: Si el fundamento de los anteriores requisitos lo constituye el tenor del artículo 1518, y siendo que esta disposición enumera expresamente la COMERCIALIDAD, por qué razón no se habla de ésta como de otro requisito más, intrínseco, de la prestación misma?

En efecto, y con base en lo aseverado, nuestro Código Civil presupuesta la PATRIMONIALIDAD como requisito objetivo de la prestación, esto es decir, de la obligación misma. Para nuestro legislador, una declaración de voluntad que no tenga carácter patrimonial, es declaración que no puede servir de objeto a la obligación jurídica. Tal, el sentido de la locución: "no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género", de que sirve el artículo 1518 tantas veces citado.

La tesis que aquí exponemos, de otra parte, está más de acuerdo con la exposición general de que los derechos personales (y la obligación lo es, pues se trata de expresiones sinónimas), pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos patrimoniales. Este modo de ser del derecho personal lo identifica con el derecho real, pues la exposición generalmente aceptada sobre la materia señala las siguientes características comunes a los dos tipos de derechos:

a) Ambos derechos son derechos subjetivos, es decir, conllevan una relación jurídica que supone necesariamente tres elementos, un sujeto activo o titular, un sujeto pasivo o paciente y un objeto;

b) Ambos derechos son de carácter patrimonial, es decir, que por ser susceptibles de estimarse en dinero, están en el comercio jurídico, y por lo tanto, son comerciables. En el caso del derecho personal, se quiere significar al afirmar su patrimonialidad, que, para el acreedor, toda obligación presenta un elemento activo en su patrimonio y para el deudor, un elemento pasivo.

De no tener la obligación un carácter patrimonial intrínseco, objetivo, cómo se explica su inclusión en la categoría de los derechos subjetivos patrimoniales? Y téngase presente que dicha inclusión se formula en términos generales, pues no se entra en distingos según que el objetivo del derecho personal consista en dar, hacer o no hacer.

Limitar entonces el requisito de la comercialidad de que trata el artículo 1518 del C. C., exclusivamente para las COSAS MISMAS que son objeto indirecto de las obligaciones de dar, es postura inadmisable, ilógica y carente de todo soporte en los textos de los artículos arriba citados, por las razones ya expuestas.

En fin, sea de todo lo dicho lo que fuere, hay que decir con Manuel Borja Soriano que, "las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial; así, pues, la prestación que constituye su objeto debe tener valor económico, debe ser valuable en dinero. Esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial, que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección". (Manuel Borja Soriano, "Teoría General de las Obligaciones", México, 1939, T. I, págs. 104 y 105).

CAPITULO CUARTO

SUMARIO: 10.- c) El tercer elemento individuador de la obligación: presencia de dos sujetos, activo y pasivo, y su determinación. 11.- La obligación como "vínculo jurídico". 12.- Distintas tesis sobre la caracterización del "vínculo" en que consiste la obligación. Críticas.

Desarrollo:

10.- Otro elemento característico de la obligación lo constituye el hecho de que por ésta, se vinculan dos sujetos, de manera recíproca. El uno, como sujeto activo, o titular de una situación de preeminencia, y el otro, como sujeto pasivo afectado por una situación de subordinación.

El análisis que se ha hecho de la obligación como deber jurídico, no excluye la necesidad de la doble presencia del elemento subjetivo en la obligación, pues es obvio que para su integración no basta la simple presencia del sujeto pasivo de la relación, dado que, todo deber jurídico conlleva, como noción correlativa, la existencia de una facultad, o poder jurídico, que no es concebible abstractamente, independientemente del titular que, para el caso de la obligación, vendría a serlo el pretensor, o acreedor, o sujeto activo de la relación.

La doctrina civilística actual, contrariamente a lo sucedido en el Derecho Romano, enuncia diversos eventos de inicial indeterminación de los sujetos de la obligación, sin que por ello, el vínculo obligatorio deje de existir. Como casos de indeterminación del sujeto activo, se citan los siguientes:

a) La promesa pública de venta, en que el promitente se obliga a sostener un precio especialmente señalado. En tal hipótesis, la obligación del promitente ya ha surgido, no obstante que el sujeto activo se encuentre temporalmente indeterminado;

b) La promesa pública de recompensa, en la que, el promitente contrae desde un principio una obligación, la de pagar la recompensa prometida, frente a un acreedor inicialmente indeterminado, que solo será determinado una vez se cumpla el evento o el acto señalado en la misma promesa;

c) Los legados a favor de personas futuras (artículo 1019, inc. 3º del C. C.); los legados en favor de personas que presten servicios

importantes (artículo 1019, inc. 4º, ib.); los legados en favor de los pobres, o del alma del testador, en los casos señalados por el artículo 1113 del mismo Estatuto.

