



TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

JAIRO E. DUQUE PEREZ

La teoría general de la Obligación es la parte del derecho civil que da cuenta de la vida y trayectoria de las obligaciones desde su nacimiento hasta su extinción. Ella comprende, pues, qué es la obligación, cuántas clases de ellas existen, cómo nacen, cómo se traspesan de un patrimonio a otro, cómo gra-

**Doctor en Derecho de la U. de A.,
Ex-decano de la Facultad de Derecho de la U. de A.,
Profesor Honorario de la U. de A.**

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.1. El derecho privado está constituido por el conjunto de reglas de conducta impuestas al sujeto de derecho en sus relaciones; estas reglas que tienden a coordinar las actividades sociales, están sancionadas coercitivamente por el Poder Público.

Dos clases fundamentales de relaciones jurídicas mantiene el hombre: las que lo vinculan con las cosas de la naturaleza y, las que lo relacionan con sus semejantes. Las primeras, por ser susceptibles de evaluarse en dinero e implicar ventajas patrimoniales, son patrimoniales, (tales son las concernientes a la propiedad y demás derechos reales de éste desprendidos, sucesiones hereditarias, contratos, etc). Las segundas pueden ser extrapatrimoniales o patrimoniales; son del primer orden la existencia y capacidad de las personas físicas o morales, el matrimonio, el parentesco, etc.; y del segundo, las obligaciones.

1.2. El sujeto de dichas relaciones jurídicas ha de ser siempre la persona sea ésta natural o jurídica. El objeto puede ser la persona misma bajo determinadas condiciones como sucede en los derechos de familia, extrapatrimoniales por excelencia; las cosas, relación que da lugar a los derechos reales; y, finalmente, los créditos o actos de las personas, es decir, lo que una persona llamada deudor ha de dar, hacer o no hacer, pudiendo el acreedor exigir el cumplimiento forzosamente.

1.3. En este curso expondremos el derecho de las obligaciones, tomando como tal, los principios generales contenidos en los veinte primeros títulos del Libro 4o. del C.C. y además, los más importantes principios doctrinarios y de otras legislaciones, que tienen relación con nuestras instituciones.

La teoría general de la Obligación es la parte del derecho civil que da cuenta de la vida y trayectoria de las obligaciones desde su nacimiento hasta su extinción. Ella comprende, pues, qué es la obligación, cuántas clases de ellas existen, cómo nacen, cómo se traspasan de un patrimonio a otro, cómo gravitan sobre el patrimonio del deudor, qué medios jurídicos tiene a su alcance el acreedor para obtener la satisfacción de su interés, medidas auxiliares que

le brinda la ley para precaver la insolvencia o mala fe del deudor; y, en fin, su extinción o muerte.

En sentido objetivo el derecho de obligación es la rama del derecho civil integrada por el conjunto de principios y normas que disciplinan los derechos de crédito u obligación, o sea aquellos derechos subjetivos mediante los cuales una persona puede exigir de otra prestaciones de dar, de hacer o de no hacer (Castan: Derecho Civil Español, común y foral, tomo III, 1967, páginas 19 y 20).

Importancia de la teoría general de la obligación.

1.4. Planiol para ponderar la importancia de la teoría general aludida, llegó a sostener que todo problema de derecho se puede formular en estos términos: QUE ES LO QUE TAL PERSONA PUEDE EXIGIR DE TAL OTRA?; es decir, tomando por el lado inverso la relación que los une: A QUE ESTA OBLIGADA LA SEGUNDA PERSONA FRENTE A LA PRIMERA? Es siempre a la verificación de un vínculo obligatorio a lo que se reduce todo problema de derecho, cualquiera que él sea.

Es exagerada esta posición del célebre jurista francés pues en ella se confunde el deber jurídico inmanente en todo el derecho, con la obligación civil que es apenas una manifestación particular de aquél, sin que sea dable atribuirle a ésta la universalidad e importancia que en el campo filosófico caracterizan al deber jurídico.

Limitándonos al campo del derecho civil, la teoría de LA OBLIGACION es de una excepcional importancia doctrinaria y práctica. En efecto, basta una rápida ojeada a cualquier código civil, al nuestro por ejemplo, para advertir que la gran mayoría de sus disposiciones establecen y regulan relaciones de obligación propiamente dicha, o sea relaciones de subordinación jurídica entre personas determinadas. En el derecho de las personas y de la familia son menos las reglas que determinan el estado civil, que las que gobiernan las relaciones obligatorias emanadas de éste; más se ocupa de la ley de los deberes entre los cónyuges o entre padres e hijos de familia, que del establecimiento mismo del matrimonio o de la filiación.

En el derecho de los bienes tiene lugar preponderantemente la adquisición de los mismos, que en un estado avanzado de la civilización se logra por la

transferencia o sea, por enajenación de una persona a otra, debido a que casi todos los bienes se encuentran apropiados (tal enajenación se verifica a través de la conjunción del título y el modo). Por último, todas las legislaciones civiles consagran sus más extensos tratados a la reglamentación de las obligaciones y contratos que son la fuente más actuante y fecunda de éstas.

Desde el punto de vista social la obligación es un instrumento de relación, ya que toda persona necesita de los servicios de los demás; desde el punto de vista económico la OBLIGACION implica la idea de circulación de riqueza mediante el intercambio de servicios, servicios estos que han venido en incesante aumento dada la complejidad de la vida moderna. En las sociedades primitivas se aplica casi sólo el derecho que garantiza la ocupación y la conservación de la riqueza, por lo reducido y rudimentario de la economía y el comercio. Por el contrario, la complicación de la vida social actual y las múltiples necesidades que apareja, dan la primacía al derecho de obligaciones. Cada individuo crea, transforma y extingue diariamente multitud de obligaciones lo que significa que la rama del derecho que a ella se refiere, es la que tiene mayor importancia práctica. (1 y 1 bis).

La teoría general de las obligaciones no tiene su campo de aplicación únicamente en el derecho civil sino que constituye la estructura fundamental en otras ramas del derecho, principalmente, Derecho Mercantil, Internacional Público y Privado y Derecho Administrativo. Por tanto, las normas que regu-

(1) Todas las relaciones pecuniarias que existen entre los hombres, son relaciones de obligación. Todos los días a cada instante creamos obligaciones. "El hombre teje alrededor de sí mismo una red de obligaciones múltiples, que le permiten subsistir y desenvolver su actividad" (Hermanos Mazaud).

(1 bis) *Díez-Picazo*, se refiere a los cambios de naturaleza tecnológica y los cambios en la dinámica de la vida económica y la manera como inciden en el régimen de las obligaciones. Considera que la teoría general de las obligaciones hasta ahora estaba pensada sobre los esquemas de una economía agraria y de una economía de pequeños comerciantes. Pero en la actualidad este sistema ha sufrido una erosión evidente. El tráfico económico vierte en el comercio bienes de consumo masivo, que son géneros que entre sí tienden a diversificarse; entran al tráfico económico, nuevas masas de servicios técnicos que determinan lo que se ha denominado el paso del sector industrial al sector terciario de servicios. Que en la economía moderna se ha producido una inversión de la relación existente entre la producción y el mercado, y en la sociedad de consumo es el mercado quien tiene que adaptarse a las exigencias de la producción. Todos estos datos provocan, un cambio en la teoría tradicional de las obligaciones (Fundamentos del derecho civil patrimonial, pág. 328).

lan en el C.C. esa relación jurídica, son aplicables a todos los derechos de crédito cualquiera que sea la parte del D.C. en que se manifiesten(2).

1.5. Esta teoría tal como se encuentra consagrada en las legislaciones modernas es, en sus líneas generales y aún en la mayoría de sus detalles, el legado más precioso de los jurisconsultos romanos. Sin embargo, sería erróneo afirmar que el derecho contemporáneo de las obligaciones es exactamente el mismo que consignaron las Institutas de Gayo y de Justiniano porque esta materia jurídica, al igual que cualquiera otra institución humana, está sujeta a las transformaciones de la vida social. Así por ejemplo, hay que tener en cuenta, entre otros hechos históricos, que durante la Edad Media Europea se rigió principalmente por un sistema jurídico de raíz germánica que tendió objetivar la relación obligatoria, y que en la misma época, el Derecho Canónico ejerció influencia decisiva sobre todas las manifestaciones del pensamiento, para comprender que estos sistemas dejaron profundas huellas en las legislaciones de los siglos posteriores, como en el Código de Napoleón, y en el Código de Don Andrés Bello adoptado en Chile y en Colombia.

La evolución del derecho de las obligaciones tampoco se ha estancado en las legislaciones modernas. Los descubrimientos científicos, el incremento de la industria y de los transportes, el mayor volumen de las transacciones comerciales, las nuevas concepciones políticas, etc., han provocado honda conmoción en el seno de la teoría de las obligaciones. Manifestaciones de ella son: la aparición de instituciones y teorías completamente nuevas como las de la responsabilidad por el riesgo creado, el contrato de adhesión, el contrato colectivo; el desarrollo de otros conceptos que sólo existían en estado embrionario, tales como los del ABUSO DEL DERECHO, EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, EL ERROR COMUN, LA NORMATIVIDAD DEL ACTO UNILATERAL, y otros; y por último el desarrollo y hasta la desaparición de principios e instituciones, como la mayoría de las atinentes al formalismo de los actos jurídicos. Salvas las anotaciones precedentes, la teoría general de las obligaciones, legada por los jurisconsultos romanos, está dotada de gran firmeza y estabilidad, gracias a su carácter general y abstracto.