A su vez, se enlistan como ejemplos de indeterminación del sujeto pasivo, los siguientes:

a) Un testador constituye una deuda, un legado, a favor de determinada persona y a cargo de uno de los herederos, el que señala con toda singularidad. Sin embargo, dicho heredero no acepta la herencia, por lo que la obligación de pagar el legado, a pesar de estar ya originada, carece de sujeto pasivo determinado;

b) Las obligaciones que surgen a consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, en los que, con frecuencia, se precisa desarrollar cierta actividad investigativa previa en orden a determinar el verdadero responsable, es decir, el obligado a reparar el perjuicio ocasionado a la víctima. En estos eventos, la obligación de la reparación del daño surge desde la comisión del hecho dañino, que es fuente autónoma de obligaciones, no obstante la indeterminación de la persona del deudor u obligado.

El requisito en comento, presencia del elemento subjetivo en la obligación, no puede entenderse en el sentido de que los sujetos deben no sólo determinados, sino también conocidos entre sí. El recíproco conocimiento que los sujetos se tengan, no incide, en absoluto, en la estructura del vínculo obligacional.

Lo brevemente comentado, permite sentar la conclusión de que, la determinación de los sujetos de la obligación no es esencial para el nacimiento de ésta, pues los sujetos pueden no estar claramente determinados, bastando al efecto, que sean simplemente determinables. Lo que sí es fundamental para el surgimiento del vínculo obligatorio, es la presencia de los dos sujetos, el activo y el pasivo.

11.- Las más modernas definiciones de la obligación parten, en términos generales, del concepto tradicional romano, con la única salvedad de que substituyen el vocablo "VINCULO JURIDICO", por el de "RELACION JURIDICA". Tal aserto se confirma con la transcripción de las siguientes definiciones de obligación, traídas por varios autores, a saber:

La obligación, para Ruggiero, "es la *relación jurídica*, en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a

otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, construyendo a la primera a satisfacerla".

Para Puig Peña, es "aquella *relación jurídica* por virtud de la cual una persona, para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra una determinada prestación, que, caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de esta". (Puig Peña, "Tratado de Derecho Civil Español, T. IV, Vol. I, pg. 15).

A. Von Thur, dice: "Dase el nombre de obligación, a la *relación jurídica* establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas —el deudor, deudor— se constituye en el deber de entregar a la otra —acreedor, creditor— una prestación". (Ob. cit., pg. 1, T. I).

Karl Larenz, comentarista alemán, define: "Relación de obligación es aquella *relación jurídica* por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones". Karl Larenz, "Derecho de Obligaciones", versión española de Jaime Santos B., T. I, pg. 18, 1958).

La substitución en comento encuentra razón de ser en el hecho de que, la idea de vínculo jurídico contenida en la definición romana ("La obligación es un vínculo jurídico que, según nuestro derecho civil, nos constituye en la necesidad de efectuar para alguno determinada prestación"), es actualmente repudiada, pues se dice que tal expresión, la de "vínculo", patentizaba el poder de que estaba investido el acreedor sobre la persona, libertad y patrimonio del deudor.

Sin embargo, no todos comparten las bondades de dicha substitución. Rogina Villegas, por ejemplo, al criticarla, expone de la siguiente manera: "En nuestro concepto, esta substitución ha sido absolutamente desafortunada, porque se ha cometido el grave error de confundir la obligación, con la relación jurídica. En otras palabras, se ha confundido un elemento con la articulación general de todos los demás, lo que da como resultado la relación jurídica. Es decir, se confunde la parte con el todo. La obligación no es la relación jurídica; en cambio, el concepto vínculo jurídico en cuanto que evoca el estado de sujeción del deudor frente al acreedor, de subordinación jurídica, sí es más exacto, aún cuando sea una expresión enérgica del primitivo derecho romano...". (Ob. cit., pg. 12 y 13).

12.- Sobre cuál sea la caracterización fundamental de la relación jurídica en que consiste la obligación, han surgido diferentes tesis, las mismas que, a la postre, constituyen los hitos más sensibles del desarrollo histórico del Derecho de las Obligaciones. Se considera:

1ª *Doctrina*: El vínculo obligacional está dirigido a la persona misma del deudor, de tal modo que éste, en su propia entidad física, soporta ser el objeto de la obligación. Así la situación, el derecho de crédito confiere un poder jurídico absoluto y directo sobre la persona del obligado, análogamente a lo que acontece en el derecho real en que se reconoce a su titular un poder directo sobre la cosa del mismo.

Esta concepción, que es típica del Derecho Romano arcaico, es compendiable en la siguiente expresión: "LA PERSONA DEBE A LA PERSONA".

2ª *Doctrina*: El vínculo obligacional hay que entenderlo dirigido no a la persona del deudor, sino a su patrimonio. La relación obligatoria es relación entre el acreedor, de una parte, y el patrimonio del deudor, de la otra.

Esta concepción inicia el movimiento de reacción contra la inmediatamente anterior, el que ha solido entenderse como de "despersonalización" de la obligación, que encuentra su consumación en la que llamaremos la tercera doctrina.

3ª *Doctrina*: Va mucho más allá que la anterior, pues dice que la obligación representa una simple relación entre patrimonios, independientemente de todo elemento subjetivo. Así, la obligación relaciona, o pone en contacto, el patrimonio del acreedor con el del deudor.

Las dos últimas doctrinas, que bien pudieran nominarse OBJETIVAS O PATRIMONIALES, son resumibles en la siguiente expresión: "EL PATRIMONIO DEBE AL PATRIMONIO, y no ya, LA PERSONA DEBE A LA PERSONA".

Que tiene más prestigio sostener la despersonalización del vínculo obligatorio, es cuestión que el mismo Derecho moderno tolera, al señalar ejemplos de indeterminación del sujeto activo y pasivo de la relación, señalan los sustentadores de las doctrinas patrimoniales. Es decir, ya no son esenciales al vínculo los elementos subjetivos, pues hasta pueden ser indeterminados.

Las doctrinas en cuestión, las patrimoniales, no son del todo invulnerables, pues admiten las siguientes críticas:

a) La despersonalización del vínculo obligatorio no puede tener los alcances concretados por las opiniones expuestas, pues resulta cierto que en Derecho no son concebibles las relaciones jurídicas entre las personas y las cosas (2ª doctrina), o simplemente entre las cosas (3ª doctrina).

Las doctrinas patrimoniales constituyen una justa reacción contra la concepción romana que hizo de la persona del deudor objeto del derecho del acreedor. Sin embargo, llegaron a extremos inadmisibles, tales como hacer de los patrimonios extremos de la relación obligatoria, cuando la reacción ha debido limitarse justamente a aquéllo: impedir que la persona del deudor, en su misma constitución física, fuese considerada objeto del derecho de crédito.

Nuestro Código Civil es un estatuto que repudia las orientaciones patrimoniales, pues es perentorio en señalar que el objeto del derecho de crédito, lo constituye el comportamiento del deudor, que no su persona ni su patrimonio. Así con toda claridad se desprende del artículo 1517, cuyo tenor ya se transcribió en otra oportunidad.

Las expuestas son en el fondo, las mismas críticas que Ruggiero destaca contra los sistemas patrimoniales, al decir:

"Si en definitiva cuando el deudor no cumple la obligación, la ejecución se ejercita por el acreedor sobre el patrimonio de aquél y la satisfacción de su crédito la obtiene con los bienes que integran el patrimonio, no es menos cierto que la relación se constituye entre personas, y que la satisfacción del crédito es debida por el deudor y sólo éste puede realizar la prestación cuando el objeto de la obligación consiste en una acción u omisión de carácter personal y no patrimonial; que si el incumplimiento de una prestación es estrictamente personal lleva como consecuencia una responsabilidad patrimonial, no es sino efecto indirecto de la incoercibilidad del acto, a que el deudor se obligó. El patrimonio no es más que la garantía del acreedor; al patrimonio va dirigido la acción ejecutiva cuando el obligado no cumple voluntariamente la prestación, pero esto precisamente demuestra que en vía normal el vínculo no se establece con los bienes". (Ob. cit., pg. 11).

CAPITULO QUINTO

SUMARIO: 13.- d) Presencia de un interés en el acreedor como cuarto y último elemento individuador de la obligación. 14.- El deudor tiene también un cierto interés peculiar, no ya en la prestación, sino en que el acreedor le reciba su cumplimiento.

Desarrollo:

13.- El último de los elementos fisonómicos de la obligación, consideradas desde el punto de vista del deber jurídico, consiste en la presencia de un interés en el acreedor en la prestación, que bien puede ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial, es decir, de índole cultural, religioso o moral. La distinta naturaleza del interés del acreedor, pone de presente la intención del legislador de dispensar protección jurídica no solamente a los intereses económicos, pues que la obligación no está destinada exclusivamente a satisfacer intereses económicos.