(2) En este sentido debe recordarse lo que afirma K. LARENZ: "El derecho de obligaciones no tiene por objeto un sector vital uniforme, como acontece con el derecho de familia, el derecho de sociedades, el derecho laboral o el de arrendamientos urbanos" (Derecho de obligaciones, T. I., 13).

Generalidad de la teoría.

1.6. El Código Civil vincula la teoría de las obligaciones a los contratos, lo cual se explica porque éstos son la fuente más fecunda de aquéllos; los actos ilícitos y la ley ocupan bajo este aspecto un lugar mucho menos importante.

Pero conviene observar que esta teoría es general, en el sentido de que ella tiene aplicación no sólo en materia de contratos y delitos, sino también como ya se anotó, en los derechos reales, en el derecho de familia y en el derecho de sucesión.

1.7. El concepto de obligación civil y sus elementos. Las Institutas de Justiniano daban la siguiente definición de obligación, tenida por clásica: "OBLIGATIONUM EST JURIS VINCULUM QUO NECESSITATE ADSTRINGIMUR ALICUJUS SOLVENDAE REI" (La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa); a la cual se agregaba: "SECUNDUM NOSTRA CIVITATES JURE", refiriéndose al derecho local, o sea al derecho civil.

Paulo (Digesto, Lib. 44, título VII, Ley 3), precisa más el objeto de la obligación indicando que puede consistir en dar, hacer o no hacer: "OBLIGATIONUM SUBSTANTIA. . . , IN EO CONSISTIT . . . UT ALIUM NOBIS, OBSTRINGAT AD DANDUM ALIQUID, VEL FACIENDUM, VEL PRAESTANDUM". Es decir, la sustancia de la obligación consiste. . . en que costringa a otro a darnos, hacernos o a prestarnos alguna cosa".

A pesar de que nuestro C.C. no define la obligación, de sus disposiciones se deduce que el anterior es el concepto que tiene de ella; lo mismo puede decirse de la doctrina contemporánea.

1.8. El derecho romano primitivo desconoció el concepto abstracto de obligación; sólo contempló la situación del "obligado" que fue la de un ciudadano sui-juris que tiene que trabajar como esclavo en casa de su acreedor, o como dice Díez-Picazo "el obligatus, no es un deudor sino una persona dada o entregada como rehen para asegurar que el deudor cumplirá aquello que debe". La obligación era un vínculo de persona a persona y los derechos patrimoniales eran nexos puramente materiales y concretos que unas veces recaían sobre las cosas (jus in-re), y otras sobre la persona obligada (jus in-personam).

El derecho de crédito nació pues bajo la forma de un derecho de dominación, primero sobre la persona y luego cuando se cumpla la evolución que anotaremos en seguida, sobre los bienes del obligado.

El deudor y acreedor se consideraban ligados por un nudo o nexo que la ley amparaba de manera rigurosa. De aquí se deducían consecuencias singulares; así, no se podía transmitir el crédito, porque no era indiferente al deudor la persona del acreedor, y tampoco se podía transmitir la deuda porque implicaba romper precisamente el vínculo personal.(2a).

Al cumplimiento de la prestación respondía el deudor con su propio cuerpo, con su misma vida. Cuando no cumplía podía ser conducido al otro lado del Tíber y entregado a los acreedores, quienes podían cortarlo en pedazos y distribuirse proporcionalmente, sus despojos. Claro está que este principio, consagrado en la Ley de las XII Tablas, sólo pudo mantenerse con semejante rigor en una época anterior a la civilización. Con la Ley Poetelia Papiria del año 428 antes de Cristo (otros la ubican en el año 326 de nuestra era), empezó a morigerarse el mentado rigor pues no se mataba al deudor cuando incumplía sino que se le reducía a esclavitud. Poco a poco la obligación pierde su viejo carácter de vínculo físico para convertirse en vínculo jurídico ideal. A partir de la ley aludida que al decir Tito Livio fue saludada por el pueblo romano como la iniciación de una nueva libertad, la responsabilidad del deudor por incumplimiento de la obligación, ya no se hacía efectiva sobre su persona sino sobre su patrimonio: pecuniae creditae bona debitoris corpus obnoxium esset (2b).

Debe reiterarse que la Ley Poetelia Papiria no puso fin a la sumisión personal del deudor; sólo en el 388 d.C. se abolió dicha dependencia, a pesar de que perduró de hecho con posterioridad.

(2a) La descomposición etimológica de la palabra "obligación" pone de presente ese carácter material del nexo. "OB" preposición de acusativo que significa por, a causa de, alrededor de; y LIGATIO (de ligo, ligas, ligare) que significa ligar, atar, amarrar. OBLIGACION significa pues, ligar o atar alrededor de.

(2b) Es indudable que antes de la Ley Poetelia el efecto de sujetar la persona misma del deudor al poder del acreedor, implicó una mayor relevancia del ELEMENTO RESPONSABILIDAD frente al mero DEBER JURIDICO. Por esto apunta con gran precisión Roca Sastre "que la relación de obligación no era vista por el lado del deber, sino por el lado de la responsabilidad; fue preciso que la civilización jurídica aumentara para que se impusiera la idea de débito o deber y quedara la responsabilidad en segundo término, como sanción del nexo de la obligación" (Op. cit., pág. 162).

En estas fases de evolución, el elemento personal de la obligación se va atenuando y se destaca el patrimonial. Se hace posible la ejecución coactiva sobre el patrimonio del deudor, primero mediante la enajenación total de sus bienes (bonorum venditio), y después mediante la enajenación de elementos patrimoniales en particular (bonorum distractio) proceso este último que termina por generalizarse después de haber nacido al comienzo del Imperio con carácter excepcional de privilegio.

Según Rotondi, (3) la ejecución individual sobre los bienes particulares no se efectúa hasta el 529 d.C., cuando se introduce la imposibilidad de la prenda como consecuencia de una sentencia condenatoria. Y el remedio antiguo de la enajenación total del patrimonio del deudor ya sólo se realizará en el evento de procedimiento colectivo de varios acreedores insatisfechos, en caso de insolvencia del deudor.

Con ello se viene a destacar el elemento patrimonial de la relación y a extinguirse el elemento personal que no se considera sino como una limitadísima importancia. En efecto, abolido también el arresto personal por deuda, el sujeto deudor no responde de las obligaciones contraídas más que con su patrimonio, con la prestación ejecutada voluntaria y coactivamente, o a través del resarcimiento de los daños en caso de incumplimiento, y solamente en supuestos excepcionales acompaña a la ejecución coactiva sobre el patrimonio, la sanción personal de carácter penal (insolvencia fraudulenta y quiebra, en cuanto a los comerciantes).

De conformidad con la evolución anotada, podemos definir la obligación como la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada DEUDOR, queda sujeta a otra llamada ACREEDOR, a una prestación o a una abstención normalmente de carácter patrimonial, que el primero puede exigir del segundo (4).

(3) "Instituciones de Derecho Privado", pág. 312.

(4) Todos los autores están acordes en definir la obligación como una relación o vínculo jurídico. Tomamos al azar estas definiciones: "El derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra llamada deudor, la ejecución de una prestación determinada positiva o negativa y susceptible de evaluación pecuniaria" (Bonnecase).

De Josserand: "La obligación o derecho personal, es una relación jurídica que otorga a una o varias personas la posición de deudores frente a otra u otras que desempeñan el papel de

La prestación puede ser positiva o negativa, y consiste en DAR, HACER, o NO HACER alguna cosa.

La obligación de dar (dare) consiste exclusivamente en hacer tradición de un derecho real en una cosa. La forma jurídica como se cumple o paga es por la tradición.

Dar en derecho significa transferir el dominio o constituir o traspasar un derecho real. La compraventa, el mutuo, la donación entre otros contratos generan obligaciones de dar. Todo hecho positivo que pueda servir de objeto a la obligación y que no sea DAR, constituye el soporte de la obligación de HACER. La de entregar una cosa sin desplazar dominio, es obligación de hacer. El arrendamiento produce obligaciones de hacer para el arrendador, y para el arrendatario de dar (pagar el precio).

La obligación de no HACER entraña una conducta omisiva del deudor, abstenerse de ejecutar un hecho en beneficio del acreedor. Ejemplo: cesión de una patente de invención comprometiéndose el inventor a no revelar el secreto. Venta de un establecimiento comercial con obligación de no hacer competencia.

1.9. El derecho de crédito, según la definición procedente de obligación, es bien diferente del derecho real. Ambas categorías de derechos subjetivos forman parte del patrimonio, pero tienen fisonomía propia.

La relación obligacional enfrenta necesariamente a dos sujetos: el acreedor titular de una facultad que le permite exigir del deudor determinado acto de conducta; en cambio, en el derecho real no se da dicha relación sino que el titular de la facultad está en inmediata y directa relación con el bien

acreedores y respecto de las cuales están obligadas a una prestación, ya positiva (obligación de dar y hacer), ya negativa (obligación de no hacer).

Baudry-Lacantinerie: "La obligación en el sentido jurídico de la palabra puede definirse como un vínculo de derecho por el cual, una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa".

Pothier: "La obligación es un vínculo de derechos que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa".

objeto del derecho; por esto se dice que es un poder jurídico total o parcial sobre una cosa determinada con cargo de ser respetado por todos.

Según la doctrina clásica dichas categorías de derechos son irreductibles, es decir, el derecho real es por su naturaleza absolutamente diferente del personal; no existe una simple diferencia en cuanto a los caracteres específicos, sino también en cuanto a los esenciales.

En el derecho real el poder jurídico se ejerce directamente sobre el bien sin que el titular necesite recurrir al sujeto pasivo, como es de esencia en el derecho personal. Baudry Lacantinerie extremando este concepto, llegó a decir que el derecho real es una relación directa e inmediata entre una persona y una cosa (5).

Ha resultado fallido hasta ahora, el intento de Planiol de unificar dichos derechos que él reduce o explica por los elementos del derecho personal. Encuentra en el derecho real los mismos ingredientes del personal: sujeto activo determinado (titular del derecho), sujeto pasivo indeterminado (toda persona distinta del titular) y una prestación consistente en la obligación negativa que tiene toda persona de no perturbar los derechos de los demás.

Del mismo modo los autores alemanes que ubican esa unificación en el terreno del derecho real y consideran al derecho personal como un simple derecho real sobre la universalidad de los bienes del deudor, no han logrado despersonalizar el derecho creditual y confunden lamentablemente el carácter accesorio del derecho personal, (garantía patrimonial) con su nota esencial que es, inmodificablemente un acto de conducta del deudor, en favor del acreedor (6).

(5) En el opúsculo de Rojina Villegas "Derechos reales y personales" se encuentra un estudio muy preciso de estas dos categorías de derechos y de las distintas tesis que se han expuesto en el afán de unificarlos (escuelas monistas) o de mantenerlos como dos categorías perfectamente separables, de derechos subjetivos (escuelas dualistas).

(6) Saleilles, Jallu, Gaudement y Gazin, son los más connotados tratadistas que sostienen dicha unificación. A propósito de la obligación dicen que lo que importa en esta relación, no es la persona del deudor, sino el patrimonio, y que la eficacia de la obligación está en que exista un patrimonio solvente, por lo cual el derecho de crédito propiamente tiene valor cuando puede ejecutarse en un patrimonio. Por tanto, la única diferencia secundaria para ellos, que existe entre el Derecho real y el personal es la siguiente: en tanto que en el derecho real el titular ejerce un poder jurídico sobre una cosa determinada, en el personal tiene un poder jurídico sobre un patrimonio. Hay diferencia sólo en el objeto del derecho.

1.10. Elementos. En primer lugar la obligación es un vínculo jurídico, no un vínculo material como se la concibió primitivamente, por cuanto la ley lo sanciona con "acciones" diferenciándose así, notablemente, del simple deber moral. Además, se pone de presente que no queda sometida a la discreción del deudor, la obligatoriedad del compromiso.

Se pretende reemplazar la expresión en comento por la de relación jurídica, pues se considera que la idea de vínculo jurídico correspondía al concepto de la obligación primitiva en el derecho romano. Esta substitución es absolutamente desafortunada ya que se confunde la obligación con la relación jurídica; o, como dice Rojina Villegas, se ha confundido un elemento con la articulación general de todos los demás. (7) y (7 bis).

Este vínculo como ya quedó anotado en la evolución del concepto de obligación, no se dirige a la persona misma del deudor directamente, sino a un acto suyo que ordinariamente tiene para el acreedor contenido patrimonial; claro que en caso de que el deudor no erogue voluntariamente dicha conducta, el titular del crédito tiene medios coactivos que el Estado utiliza en su nombre, para remover la negativa de aquél; esta coacción se dirige al patrimonio del obligado.

Es indudable que este vínculo restringe la libertad del sujeto de derecho; por esto, según la tesis individualista imperante al momento de redactarse el C. de Napoleón inspirador del nuestro, la obligación aparece como una institución jurídica de excepción, esto es, como una restricción a la libertad individual.

Consecuente con lo anterior, la persona que se comprometía a dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra, restringía temporalmente su libertad en beneficio de otra persona; se coloca al arbitrio del acreedor, a tal punto que si en vez de limitar su libertad temporalmente lo hiciera de manera absoluta, venía a caer en la esclavitud.

(7) El citado autor hace una muy amplia explicación de este error en su obra Introducción al Estudio del Derecho, y posteriormente en Derecho Civil Mexicano, tomo Quinto, obligaciones V. 1o.

(7 bis) La relación jurídica indica *commensura*, la respectiva posición de *poder* de una persona y de *deber* de otra u otras personas. El poder y el deber que integran la relación han sido establecidas por el ordenamiento jurídico para tutelar un *interés*. (F. Santoro Passarelli - Doctrinas Generales del Derecho Civil, pág. 67).

Esta teoría que consagró la Revolución Francesa como reacción contra los abusos del régimen del absolutismo, está en franca crisis ante la creciente intervención del Estado en las relaciones de obligación. El derecho moderno cada día se va alejando más del dogma de la autonomía de la voluntad; el "Estado prestador de servicios públicos" y con un sinnúmero de cometidos de contenido de protección a los débiles, sustituye al "Estado gendarme" preocupado tan sólo por garantizar una fementida igualdad de las personas en aras de los derechos naturales e inalienables con que éstas llegan a la sociedad.

Sujetos. Es imprescindible el elemento subjetivo ya que toda obligación es deber jurídico de una persona en favor de otra. El sujeto activo es el acreedor (de credere, creditum, creer, tener confianza) llamado así porque hace fe en el deudor, cuenta con su fidelidad en el cumplimiento del compromiso. El sujeto pasivo o deudor, es quien debe satisfacer la prestación.

Acreedor y deudor pueden ser una o muchas personas (artículo 1495 del C.C.).

Existen teorías que pretenden despersonalizar la obligación y demostrar que los sujetos no son elementos imprescindibles de ella. Parten de la base de que el derecho moderno acepta el cambio de acreedor y deudor, a diferencia del derecho romano que no toleraba tal cambio subsistiendo la misma relación inicial, pues toda mutación o alteración en dichos sujetos extinguía la obligación por novación. El error de esta tesis es manifiesto: una cosa es que la obligación no pueda existir sin sujetos y otra muy distinta, que estos sujetos puedan ser desplazados activamente o pasivamente, por terceros que asumen la posición originaria de aquéllos. El admitir la substitución subjetiva indica precisamente, que no puede haber un instante en la obligación sin la existencia de dichos sujetos (8).

(8) Distinto de ese concepto objetivo de la obligación, sustentado principalmente por autores alemanes, es en nuestra opinión la facilidad con que la obligación circula en el tráfico jurídico, dada la separabilidad de los iniciales sujetos de ella. A este respecto es ilustrativo el siguiente párrafo de la reciente obra de Lino Rodríguez Bustamante ("Derecho de Obligaciones", pág. 340). "La obligación se desliga de la personalidad de las partes que de ella constituye sus términos, y deviene una relación jurídica susceptible de un valor patrimonial, independiente de las personas entre las cuales se establece. Así la obligación llega a ser, como dice Donello, un objeto de cambio, un valor susceptible de enajenación".

Respecto de la determinación de los sujetos existe una tendencia en la doctrina civil que hace de ella uno de los elementos esenciales de la obligación (9).

Se ha reconocido sin embargo, que el sujeto activo y el sujeto pasivo pueden ser determinados o simplemente determinables en el momento de nacer la obligación, pero siempre deberán determinarse en el momento de exigir el acreedor el derecho o en que se cumpla el deber jurídico.

En la "promesa pública de recompensa", "promesa pública de venta", "documentos al portador" y otras específicas formas de declaración unilateral de voluntad, el acreedor está indeterminado en el momento en que la obligación nace; pero necesariamente habrá de determinarse para incorporar a su patrimonio, el respectivo derecho.

El sujeto pasivo parece que necesariamente debe determinarse desde el surgimiento del deber jurídico, pues toda obligación debe ser a cargo de alguien y este alguien debe determinarse. Sin embargo, hay casos en que la determinación de dicho sujeto puede presentarse con posterioridad al nacimiento de la obligación. En el legado que hace el testador en beneficio de un tercero y a cargo del heredero, no desaparece la obligación de pagarlo por la no aceptación o repudiación del heredero; lo mismo puede decirse de la obligación que nace del hecho ilícito ejecutado por varias personas que aún no se han descubierto: existe obligación con indeterminación inicial del sujeto pasivo.

1.11. Como elemento objetivo figura la prestación u objeto. Por tal se entiende como ya lo advertimos, la conducta positiva o negativa del deudor en favor del acreedor, con prescindencia de la cosa a que dicha conducta se refiere y que le sirve de soporte material.

El objeto del derecho tanto objetivo como subjetivo en esta específica clase de derecho creditual, es siempre conducta humana bajo las formas de prestación o de abstención.

Conviene aclarar que "objeto" de la obligación no se emplea en la misma acepción que en el derecho de propiedad y en general, en los derechos reales

(9) Valencía Zea., Obligaciones. T. III, pág. 18.

que corresponde a la idea de *cosa corporal*. El contenido objetivo de la obligación consiste en *actividad* del deudor y se denominaba en el derecho romano con la expresión "*prestare que equivalía "a toda especie de ventaja que el deudor debía procurar al acreedor"*".

1.12. Descomposición analítica de la obligación. *i*

Interesa precisar las facultades que comporta el crédito, para su titular; y la sujeción que entraña por el aspecto pasivo, para el deudor. Hemos visto muy de paso, que se debe separar el propiamente denominado deber jurídico del obligado que recae sobre una especial conducta suya, de la responsabilidad patrimonial en que incurre cuando no satisface voluntariamente la prestación.

Pacchioni advierte que la obligación comienza con una relación de deuda constituida por dos términos correlativos: a) el deber del deudor concebido como un estado de presión psicológica en que se coloca por virtud de la norma jurídica que le exige el cumplimiento de la prestación; y, b) la legítima expectativa del acreedor definida como el estado de confianza jurídica en que se encuentra de recibir la prestación por el solo hecho de que le es jurídicamente debida. Hasta aquí no interviene ningún concepto de sanción ni de garantía.