R. Ihering, en su obra ya citada, condiciona la obligatoriedad misma de la convención a la presencia de un interés en el acreedor, cuando afirma:

“No es exacto que toda convención, por ser tal, obligue: no obliga más que cuando la restricción que el que promete se impone aproveche a aquel que la recibe; es preciso que el uno gane lo que el otro sufra; la simple restricción como tal no encuentra protección jurídica; es preciso que esté motivada y justificada por el interés de otro (...). Es preciso, pues, un interés en el contrato para que éste sea obligatorio. No tenemos para que investigar por el momento de que naturaleza debe ser este interés; bástanos esta proposición negativa: sin interés no hay convención obligatoria.

En esta materia, es conveniente precisar un poco más, haciendo el siguiente distingo:

Una cosa es el interés del acreedor en la prestación y otra, bien diferente, el interés que puedan tener terceras personas en el resultado económico del cumplimiento de la misma. En efecto: el interés del acreedor se satisface plenamente con el cumplimiento por el deudor de su compromiso; no se extiende, además, a los resultados prácticos que puedan seguirse de dicho cumplimiento, que es justamente la esfera en donde pueden existir los intereses de terceros.

Un ejemplo aclara la cuestión: En la estipulación para otro, o contrato en favor de terceros, el interés del estipulante, que es una de las partes contratantes, es el fundamental para calificar la obligación del promitente. Dicho interés, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, es asunto sustancialmente distinto del interés propio que pueda tener el beneficiario, pues la prestación del promitente está llamada a cumplir el interés del estipulante y no, el del beneficiario.

El acreedor no está compelido a estipular contratos más que en interés propio, pues, constituye un aserto irrefutable, el de que, en una convención es posible perseguir, además de los intereses propios, intereses extraños. Tal, el caso de los contratos a favor de terceros, o estipulaciones activas, que nuestro Código Civil sanciona con el artículo 1506.

Nada obsta, también, para que en una convención se persigan objetos o fines de interés general; ni aún la circunstancia de que existan órganos especiales instituidos para la gestión de los intereses públicos. Es que, de otra parte, nuestro Código Civil no contiene regla que niegue eficacia a una convención pactada en un interés general o público, y sólo en vista de este interés. Antes por el contrario, existe la disposición general del artículo 16002 del C. C., consagratória del sistema de la autonomía de la voluntad contractual, con base en la cual, es posible arribar a la conclusión de la validez de las convenciones en meros afanes de interés general.

El ordenamiento jurídico garantiza la satisfacción del interés del pretensor mediante la construcción denominada Ejecución Forzada de la obligación, que tiene por función colmar dicho afán. Sin embargo, el indicado no es medio único para la obtención de dicho resultado, ya que, el acreedor puede perfectamente procurárselo mediante el comportamiento del tercero. Así, de modo expreso, lo establece nuestro legislador, en los artículos 1630 y 1610, N° 2. del C. C.

Sin embargo, existe profunda diferencia entre los diversos medios de obtención del resultado previsto. En efecto, mientras la ejecución forzada de la obligación es un instrumento a disposición del acreedor, según el propio ordenamiento legal, lo mismo no acontece respecto del cumplimiento de la prestación por un tercero, pues no hace parte del contenido propio del derecho de crédito, en vista de que, el legislador prácticamente obliga al acreedor a soportarlo. “Puede

pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, *y aun a pesar del acreedor*", estatuye perentoriamente el artículo 1630 del C. C.

Es que, como lo expone tinosamente Larenz, "por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor en la prestación pueda ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, p. ej., mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida por el acreedor. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación". (Ob. cit., pg. 39).

14.- En la prestación también es forzoso reconocer cierto interés en el sujeto pasivo de la relación, claro que de naturaleza distinta al peculiar del sujeto activo. El interés del deudor no está centrado propiamente en la prestación, sino que consiste en que el acreedor le reciba su cumplimiento.

Y es tan cierto que dicho interés existe en el deudor, que incluso el mismo legislador lo protege, haciéndole producir consecuencias jurídicas de la mayor importancia. En efecto: la llamada MORA DEL ACREEDOR es una institución que se fundamenta en la insatisfacción de dicho interés en el deudor, prueba de lo cual se ofrece en nuestro Código Civil, en los artículos 1605, 1739, 1656 y 1883 del citado Estatuto, juntamente con las disposiciones procesales pertinentes.