La segunda relación se integra con un estado de sometimiento, sea de la persona del deudor (derecho romano primitivo), ya de una o varias cosas o de todo su patrimonio (derecho evolucionado), y del correlativo derecho del acreedor de hacer efectivo aquel sometimiento con el fin de llegar al cumplimiento de la prestación debida.

Estas relaciones fueron inicialmente advertidas por los autores alemanes, (9 bis) quienes se valieron de dos términos de su idioma para precisarlas.

(9 bis) Los que inicialmente las delimitaron fueron Von Amira seguido de Brinz y Gierke según Roca Sastre (Estudios de Derecho Privado, Madrid 1948, pág. 163). El derecho germánico anotado Alfonso de Cossio (Instituciones de Derecho Civil 1, pág. 202) se resistió tenazmente a admitir esta concepción patrimonial de la obligación: partía por el contrario, de la idea de que su incumplimiento constituía un delito que sometía a su autor y a las personas de su linaje, a la venganza del ACREEDOR. Solamente por vía patrimonial podía el deudor sustraerse a la venganza, mediante la llamada COMPOSICION, es decir, a través de la entrega al acreedor de unos determinados bienes en que se había fijado con éste el precio de la PAZ. Consuetu-

Con la palabra SCHULD se refieren al simple sometimiento del deudor, a la deuda misma (DEBITO) considerada como la obligación en que está de realizar la prestación (10), y con la palabra HAFTUNG denominan la responsabilidad patrimonial esto es, el poder del acreedor en el patrimonio del obligado para la realización del crédito.

Para comprender mejor la bifurcación de la relación obligacional, tomo textualmente de Enneccerus el siguiente párrafo:

“El crédito otorga al acreedor el derecho a exigir la prestación y la obligación impone al deudor el deber de hacerla. Así pues, de un lado hay un poder de exigir y de otro un deber de prestar. Pero ambos no son sino aspectos distintos de un concepto unitario que, según acentuamos más el aspecto activo o el pasivo, podemos denominar DEBITO 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 un contenido inmediato. La palabra HAFTUNG (sujeción, responsabilidad, afectación) se emplea en alemán en muy distintos sentidos. Muy frecuentemente significa, como ya hemos dicho, el

dinariamente se fueron estableciendo COMPOSICIONES para cada clase de posibles infracciones e imponiéndose las mismas incluso contra la voluntad del ACREEDOR. Por otra parte, se acudía también al expediente de vincular determinados bienes al cumplimiento de las obligaciones, afectándolos a una responsabilidad especial, que excluía la persona del deudor.

Esta idea llevó a parte de la doctrina a distinguir entre la DEUDA (DEBITO), es decir, la prestación efectiva que el deudor debía llevar a cabo, y la RESPONSABILIDAD o, lo que es lo mismo, la afectación de su patrimonio o de parte de él para el solo supuesto de que pudiera producirse el incumplimiento de aquella deuda. (Instituciones de Derecho Civil VI, pág. 202). Deuda y responsabilidad son separables conceptualmente, en principio el obligado DEBE y RESPONDE al mismo tiempo, de manera que en la obligación normal están unidos ambos elementos. Da sin embargo, como caso atípico de débito sin responsabilidad, el de la obligación MODAL pues en ella la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento está sustituida por la *revocabilidad* del negocio modal.

(10) El DEBITO (relación de puro débito) es una relación jurídica en virtud de la cual el deudor tiene frente al acreedor el deber jurídico de cumplir la prestación y el acreedor tiene por su parte, frente al deudor, la expectativa de recibir la prestación; pero el deber del deudor no está dotado de sanción para el caso de incumplimiento y la expectativa del acreedor no puede hacerse valer contra el deudor coactivamente.

estado de sumisión de un objeto a la agresión del acreedor y esta sujeción puede referirse a todo el patrimonio del deudor o a ciertas partes integrantes del 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 pignoraticia por deuda ajena).(11).

1.13. La relación jurídica de crédito da origen a dos facultades de orden distinto en el acreedor: a) Facultad de recibir, retener o conservar la prestación; y, b) Facultad de exigirla. A su vez, la relación jurídica de obligación contemplada desde el punto de vista del deudor, impone a éste dos situaciones jurídicas diversas: a) el deber jurídico a cargo del obligado; y, b) la responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento a cargo del mismo deudor o de un tercero.

Someramente expliquemos.

La facultad de retener la prestación le da al acreedor derecho de oponerse a la acción de repetición que promueva el deudor para recuperar la prestación pagada; es ella el fundamento de la excepción opuesta a dicha acción de repetición.

La facultad de exigir consiste en el derecho que el acreedor tiene de promover la intervención estatal, a través del órgano jurisdiccional, para lograr la satisfacción de su interés cuando el deudor no cumpla espontáneamente.

Lo corriente es que estas dos facultades concurren en una misma relación de crédito y que el sujeto activo de ella pueda simultáneamente, exigir y retener la prestación voluntariamente pagada. Pero puede existir la relación jurídica de crédito por la simple facultad de recibir sin facultad de exigir, lo que sucede por ejemplo, en las obligaciones naturales ya que el acreedor puede retener la prestación voluntariamente pagada por el deudor a pesar de que carece de acción para lograr su cumplimiento judicial. (artículo 1.527 del C.C., inc. 2o).

(11) Citado por Rojina Villegas, op. cit., pág. 17.

En el mismo sentido se expresa A. Von Thur. Valencia Zea en el tomo 3o. de su obra, págs. 39 a 40, hace una muy aceptable explicación entre esta integración del DEBITO y la RESPONSABILIDAD.

En las obligaciones naturales no se podría explicar su carácter de relaciones jurídicas si no fuera porque el derecho protege al interés del acreedor para recibir y retener lo pagado, aún cuando no protege dicho interés como facultad de exigir mediante la acción en juicio. En ellas existe pues, la relación jurídica: hay débito y por ende, deber jurídico de prestar con la facultad de recibir en el acreedor. Este criterio permite diferenciar la relación jurídica de la relación moral o social (12).

Contempla la relación por el aspecto pasivo, encontramos el deber jurídico del deudor, es decir, el acto especial de conducta que debe observar frente a su acreedor el deber de prestación y la responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento. Pero estos aspectos no son correlativos y bien puede suceder que no estén indisolublemente ligados en la misma relación jurídica sin que por ello deja ésta de tener vigencia. (12 bis). En las obligaciones naturales se presenta el deber jurídico sin responsabilidad ya que la no realización de la conducta debida no trae aparejada la coacción (acción); y en las obligaciones para garantizar deudas futuras, bien sea con fianza, prenda o hipoteca, tenemos casos de responsabilidad patrimonial, sin que exista el deber jurídico del deudor (13).

(12) Rafael Rojina Villegas en su obra citada (pág. 16) deduce de lo anterior la siguiente conclusión: "No es característica esencial de dicha relación (la obligación) que exista la nota coactiva; es decir, que el aparato coactivo del Estado como diría Kelsen, intervenga mediante la acción, para la ejecución forzada".

(12bis) La diferencia entre DEUDA Y RESPONSABILIDAD, sólo sirve, según opina PUIG BRATAU, para describir algunos casos en los que, lejos de existir un deudor personal sin responsabilidad patrimonial o un responsable con su patrimonio sin ser deudor personal, lo que verdaderamente existe es la NORMAL COINCIDENCIA de ambos elementos en el sujeto pasivo de la relación, sin perjuicio de que no coincidan los momentos de quedar perfeccionado el vínculo obligatorio y de quedar determinada la cuantía de la prestación o de ser ésta exigible. (Fundamentos de Derecho Civil. T. I, volumen II, pág. 20).

Albadalejo, citado por el anterior autor, dice que a pesar de que los dos componentes del vínculo obligatorio —deuda y responsabilidad— son separables conceptualmente en principio el obligado DEBE Y RESPONDE al mismo tiempo, de manera que en la obligación normal están unidos ambos elementos. Da sin embargo, como caso atípico del débito sin responsabilidad, el de la obligación MODAL, pues en ella la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento está sustituida por la *revocabilidad* del negocio modal.

(13) Michaele Giorgianni en su obra "La Obligación" niega la anterior teoría y sostiene que el fenómeno de la responsabilidad no puede considerarse como parte integrante y autónoma de la estructura de la obligación. Por otra parte para él la obligación natural no es deber jurídico sino moral.

LUIS DIEZ—PICAZO y ANTONIO GULLON, consideran que si fue cierto que en períodos históricos anteriores la DEUDA y la RESPONSABILIDAD han podido funcionar separadamente, se podía deber y no ser responsable o se podía ser responsable sin deber, en el derecho moderno no ocurre así. La deuda y la responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que NO CONSTITUYEN RELACIONES JURIDICAS AUTONOMAS Y DISTINTAS. La responsabilidad solo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. NO EXISTE RESPONSABILIDAD SIN PREVIO DEBER, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, constituye bajo una y otra forma un caso de responsabilidad.

De esta manera NIEGAN que en las obligaciones naturales se pueda dar el caso de DEBER JURIDICO sin RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, ya que para ellos (en lo que siguen a Giorgianni) la obligación natural NO CONSTITUYE UNA RELACION JURIDICA, sino un deber moral o social (En Colombia la obligación natural SI ES DEBER JURIDICO).

En cuanto a los casos de RESPONSABILIDAD SIN DEBER según los ejemplos de obligaciones para garantizar deudas futuras, dicen que en rigor "el garante está también obligado bien en grado subsidiario, bien al propio nivel que el propio deudor. El artículo 2361 del C.C., equivalente al 1.822 del español, dispone que por la fianza una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para el acreedor a CUMPLIRLA EN TODO O EN PARTE, si el deudor principal no la cumple. EL FIADOR ES PUES UN OBLIGADO AL PAGO; y sólo en defecto del pago del deudor principal, debe cumplir.

Para Jors-Kunkel, según lo anota Roca Sastre, los dos elementos débito y responsabilidad, dogmáticamente vistos forman una unidad orgánica: la deuda no pagada engendra la responsabilidad "La concepción primitiva cuya idea del derecho es la de un complejo de relaciones dominicales, ve, predominantemente, el momento de la responsabilidad; la concepción más avanzada de tiempos posteriores, que concibe el ordenamiento jurídico como un sistema de derechos y deberes, se fija con preferencia en el débitum en el deber".

Deuda con responsabilidad limitada.

Es posible que, en lugar de gozar el acreedor de un poder de agresión contra todo el patrimonio de su deudor cuando incumple el deber que pesa sobre él,

como lo estatuye el artículo 2488 del C.C. quede aquél circunscrito a ciertos y determinados bienes. Pero aquí estaríamos ante una cobertura incompleta de la deuda y no ante una disociación entre la deuda y la responsabilidad.

1.14. Patrimonialidad de la prestación.

Para la existencia del vehículo jurídico obligatorio es necesario (presupuesto sine qua non) la patrimonialidad de la prestación; o, para decirlo con más precisión, debe corresponder el objeto de la obligación a un interés pecuniario del acreedor?

Consideran algunos autores que la obligación tenía necesariamente carácter patrimonial en el derecho romano, apoyados en un pasaje de las fuentes mismas: "ea enim in obligatione consistere, que pecunia lue praestari que possunt" (14), cuya traducción libre sería: "El objeto de la obligación no puede ser más que una prestación de valor económico". (15).

De entrada se precisa distinguir el interés del acreedor en la prestación, de la prestación misma; pues como lo advierte Scialoja, "el haber confundido ésta en aquél, ha sido la causa, de las discrepancias y dificultades que en tal materia se observa" (16) y (16 bis).

(14) Fr. 9, No. 2, D. 40, 7).

(15) Rudolf Von Ihering, en su conocidísimo opúsculo "Del interés en los contratos" rechaza el texto citado del que dice que es inadecuadamente referido por los autores empeñados en sostener esa tesis. Afirma por el contrario, que el propio derecho romano protegía no sólo los intereses materiales, tales como el bienestar, la comodidad, las diversiones, el placer, en una palabra, los goces exteriores de la vida; sino también a los llamados intereses ideales, como el sentimiento religioso que se vicia mediante la profanación de una tumba, protegido mediante la "actio sepulcra", y el sentimiento de familia. Y concluye con el siguiente párrafo que refleja su pensamiento sobre este interesante asunto: "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 puedan llegar a participar de esa protección, más que por la vía indicada, esto es, haciéndolos derivados del patrimonio. Esos bienes tienen el mismo derecho que el patrimonio a presentarse ante el Juez para ser protegidos por sí mismos; son además, indispensables para la vida de un pueblo civilizado, y desde el momento que el contrato esto es, el principio de la organización autónoma individual de la vida, es admitido con relación al patrimonio, no se advierte porqué han de ser menos los referidos bienes? La policía y la justicia criminal no protege sólo el patrimonio; extiende sus brazos a tutelar a todos los bienes sin los cuales la vida civil, es imposible".

(16) Diritto delle obbligazioni (Lez, 1898-99, págs. 45, 73).

Es pues, mirando la relación obligacional desde el ángulo del acreedor y no del deudor, como el problema pueda plantearse, ya que pasivamente la obligación necesariamente gravitará sobre el patrimonio del obligado y en caso de que éste se niegue a verificar el pago, el acreedor podrá obtenerlo por equivalencia sobre sus bienes. Ubicado así el problema, no queda duda que la obligación, por el aspecto del sujeto pasivo, siempre es patrimonial; pero contemplada por la fase activa no siempre comporta para el acreedor un interés económico (17).

Sialoja dice: "Solo la prestación debe tener carácter patrimonial, mientras el interés del acreedor puede no ser patrimonial".

El legislador no protege sólo intereses patrimoniales, sino también intereses de otra naturaleza, dada la infinita variedad de las necesidades del hombre; y la obligación como instrumento jurídico para conseguir dicha prestación, no puede escapar a ese principio.

Este punto es un simple aspecto de uno más amplio: el carácter y contenido mismo del derecho civil. Si éste — y de consiguiente el Código que es su más alta y completa expresión — se limita a reglar la vida económica, la actividad de los negocios y la faz de los intereses pecuniarios de la colectividad, no es posible dudar acerca de lo improcedente de que la prestación obligatoria en una convención entrañe valor patrimonial. Si por el contrario, el código civil no es un código de DERECHO PRIVADO ECONOMI-

(16bis) Es muy preciso, por establecer la distinción anotada, el artículo 1.174 del C.C. italiano que dice: "la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial del acreedor".

(17) Esto es en líneas generales lo mismo que sostiene RUGGIERO, en el siguiente párrafo de su obra: "el problema surge en todos los casos en que la obligación, la prestación se halla constituida por un hecho que no tenga en sí y por sí, directa o indirectamente, un valor patrimonial: un hecho que tenga sólo un valor moral o espiritual, y que por ende, no sea susceptible, según los usos ordinarios de la vida social, de ser reducido a una suma de dinero. NO SE PRESENTA EL PROBLEMA CUANDO AUNQUE EL VINCULO OBLIGUE A UN HECHO DE TAL INDOLE, LAS PARTES LE HAYAN ASIGNADO PREVIAMENTE, DE MODO DIRECTO O INDIRECTO, UN VALOR PATRIMONIAL, esto ocurre siempre que la prestación, que por sí no tenga carácter económico, pueda ser sustituida por otra que lo posea, o cuando el acreedor para asegurarse la prestación no económica, estipule una pena para el caso de incumplimiento. La obligación con el sustitutivo o con la pena, ya ofrece carácter patrimonial.

CO, como dice Colmo,(18), sino un código de la entera vida civil (económica, social, cultural, etc.) entonces la solución adversa debe ser admitida.

Esta solución es sin duda la más aceptable. La vida no es una suma de relaciones económicas. Por importantes que éstas sean sobre todo en países nuevos como el nuestro, existen otros valores que definen la semblanza de un pueblo, y que necesariamente desbordan los meros intereses materiales, para constituir centros de interés que el derecho tutela.

Rojina Villegas distingue la clase de obligación y su fuente para indicar en cada caso, la patrimonialidad de la prestación. Así:

a) Obligaciones de dar. Estas tienen siempre carácter patrimonial, independiente de su fuente, sean contractuales o extracontractuales, 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. Es necesario con respecto a éstas, distinguir la fuente de la obligación. Las que nacen de una fuente extracontractual tienen un notorio contenido patrimonial, con exclusión de las provenientes de la declaración unilateral de voluntad, que pueden tener o no, contenido pecuniario.

Como ejemplo cita 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, que tienen necesariamente, un contenido económico para el acreedor. Cuál es la razón para que estas obligaciones sean patrimoniales? La causa obedece a que se trata de obligaciones en las que no interviene libremente la voluntad del obligado, de tal manera que no puede existir la gran variedad de objetos que pueden estipularse en las obligaciones contractuales. En la obligación no contractual no hay libertad para escoger en la infinita variedad de hechos que pueda prestar el deudor al acreedor; se trata de obligaciones muy concretas que la ley ha ido regulando para cada fuente especialísima, y que dado su carácter concreto consisten en dinero o en un hecho de carácter patrimonial indiscutible.

(18) De las obligaciones en general, pág. 24.

c) Obligaciones de hacer y no hacer que nacen del contrato o de la declaración unilateral de voluntad. Únicamente con respecto a estas obligaciones se presenta el problema de la patrimonialidad, es decir, sólo respecto de ellas puede la obligación tener o no contenido patrimonial, según la voluntad que anime a las partes del contrato o a quien hace la declaración unipersonal de voluntad. Esto en razón de la autonomía de voluntad que domina el acuerdo de voluntades y las figuras de declaración unilateral de voluntad. Dice textualmente Rojina Villegas: "Cuando en el contrato las partes estipulan libremente dentro de la autonomía de la voluntad cualquiera prestación o abstención, el derecho protege esa autonomía de las partes, cuya voluntad expresada libremente en el contrato se transforma en una voluntad de querer en el acreedor. El acreedor sí es protegido por el derecho cuando de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los contratantes, el deudor sí quiere obligarse a prestar un hecho de carácter espiritual, y esta libre convención faculta al acreedor para que su voluntad de exigir el hecho, sea protegida por el derecho".

A pesar del poder de convicción que tiene la tesis en comento, y no obstante la aceptación de la tutela jurídica de intereses distintos a los patrimoniales, en nuestro derecho positivo resulta discutible la aceptación de esa teoría.

En efecto, los artículos 1517 y 1518 del C.C., que a grandes rasgos disciplinan el OBJETO DE LA OBLIGACION, exigen que éste debe consistir en cosas (bienes, pues las cosas requieren apropiación y sólo así son objeto del derecho) comerciales lo que significa indudablemente patrimoniales. No puede limitarse el requisito dicho a la sola prestación de dar, pues la "cosa" en la relación obligacional se refiere a la especial conducta que asume el deudor en favor del acreedor con prescindencia de la cosa material que es como quedó dicho, el soporte del objeto jurídico de la obligación (19).