CAPITULO SEXTO

SUMARIO: 15.- De la tesis alemana del "débito" y "la responsabilidad": su explicación y transcripción de la exposición de los autores alemanes. 16.- De la responsabilidad absoluta y de la responsabilidad limitada. 17.- Ejemplos en que la responsabilidad patrimonial radica en un tercero distinto del deudor. 18.- Ejemplos de débito sin responsabilidad: de las obligaciones naturales. 19.- De los diversos poderes que confiere el derecho personal de crédito: facultad de exigir, de la pretensión, facultad de excepcionar y de disposición del derecho.

Desarrollo:

15.- La doctrina alemana viene insistiendo en la necesidad de distinguir en toda obligación, por el aspecto pasivo, dos conceptos enteramente distintos entre sí, a saber: EL DEBITO, o deuda, o deber jurídico; y la RESPONSABILIDAD.

El débito, denota la situación de absoluta necesidad jurídica en que se encuentra el deudor de cumplir el compromiso. Es el llamado DEBER DE PRESTAR, es decir, de ejecutar la obligación conforme a los precisos términos de su constitución.

A la situación del débito en el deudor, corresponde en el acreedor, la facultad de recibir, bien distinta de la de exigir, como se tendrá ocasión de examinarlo más adelante. Por lo mismo, el débito no faculta al acreedor para accionar contra el patrimonio del deudor, pues toda acción en tal sentido supone previamente la renuncia del obligado a cumplir su prestación. La pretensión del acreedor contra el patrimonio del obligado solamente cobra prosperidad ante el incumplimiento total o parcial en que éste incurre. En resumen, durante la situación del débito, el acreedor no está facultado más que para exigir el cumplimiento prestacional, y nada más que para eso.

La responsabilidad, que es el segundo aspecto de la obligación, consiste en la situación jurídica en que se encuentra el patrimonio del obligado al quedar expuesto a la acción ejecutiva del acreedor. Es que, como lo dicen los propios alemanes, "el crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio".

Esta dicotomía en el análisis de la obligación, la explican los autores alemanes en los siguientes términos, que resulta conveniente transcribir:

A. VON THUR, dice:

“Mientras que la “pretensión” se endereza contra la persona del deudor, de quien el acreedor reclama la prestación, la acción ejecutiva no se dirige, en la mayoría de los casos, contra el propio deudor, sino contra su patrimonio. Caso de que el deudor no cumpla espontáneamente, el crédito hácese efectivo mediante intervención de los órganos ejecutivos competentes, retirando de su patrimonio los objetos adeudados, para entregarlos al acreedor, si es que el crédito recae sobre objetos específicos, o aquellos que sean necesarios para saldar la deuda, entregándose su valor al demandante, si el crédito versa sobre dinero. Si al analizar jurídicamente la obligación no nos limitamos, como es lo frecuente, a la “pretensión” sino que extendemos la mirada a la acción ejecutiva mediante la cual se hace valer, veremos que la definición que del crédito suele darse, como un derecho dirigido contra la persona del deudor, peca de imprecisa. En un primer plano, el objeto del crédito es, evidentemente, el deudor; pero, considerada la cosa a fondo, si el crédito se traduce en una condena por falta de pago, se ve que el verdadero objeto, sobre que versa, es su patrimonio”. (Ob. cit., pg. 10).

ENNECCERUS, a su vez, expone:

“El crédito otorga al acreedor el derecho a exigir la prestación y obliga al deudor a hacerla. Así, pues, de un lado hay un poder exigir y de otro un deber prestar. Pero ambos no son sino aspectos distintos de un concepto unitario que, según acentuemos más el aspecto activo o el pasivo, podemos denominar crédito o deuda. Si el deudor no hace la prestación, el acreedor tiene derecho a dirigirse contra el patrimonio del deudor, derecho que puede ejercitar mediante el auxilio de la autoridad (demanda y ejecución forzosa). Este derecho a dirigirse contra el patrimonio del deudor es una consecuencia del derecho de crédito, sin el cual éste tendría escaso valor, pero no va implícito en el derecho de crédito como contenido inmediato. La palabra “Haftung” (sujeción, responsabilidad, afectación) se emplea en alemán en muy distintos sentidos. Muy frecuentemente significa, como ya hemos visto, el estado de sumisión de un objeto a la agresión del acreedor, y esta sujeción puede referirse a todo el patrimonio mismo (una cosa que pertenece al deudor o una herencia que le es deferida) o también a partes del patrimonio que no pertenecen al deudor (sujeción pignoratícia por deuda ajena)”. ENNECCERUS, “Obligaciones”, Vol. I, 2, pg. 8).