(19) Esta tesis que resulta novedosa entre nosotros, está muy bien fundamentada en la monografía de grado del doctor Darío Duque P., de la que tomo: "La exigencia que destaca el legislador en el artículo 1518 del C.C., 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 genera, de la obligación; y no, simplemente a las cosas materiales 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. 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 otro requisito más, intrínseco, de la prestación misma?"

El carácter patrimonial del contenido de la prestación (que es requisito sine qua non para que ella pueda traducirse en una indemnización pecuniaria por inejecución) se debe buscar en el funcionamiento del resarcimiento del daño.

Si la prestación no tuviera valor pecuniario no sería posible el resarcimiento pecuniario del daño que la ley pone como sanción del incumplimiento de la obligación.

Según Micheli GIORGIANNI el carácter PECUNIARIO DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO producido por incumplimiento de la obligación debe ser valorable pecuniariamente para que pueda ser resarcido.

Pero la PECUNIARIDAD DEL DAÑO no se puede remontar a la pecuniaridad de la prestación que constituya el contenido de la obligación cuyo incumplimiento ha producido el daño, ya que puede haber daño patrimonial que proviene de la violación de una obligación NO PATRIMONIAL como son los daños derivados de la ruptura de los desposorios o PROMESA DE MATRIMONIO, daños que la ley italiana declara resarcibles en parte (En Colombia según el artículo 110 del C.C., la violación de la promesa de matrimonio no da ocasión o nacimiento a la acción de perjuicios, por ser dicha promesa un hecho privado que la ley somete exclusivamente el honor y conciencia del individuo).

Por el contrario, la violación de una obligación de contenido patrimonial puede producir DAÑOS NO PATRIMONIALES o perjuicios morales subjetivos (que también es cierto se indemnizan pero esto no es propiamente INDEMNIZACION sino una especie de compensación: con dinero o pan las penas son más llevaderas).

1.15. Definida la obligación y someramente contemplados algunos asuntos con ella concernientes, es oportuno establecer las características que la diferencian de las obligaciones morales y deberes sociales. Estas características son:

1o.) HETERONOMIA. Según el diccionario de la Real Academia dícese heterónimo del “que está sometido a un poder extraño que le impide el libre desarrollo de su naturaleza” de lo que podemos colegir, que la obliga-

ción es heterónoma por serle impuesta al sujeto pasivo quien se encuentra bajo el poder jurídico del acreedor (20).

Las obligaciones que nacen del acto jurídico, esto es decir, por la voluntad concurrente de las partes, o por la sola declaración unilateral de voluntades, se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez creadas tienen vigencia independiente del arbitrio del obligado; lo que significa que ya no depende de la voluntad del sujeto pasivo cumplirlas, o por mejor decir, someterse a las consecuencias jurídicas de su cumplimiento.

El deber moral a diferencia de la obligación jurídica, es autónoma en su creación y en su vigencia, pues “solo obliga en la medida en que el individuo le de asentamiento, en decir, lo valora positivamente; a la conciencia de cada uno queda diferida la aceptación y observancia” (21).

2o.) BILATERALIDAD. El sujeto pasivo está sometido al sujeto activo; frente al deber del obligado está la facultad del acreedor. Es simplemente bilateral cuando crea exclusivamente deberes para un sujeto pasivo y derechos para un sujeto activo, como ocurre en los contratos unilaterales; pero puede ser doblemente bilateral cuando al mismo tiempo crea derechos y obligaciones para ambas partes; tal sucede en los contratos bilaterales.

Las normas jurídicas en general son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o concede derechos correlativos de obligaciones

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 esperan 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 se sirve el artículo 1518 tantas veces citado. “(LA OBLIGACION CIVIL”, págs. 34 y 35).

(20) Según García Maynez conducta heterónoma es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña.

(21) Carlos Gaviria D., Introducción al Estudio del Derecho. (Tesis de grado, pág. 20).

(22); o como dice la doctrina española "la obligación es una situación bipolar" porque es la correlación del deber del deudor y el derecho del acreedor.

La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes.

La bilateralidad del derecho, anota Luigi Ferri, no significa otra cosa sino la correlación de derecho y deber, es decir, la RELACION JURIDICA. Y, por consiguiente, no sólo del deber nace siempre el derecho, sino que el derecho nace solamente del deber: "Keine Rechte ohne Pflichten" (Engisch). En el terreno jurídico el deber es siempre hacia otro, y este otro tiene siempre la facultad correspondiente. Por el contrario la moral considera el deber en sí mismo: "Die moral kennt nur Pflichten Keine Anspruche", escribe Radbruch (La Autonomía Privada, páginas 248-249).

3o.) COERCIBILIDAD. La obligación jurídica es coercible porque dentro del sistema jurídico existe un procedimiento para obtener la ejecución forzada de la prestación ante la renuencia del deudor a verificar el pago; o como dice García Maynez, la obligación jurídica es coercible porque es susceptible de cumplimiento no espontáneo; en tanto que la obligación moral debe cumplirse espontáneamente y por ello es incoercible.

La coercibilidad comprende tanto a las obligaciones civiles como a las naturales a pesar de que éstas no son susceptibles de exigirse coactivamente; basta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico pueda consagrar dicha coacción, para que se tenga por coercible la obligación (23).

(22) León Petrasizky resume admirablemente esta característica de las normas jurídicas que las diferencian de las morales, diciendo que los preceptos del derecho son normas IMPERATIVO-ATRIBUTIVAS; y las de la moral son puramente IMPERATIVAS. Las primeras imponen deberes y, correlativamente, conceden facultades; las segundas imponen deberes, más no conceden derechos. (Citado por García Maynez en Introducción al Estudio del Derecho, pág. 16). Este carácter de la obligación lo consagra el artículo 497 del C.C. Argentino. Estatuye: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal".

(23) Rojina Villegas cita tres grandes categorías de obligaciones jurídicas que aún no son coactivas pero sí coercibles por la posibilidad de que el derecho establezca vías adecuadas para imponer su exigibilidad, son ellas: a) Las obligaciones naturales que estudia el derecho civil; b) Las obligaciones que impone el derecho público o los altos órganos del Estado y, c) Las obligaciones que estatuye el derecho internacional público a cargo de los Estados. En estos tres casos no existe elaborado todavía un procedimiento de ejecución forzada que nos permita decir que estas obligaciones son coactivas, pero es creciente la tendencia del derecho a consagrar dichas vías. Por esto se dice que son coercibles.

Las obligaciones morales son incoercibles porque jamás podrá pretenderse, dentro de la moral, un procedimiento futuro de ejecución forzada. Como dice el citado autor, quien pensase convertir los deberes morales en deberes coercibles, en ese mismo momento estaría transformando la obligación moral en obligación jurídica, o pretendiendo una contradicción misma dentro de la lógica del sistema moral.

4o.) EXTERIORIDAD. Siguiendo la tesis de Kant, hoy objeto de gran controversia, se ha sostenido que a diferencia de la moral la cual reclama ante todo la rectitud de los propósitos, el derecho limítase a prescribir la ejecución, puramente externa, de ciertos actos, sin tomar en cuenta el lado subjetivo de la actividad humana. Para el derecho la obligación jurídica es externa: basta su cumplimiento en los términos de la norma sin tomar en cuenta para nada el dato interno, en cuanto a las convicciones, propósitos o sentimientos del sujeto.

La obligación moral es INTERNA ya que su cumplimiento no se logra con la sola adecuación externa del acto a la norma, sino sobre todo en la pureza de las intenciones.

5o.) PROCESO GENETICO. El derecho ha elaborado un proceso genético determinado para el nacimiento de las obligaciones. En la moral, en la religión y en las reglas del trato externo, no se tiene un proceso genético definido ya que los supuestos que van originando deberes de ésta índole principalmente sociales, están cambiando constantemente y no son clasificables.

6o.) EFICACIA. Sólo puede hablarse de eficacia de las obligaciones jurídicas porque el derecho establece supuestos o requisitos de validez de la obligación; la nulidad es consecuencia de la inobservancia de determinados requisitos exigidos en el sistema normativo. El derecho es el único que precisa cuáles son esos requisitos, cuya inobservancia produce nulidad. En la moral todavía no se precisa ante qué supuestos las obligaciones morales son válidas o ante qué supuestos serán nulas.

7o.) TRANSMISIBILIDAD. Las obligaciones jurídicas, pueden desplazarse por activa o por pasiva de un sujeto a otro sin que la relación jurídica se extinga. Esta transmisión puede verificarse por acto entre vivos o por causa de muerte, salvo especiales casos de obligaciones personalísimas. Las obligaciones morales, religiosas y sociales, son intransmisibles porque toman

en cuenta la individualidad del sujeto, o características propias o exclusivas del obligado.

8o.) PATRIMONIALIDAD. Quedó analizado en el número anterior (1.14) que las obligaciones jurídicas tienen la posibilidad de ser reducidas a dinero contemplándose desde el punto de vista del deudor. Las obligaciones morales, religiosas y sociales no son patrimoniales.

9o.) DURACION. Es elemento esencial de la obligación jurídica ser temporal, porque tiene una vigencia determinada en el tiempo, no así las obligaciones morales. Los deberes de conciencia no duran un mes o un año por ejemplo, sino que existen permanentemente mientras formamos parte de una agrupación humana, o subsistan ciertos hechos o supuestos que toma en cuenta la moral para imponerlos.

10o.) PRESCRIPTIBILIDAD. Sólo las obligaciones jurídicas pueden extinguirse por el transcurso del tiempo, salvo algunas determinadas por la ley. Pero en cambio, las obligaciones morales y religiosas son imprescriptibles, es decir, el tiempo no las extingue. Sólo el desuso extingue las obligaciones sociales.

11o.) FORMALIDAD. En las obligaciones jurídicas existe la forma como elemento de validez de las mismas. Hay obligaciones jurídicas formales y consensuales; estas últimas no requieren determinada forma. En cambio, la formalidad no es elemento de las obligaciones morales, religiosas o sociales. Para las obligaciones religiosas y sociales existen, sin embargo, determinadas solemnidades y en esto hay un punto de contacto con el derecho.

12o.) NATURALEZA DE LOS SUJETOS. Las obligaciones jurídicas pueden ser a cargo de personas individuales o personas jurídicas (colectivas como las denomina la doctrina). Las obligaciones morales se imponen a personas individuales, a seres humanos, ya que ellas dependen de la conciencia del sujeto.

CAPITULO II

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Raimundo Emiliani Román, hace un estudio muy completo de las fuentes en página 41 y ss. de su obra "Conferencias de Obligaciones".

2.1. Por fuente se entiende todo hecho generador de la relación obligaciones. Los jurisconsultos romanos denominaban "causa" a la fuente de la obligación; pero esta palabra designa en el derecho moderno, el "motivo" o "razón de la obligación" es decir, no la fuente del compromiso sino la razón impulsora de la voluntad del obligado.

Gayo, el primero que se ocupó de las fuentes de las obligaciones de una manera completa, dice que las obligaciones derivan del contrato o del delito (ex contractu, ex maleficio).

El delito era sobre todo, la fuente esencial, porque los contratos en aquella época eran poco numerosos mientras que las violaciones de la ley causaban daños a terceros y generaban por ende, la obligación de resarcirlos.

Poco a poco aparecieron otras fuentes que se equipararon a las anteriores, surgiendo las categorías accesorias de los cuasicontratos y cuasidelitos. En las Institutas ya figuran estas cuatro categorías. Finalmente se agregó como quinta fuente "la ley", que aparece por primera vez en las obras de los glosadores. Esta fuente era la que creaba ciertas obligaciones que no provenían de las otras, como la de prestarse alimentos entre los cónyuges.

Esta clasificación fue seguida por Pothier y en general, por los civilistas de los siglos XVIII y XIX, y aceptada por el C. Francés de 1.804 y por nuestro estatuto civil tal como se desprende de los artículos 1494 y 34 de la Ley 57 de 1.887.

Las legislaciones modernas no enuncian fuentes de obligaciones dejan al criterio del juzgador y de la doctrina, su estructuración. Así sucede en los códigos Alemán, Suizo y proyecto Franco-italiano de obligaciones.

Dos tendencias prevalecen sobre fuentes: la que tiende a simplificarlas y la que la deja en las categorías tradicionales. Planio por ejemplo, las redu-

✓ ce a dos: a) el contrato (acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor); y b) la voluntad omnipotente de la ley.

Tener el contrato como fuente autónoma es sostener que la voluntad por sí sola, con prescindencia de la ley, tiene poder suficiente para crear obligaciones lo que no es cierto, puesto que los contratantes al celebrar el pacto no disponen de una autonomía originaria, sino delegada por la ley. La vida del contrato como concreción de un poder de voluntad absolutamente soberano e incontrolado, ha desaparecido ante la creciente intervención estatal en las relaciones privadas.

Josserand, autor que se afilia a la segunda tendencia, suministra la siguiente nomenclatura de las fuentes que se ha tenido por la doctrina como muy completa.

- ✓ a) Los actos jurídicos: que comprende el contrato (actos de formación bilateral) y los compromisos unilaterales (actos de formación unipersonal).
- ✓ b) Los actos ilícitos (delitos y cuasicontratos como el pago de lo no debido).
- ✓ c) Enriquecimiento sin causa (que comprende algunos cuasicontratos como el pago de lo no debido).
- ✓ d) Ley.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón consideran que es posible encontrar dos fuentes o grupos de fuentes de las obligaciones.

✓ Dicen: "La primera es la AUTONOMIA PRIVADA entendida como poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas; la segunda fuente está constituida POR LA SOBERANIA DEL ESTADO, creando entre los particulares relaciones obligatorias, sin contar para ello con la voluntad de éstos.

Dentro de la primera fuente incluyen en primer lugar EL NEGOCIO JURIDICO y el más típico de ellos que es el contrato; en segundo lo que la doctrina denomina CUASI-CONTRATO. En la misma línea se puede incluir

también la que denominan CONDUCTA SOCIAL TIPICA: por el hecho de adoptar un determinado comportamiento nace una obligación, cualquiera que sea o haya sido la voluntad del individuo (v. gr. subirse a un autobús, o cuadrar un taxi en sitio adecuado: oferta de servicios).

En el segundo grupo de fuentes es decir, cuando la sola soberanía del Estado es la que impone el deber jurídico, se incluyen en primer lugar LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, cuya consecuencia es la constitución excepcional de una relación privada INTER PARTES (por ejemplo en los denominados contratos dictados-arrendamientos forzosos del derecho alemán); en segundo lugar los actos emanados del PODER JUDICIAL dentro de un proceso (v. gr. venta en pública subasta, etc.; condenación en costas, etc.).

El último capítulo de las fuentes de las OBLIGACIONES está constituido por aquellas obligaciones que puede decirse que nacen directamente, o bien de los hechos legalmente reglamentados. Pueden agruparse en dos zonas diversas: En la primera se incluyen todas aquellas que vienen a restablecer un equilibrio patrimonial roto como consecuencia de un ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, un gasto, una lesión, un daño o un perjuicio. Son pues, por regla general, obligaciones de REPARACION, indemnización o restitución. El segundo grupo está formado por aquellas obligaciones que nacen de un hecho o de una situación de CONTACTO SOCIAL, que de acuerdo con los criterios y juicios de valor imperantes, imponen obligaciones a las personas que encuentran (v. gr. obligación de alimento entre parientes).

Sistema de Derecho Civil. Volumen II, páginas 94-95.

2.2. Postura aceptable.

Toda obligación encuentra su verdadero fundamento en una norma jurídica, y ningún hecho físico o humano por sí solo, puede ser considerado como fuente autónoma de efectos jurídicos. Por este aspecto no dudamos en tildar de erróneas la teoría clásica y la mayoría de las modernas, que elevan ciertos hechos o instituciones (como el contrato, el delito, el enriquecimiento sin causa, etc.) a fuentes independientes de obligaciones.

De otro lado la ley por sí sola tampoco se puede considerar como fuente incondicionada de obligaciones, dado que toda norma jurídica es "hipotética" y su aplicación presupone necesariamente la existencia de una situación de

hecho (situación jurídica) constituida por un acto jurídico, por un hecho jurídico, o por la combinación de unos y otros. Pecan por ende, las tesis que erigen la ley como fuente complementaria de obligaciones al lado del contrato, del delito, del cuasi-delito, dando a entender que cuando no interviene ninguno de estos hechos jurídicos, la obligación surge por su solo ministerio.

De este defecto se resiente el artículo 1494 del C.C. al estatuir que "las obligaciones nacen por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia", pues se olvida el legislador que aún en este caso, la norma supone la existencia de una situación de hecho proveniente del matrimonio (acto jurídico) y de la filiación (hecho jurídico).

Es obligado consecuencia de lo que se dice, que no debe hacerse especial mención de la ley como fuente de obligaciones por ser este factor constante y necesario en la producción de cualquier efecto jurídico. Por esto aceptamos la opinión de Valencia Zea cuando dice: "Cuando se habla de fuente de la obligación se hace referencia a los hechos directos, actuales o próximos que pueden engendrar una obligación. La ley es fuente remota de cualquier obligación; tanto de las que nacen del contrato, como de las que nacen del ilícito" (24).

Teniendo en cuenta la ley como factor constante en la creación de la obligación y considerando a la vez desde el punto de vista de la dinámica jurídica, que las consecuencias de derecho se producen por la realización de la hipótesis normativa por hechos o actos jurídicos, es dable hacer la siguiente breve clasificación de las fuentes obligacionales:

- a) El hecho jurídico y la ley; y
- b) El acto jurídico y la ley. (25).

(24) Derecho Civil, Tomo III, pág. 55.

(25) Esta clasificación se apoya en la de Bonnacase, quien se expresa así: "El acto y el hecho jurídico tienen sólo una función: poner en movimiento una regla de derecho o una situación jurídica. Precisamente ya que esta noción era idéntica, con la salvedad de que mientras el autor del acto jurídico tiende directamente y en forma reflexiva a la aplicación de una regla de derecho, el autor del hecho jurídico la sufre. Pero la función así considerada del acto y del hecho jurídico, es una función inmediata e invariable. Además de esta función, rigurosamente necesaria y abstracta, tienen funciones mediatas y contingentes que se traducen por

2.3 Dentro de la noción general de hechos jurídicos, se comprenden los estados jurídicos, como situaciones permanentes que vienen a condicionar un estatuto legal, para producir múltiples consecuencias de derecho entre las que puede encontrarse, en ocasiones, las relativas a la creación de obligaciones.

Rojina Villegas hace una clasificación de actos y hechos jurídicos que reviste gran importancia, frente a la función REALIZADORA de la norma legal para la producción de obligaciones. Presentamos dicha clasificación:

- a) Actos jurídicos.
 - 1. Contrato. 2. Testamento. 3. Declaración unilateral de voluntad. 4. Actos de autoridad (sentencia, secuestro, adjudicación, remate y resoluciones administrativas).
- b) Hechos jurídicos.
 - I) Hechos naturales: 1. Hechos simplemente naturales. 2. Hechos naturales relacionados con el hombre.
 - II) Hechos del hombre: 1. Hechos voluntarios lícitos; gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y responsabilidad objetiva. 2. Hechos voluntarios ilícitos: delitos dolosos, delitos culposos, incumplimiento de las obligaciones, culpa contractual en sentido estricto, recepción dolosa de lo debido, abuso del derecho, posesión de mala fe, y accesión artificial de mala fe. 3. Hechos involuntarios. 4. Hechos contra la voluntad.