KARL LARENZ, a su turno, comenta:

“El hecho de que todo deudor responda, en principio, por cualquier deuda frente al acreedor con todo su patrimonio, no es natural, sino que descansa en una larga evolución del derecho de obligaciones y del derecho de ejecución. Originalmente, tanto en el Derecho Romano como en el germánico respondía el deudor con su propia persona, y ello en virtud de un contrato especial de responsabilidad, de una especie de autopignoración. En caso de incumplimiento podía el acreedor apoderarse de la persona del deudor, detenerle e incluso venderle en esclavitud. Por consiguiente, el deudor era realmente objeto de la intervención del acreedor, que podía utilizar contra él una coacción directa. Poco a poco dejó sentirse lo inadecuado de tal objetivación de la persona, y en lugar de la responsabilidad de la persona fue apareciendo la del patrimonio del deudor. Desaparece así de la mente de los juristas romanos la “vinculación” del deudor (“obligatio” = vínculo), su sumisión a la voluntad y poder del acreedor, para pasar a primer plano el momento ético del “estar obligado”, del deber (“debe re”). En el Derecho germánico se llevó a cabo una evolución análoga, sólo que aquí fue desde un principio lo primario el momento de la deuda, del deber prestar, que se diferenciaba de la responsabilidad, que era secundaria y exigía un acto especial que la fundamentara. También aquí fue debilitándose la responsabilidad de la persona al ir pasando con el tiempo a integrar la responsabilidad patrimonial. El Derecho vigente no conoce sino la responsabilidad patrimonial; más de modo diferente a lo que ocurría en el Derecho germánico, no precisa un acto especial de fundamentación, sino que está en principio unida a toda deuda, y ello en general como responsabilidad patrimonial ilimitada”. (Ob. cit., págs. 33 y 34).

16.- Lo ordinario es que todos los bienes del deudor, es decir, los existentes al momento de contrarse la obligación, integren la responsabilidad, con excepción de los que por disposición expresa se mantengan ajenos al proceso de la ejecución. Así, lo reconoce en nuestro sistema positivo, los artículos 2488 y 2492 del C. C., en armonía con el 1672, 1677 y 1683 ib. y 1003 y 1004 del C. Judicial.

El principio general de la afectación universal del patrimonio del deudor, está más garantizado al acreedor por el sistema positivo. En el nuestro, se conocen con la expresión de MEDIDAS GENERALES O AUXILIARES DEL DERECHO GENERAL DE PRENDA, todos los medios que el legislador acuerda al acreedor para que éste mantenga

la eficacia de dicha afectación, al permitírsele la reconstrucción del patrimonio del deudor, y aun en ciertos casos, su mejoramiento (confrontar los siguientes textos legales: 820, 1279, 1295, 1451, 1435, 1766, 2491, 2451 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936).

Por excepción, la responsabilidad patrimonial es limitada, es decir, se concreta sobre ciertos y determinados bienes del deudor, tal como acontece, por ejemplo, en el crédito hipotecario o prendario, cuando se ejercita exclusivamente la acción derivante de los gravámenes reales, es decir, la real, por la cual se persigue la efectividad del crédito sobre los bienes especialmente afectos a aquéllos; o en el evento del heredero que acepta con beneficio de inventario (artículo 1304 del C. C.). También, cuando las partes, por estipulación contractual expresa, resuelven limitar expresamente la responsabilidad a ciertos y precisos bienes, pues se trata de un pacto que ofrece todo respaldo en los textos positivos, ya que, con él, no se afecta o compromete el orden público o las buenas costumbres. (Artículo 15 del C. C.).

En tal orden, ostenta toda validez el pacto en virtud del cual acreedor y deudor acuerdan anticipadamente que el proceso ejecutivo, caso de no cumplirse voluntariamente la prestación, se concretará a ciertos bienes específicos, señalándose un sector patrimonial que quedará exento de aquel procedimiento.

17.- De ordinario, el débito y la responsabilidad patrimonial son elementos afirmables en una misma persona: el deudor. Se dan, empero, hipótesis en las que la responsabilidad radica en un tercero, ajeno por completo al deber jurídico prestacional. Son ejemplos de responsabilidad patrimonial sin débito, los siguientes:

a) La fianza, contrato que nuestro legislador define impropiamente como obligación accesorio, "en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

b) La prenda, cuando es constituída por un tercero que es propietario de la cosa pignorada. En este caso, la responsabilidad del tercero se asimila expresamente al bien dado en prenda, a diferencia del ejemplo anterior, en que el fiador compromete la totalidad de su patrimonio. (Artículos 2412, 2413, 2415, 2416 y concordantes del C. C.).

c) La hipoteca, también cuando se constituye por un tercero. Este ejemplo representa la misma caracterización que el anterior. (Cfr. artículos 2439, 2440, 2442, 2450, 2452, 2453, 2454 del C. C.).

d) La constitución de una cláusula penal por terceros para seguridad de una obligación ajena, civil o natural. (Artículos 1529 y demás concordantes del C. C.).

18.- A su turno, puede suceder que exista débito sin responsabilidad, pues para la existencia de la obligación no se precisa la responsabilidad patrimonial, que es lo que acontece, al menos, en nuestro Derecho positivo.

Contrariamente, en el Derecho alemán actual, no hay débito sin responsabilidad, pues, como lo dice Karl Larenz, "...de acuerdo con la concepción actual, todo aquel que asuma una obligación responde, en caso de incumplimiento, con todo lo que le pertenece. El que debe responde también. Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber prestar, pero aquélla sigue a ésta como la sombra al cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo sólo de un deber jurídico moral (lo que para algunos significaría muy poco), sino que corre el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por vía ejecutiva. De esta suerte la "responsabilidad" que acompaña a la "deuda" trasmite a ésta una especie de gravitación". (Ob. cit., pg. 34).

En nuestro Derecho, justamente existe el principio contrario: puede darse débito sin responsabilidad. Lo confirma, el instituto de las obligaciones naturales, con respecto a las cuales cabe lo dicho por Rogina Villegas:

"Puede existir relación jurídica por la simple facultad de obtener, aun cuando no haya facultad de exigir. Tal es el caso de las obligaciones naturales en las que el acreedor puede recibir el pago pero no exigirlo mediante la acción en juicio. Este análisis demuestra que la protección jurídica al derecho subjetivo del acreedor, puede ser absoluta o total cuando tiene la doble facultad de obtener y exigir, o bien, puede ser relativa o parcial, cuando sólo tiene la facultad de recibir el pago, pero no de exigirlo. En ambos casos existe una relación jurídica en sentido técnico y específico. Por lo tanto, no es característica esencial de dicha relación que exista la nota coactiva; es decir, que el aparato coactivo del Estado, como diría Kelsen, intervenga mediante la actio, para la ejecución forzada, bastando

para la existencia del derecho en el acreedor, que haya un deber en el deudor reconocido y protegido por la norma jurídica, de tal manera que el cumplimiento voluntario de la prestación tenga validez y el acreedor pueda y deba recibir y retener lo pagado, sin que exista, por consiguiente, un derecho en el deudor para exigir la restitución". (Ob. cit., pg. 16).

Las condiciones presupuestadas por el comentarista mexicano, se satisfacen plenamente en el ordenamiento positivo colombiano, porque éste consagra los siguientes principios, con respecto a las obligaciones naturales:

a) El pago de la obligación natural es irrepitable, es decir existe imposibilidad para el deudor natural de repetir lo pagado por concepto de la misma. (Artículo 1527, inc. 3º del C. C., puesto en relación con el inc. 2º del numeral 4º del mismo artículo).

b) La posibilidad que tiene la obligación natural de ser reforzada mediante obligaciones accesorias de fianza, prenda, hipoteca y cláusula penal, contraídas que sean por terceras personas, distintas del deudor. (Artículo 1529 del C. C.).

c) La susceptibilidad de ser transformada la obligación natural en obligación civil, mediante la intervención del contrato de novación. (Artículo 1687 y 1689 del C. C.).

Tal como se desprende de la anterior exposición, son varios los poderes que el derecho personal de crédito reserva a su titular, a saber:

a) FACULTAD DE RECIBIR, es decir, de obtener el pago de la acreencia y retenerlo válidamente. Según lo dicho acerca de las obligaciones naturales y de su régimen en derecho colombiano, esta facultad de recibir, es realmente caracterizante del derecho de crédito, entre nosotros, pues no es indispensable con tal fin, el poder de PRETENSION, o facultad de cobro, que se explica a continuación.

b) FACULTAD DE PRETENSION, o facultad de exigir, o de cobro: consiste en el derecho que compete al pretensor, o acreedor, de reclamar el cumplimiento de la prestación adeudada, a falta de un cumplimiento espontáneo por parte del obligado. Este poder de exigir, no puede confundirse con el crédito mismo, pues solamente surge cuando, a más de la existencia del deber jurídico, éste se ha hecho exigible, en virtud del vencimiento del plazo, o del cumplimiento de la condición.

En el sistema alemán, tal como se vio, este poder de pretensión constituye el elemento realmente individuador del derecho de crédito, pues que no teniendo el acreedor tal potestad, el deudor no es responsable, y sin responsabilidad patrimonial no hay obligación.

c) FACULTAD DE EXCEPCIONAR, por cuya virtud el acreedor está autorizado para rehuir el cumplimiento de una prestación por él debida a su obligado, para lo cual se ampara en su propio crédito.

Esta facultad es objeto de expreso reconocimiento en nuestro Derecho; así, dice el artículo 1546 del C. C.: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

d) FACULTAD DE DISPOSICION, por la cual, el acreedor puede disponer jurídicamente de su derecho, mediante formas diversas, a saber: remitiéndolo. (Artículo 1711 a 1713 del C. C.); cediéndolo (Artículo 1959 y ss. del C. C.), o pignorándolo.

BIBLIOGRAFIA

A) Autores Extranjeros

- ALESSANDRI R. ARTURO:
"Teoría de las Obligaciones", desarrollo de Ramón Latorre Z., ed. de 1934.
- BORJA SORIANO MANUEL:
"Teoría General de las Obligaciones", ed. mexicana de 1939.
- ENNECCERUS:
"Obligaciones", Vol. I.
- LARENZ KARL:
"Derechos de Obligaciones", versión española de J. Santos B., 1958.
- GIORGIANNI MICHELE:
"La Obligación". (La parte general de las Obligaciones), traducción de la ed. italiana de Evelio Verdera y Tuells.
- PUIG PEÑA:
"Tratado de Derecho Civil Español", T. IV.
- ROGINA VILLEGAS RAFAEL:
"Derecho Civil Mexicano", ed. de 1951.

RUGGIERO ROBERTO:

"Instituciones de Derecho Civil", trad. de la 4ª ed. italiana por R. Serrano y José Santa Cruz, 1931.

VON IHERING RUDOLF:

"De interés en los Contratos", trad. directa del alemán por Adolfo G. Posada, ed. de 1947.

VON THUR A.:

"Tratado de las Obligaciones", trad. de W. Roces, 1934.

B) Autores Nacionales

DIAZ M. SANTOS N.:

"Curso Didáctico de Obligaciones Civiles Patrimoniales", editorial Revista "Derecho Colombiano".

GOMEZ JOSE J.:

"Derecho Civil, Bienes-Derechos Reales", publicaciones del Externado de Colombia, 1968.

ORTEGA TORRES J.:

"Código Civil", 4ª ed. 1957.

PEREZ VIVES A.:

"Teoría General de las Obligaciones", tercera ed., 1966.

VALENCIA CORREA A.:

"Teoría General de las Obligaciones", 1952.

VALENCIA ZEA A.:

"Derecho Civil", T. III, tercera ed., 1968.

A PROPOSITO DEL LIBRO "EL ABUSO DEL DERECHO"

Lino Rodríguez-Arias Bustamante.

*Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). 198 páginas.
Buenos Aires. 1971.*

El tema sobre el ejercicio abusivo de los derechos tiene tratamiento reiterado y abundante en libros, artículos de revistas, Códigos y leyes especiales, sentencias judiciales, Cursos especializados, etc. Ello se explica porque es tema trascendente, de múltiples derivaciones, conexo. Diría más, porque ofrece oportunidad para colocar el derecho como entre la espada y la pared, exponiéndolo a jugarse por entero.

Podría recordarse aquí que han abordado la materia en referencia especializadas de Derecho Civil, de Derecho Público, de Derecho Procesal, de Derecho Internacional, y de otras ramas, demostrándonos de paso que el tema es multifacético por excelencia.

Pero un sentido unitario del Derecho, a que hoy estamos obligados como nunca, nos señala que las omisiones o defectos advertidos en muchos de los trabajos hasta hoy publicados se subsanan, en buena medida, cuando el tema del abuso del derecho es tratado por civilista notable que luego derivó hacia la "Ciencia y Filosofía del Derecho", para usar las mismas palabras que dan nombre a la obra publicada por EJEA, Buenos Aires, 1961 y que escribiera el mismo Prof. Lino Rodríguez-Arias Bustamante.