2.4. Noción de cada una de las fuentes.

Entre las fuentes que surgen por la realización de la ley por el acto jurídico, la más actuante es sin duda alguna, el contrato.

el nacimiento de diversas situaciones jurídicas. Al mismo tiempo estamos obligados a adelantar que las obligaciones, ya deriven de actos o de hechos jurídicos, encuentran su origen en la ley, erigida por tanto en fuente suprema de las obligaciones. El mecanismo jurídico constituido por estas dos nociones técnicas, tiene por objeto inmediato la aplicación de la ley, sin que pueda tener otro. Las situaciones jurídicas que de ella se derivan son sus consecuencias mediatas, ya se trate de obligaciones o de derechos reales". Elementos de Derecho Civil, págs. 399 y 401.

El contrato es en el derecho colombiano, acuerdo de voluntades para crear obligaciones; tal es su única finalidad jurídica y económica. En el Código Francés el contrato es además modo traslativo de dominio; pero entre nosotros, salvo los casos excepcionales del contrato de mutuo, prenda y renta vitalicia en los que se precisa para la perfección del pacto, la tradición de la cosa (en la prenda se tramita el derecho real de prenda ya que el bien sigue en el patrimonio del deudor), sólo produce obligaciones. (26) y (26 bis).

El principio de la autonomía de la voluntad privada que consiste, como se ha venido recalando, en atribuir a los particulares suficiente poder para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, encuentra en el contrato su más fecunda aplicación ya que la ley no asume, por regla general, una actitud dispositiva, imperativa frente a los contratantes, sino que más bien procura reconocer y amparar las manifestaciones de voluntad de éstos, interpretándolas o supliéndolas cuando sean oscuras o ambiguas.

A pesar de la gran intervención que despliega el estado en la vida contractual hasta el extremo de suplantar en algunos tipos "contractuales" la voluntad de las partes, puede decirse aún que salvo aquellos casos en que la ley por motivos de interés práctico dispone otra cosa, nadie adquiere ni pierde un derecho sino por su propia voluntad.

En algunas legislaciones como la Italiana y Argentina, además de la función creadora de obligaciones tiene el contrato la finalidad de traspasar, extinguir o modificar derechos. En Alemania se habla también de los contratos

(26) En el C. francés el contrato tiene un doble efecto. Efecto obligatorio (crea obligaciones); y efecto real trasmite los derechos reales. Lo anterior se ha considerado como un perfeccionamiento del derecho, que es una "desmaterialización" del acto traslativo; pero los H. Mazeaud encuentran que tiene inconveniente frente a terceros porque al declararse la nulidad de la venta por ejemplo, caerían todos los actos o transmisiones. En Alemania se retorna al sistema romano, lo mismo que en nuestro derecho, y se distingue entre el acto traslativo que se denomina CONTRATO REAL; y el contrato por el que las partes se han obligado. El primero es válido, con independencia de la validez del segundo (H. Mazeaud, pág. 46, p. 2a. V. I.).

(26bis) En el C. de Co. el contrato es acuerdo de dos o más partes "para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial" (art. 864).

extintos o liberatorios de los que es especie el "cumplimiento de la obligación más propiamente denominado 'Negocio Solutorio'" (27).

Según el artículo 1495 del C.C., "contrato o convención, es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer alguna cosa". Se equiparan los términos contrato y convención que en técnica jurídica son diferentes; la convención tiene una finalidad más amplia que la del contrato, pues no sólo genera derechos sino también tiene la misión de extinguirlos, traspasarlos o modificarlos. Es pues, un término genérico; en tanto que el contrato es específico y se aplica sólo a la convención que produce obligaciones.

2.5. Cuasicontrato. La noción de cuasicontrato como fuente autónoma de obligaciones, nació de una confusión de los intérpretes del derecho romano. Había casos en que la equidad y la utilidad imponían que surgieran obligaciones de hechos que no constituían propiamente contrato, y las acciones correspondientes para lograr su efectividad se parecían a las que nacen del contrato. La acción nacida de la gestión de negocios se semeja a la proveniente del contrato de mandato, y la tendiente a la recuperación de la prestación pagada en "el pago de lo no debido", a la surgida del contrato de mutuo. De esta manera nació el cuasicontrato, que como fácilmente se advierte, es totalmente diferente del acuerdo de voluntades.

Es un hecho unilateral lícito que produce efectos unilaterales o bilaterales. Es considerado por la doctrina moderna, como "monstruo legendario" y no tiene justificación alguna ya que las figuras que encierra bien pueden comprenderse dentro de otras fuentes (enriquecimiento sin causa, o actos de formación unilateral).

2.6. Delito. Es el hecho ilícito cumplido con intención de dañar que origina un perjuicio a otro a consecuencia del cual su autor tiene la obligación de resarcirlo.

(27) Según el artículo 1.137 del C. Argentino hay contrato "cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a regular sus derechos". Por tanto, el contrato como cualquier otro acto jurídico, puede tener por objeto "crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

Por su parte el artículo 1321 del C. italiano dice: "El contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial".

2.7. Cuasidelito. Es también un hecho ilícito que ha causado perjuicio o daño a otro, pero ejecutado sin intención, en forma involuntaria. Surge para el autor la obligación de repararlo.

2.8. La ley. Con la salvedad que ya anotamos, en algunos casos la ley, sin necesidad de un hecho previo, instituye o establece la obligación.

En el curso especial se estudiará el contrato como fuente de obligaciones. Conviene tener presente desde ahora, algunas nociones que habrán de ampliarse en aquella ocasión.

2.9. Para que haya contrato se requieren los siguientes requisitos:

a) Acuerdo de voluntades; b) Causa contrahendi negotio (ánimo de crear obligaciones); y, según cierto sector doctrinario, intereses opuestos a las partes, requisito éste rechazado por la generalidad de la doctrina y por nuestra legislación que considera a la "sociedad" como contrato a pesar de la coincidencia de fines que anima a los socios a sumar esfuerzos.

Otros juristas consideran como "contrato" sólo a los actos jurídicos que crean obligaciones de efecto temporal o transitorio. Por este motivo no sería contrato, por ejemplo, el matrimonio, la adopción y la sociedad anónima convenios éstos llamados a regular situaciones duraderas. (28).

(28) Los H. Mazeaud estiman que es de la esencia del contrato ser ajeno a los derechos de la personalidad. En tal virtud niegan que el matrimonio y la adopción tengan dicho carácter, ya que son acuerdo de voluntades que no crean a título principal, más que derechos de la personalidad.

Del mismo parecer es J. Carbonier quien dice: "El matrimonio no constituye una especialidad contractual más; es la fuente misma de la familia, del estado de los esposos y de la filiación. Precisamente por esto se le considera como "institución" entendiendo por tal UN TODO ORGANICO, ALGO ASI COMO UN CUERPO SOCIAL QUE DESBORDA LA ESFERA DE LAS VOLUNTADES INDIVIDUALES" (Derecho Civil Francés, T. I, V-II, págs. 16 a 20). En contra de esta tesis Alessandri considera el matrimonio como contrato, argumentando "del matrimonio, por ejemplo, que es igualmente un acuerdo de voluntades celebrado con fines extrapatrimoniales, podrán derivarse efectos patrimoniales, como el derecho a suceder, el derecho de alimentos; pero el fin del acto no es crear obligaciones patrimoniales, sino morales".

2.10. Fundamento de la obligatoriedad del contrato.

Este punto relacionado con la Filosofía del Derecho, ha originado distintas tesis. Veamos someramente algunas.

1a.) La obligatoriedad del acuerdo de voluntades es exigencia de la vida social. Es imperativo que el ser social contrate para cumplir ineludibles necesidades de intercambio de bienes y servicios. Con este razonamiento se explicaría no sólo la obligatoriedad de la norma contractual, sino la de todas las normas jurídicas.

2a.) Bentham recurre al concepto de utilidad o interés individual que impulsa al hombre a ser fiel a las promesas y compromisos. Es más útil a las partes cumplir el compromiso que violarlo; en el primer caso conservan su crédito y en el segundo, nadie querrá contratar con ellas.

3a.) Puffendorf basa la obligatoriedad en un pacto social tácito según el cual cada hombre se compromete frente a los demás, a guardar fidelidad a la palabra dada.

4a.) Para Kant en la limitación que la persona impone a su propia libertad, sujetando una parte de ésta al otro contrayente que se la apropia.

5a.) Giorgi recurre al concepto de la veracidad: estando el hombre obligado a decir verdad y a obrar en conformidad con ella, tal deber le alcanza incluso cuando manifiesta su voluntad de obligarse.

6a.) De estos conceptos, relacionados más que todo con aspectos sociales del hombre (como la existencia del pacto social tácito de Rousseau, etc.), hay que remontarse a uno más elevado que explica propiamente la vinculación del contrato: la unidad de la voluntad contractual.

Según Ruggiero (29) las voluntades aisladas de los contratantes en el momento en que declaradas coinciden, pierde cada una su propia autonomía y al fundirse dan lugar a una nueva voluntad unitaria (voluntad contractual) que es la que regirá, dentro de la esfera preestablecida, las relaciones entre las partes sin que éstas puedan sustraerse a ella.

(29) Citado por Alessandri. Obligaciones, pág. 21.

2.11. El contrato como norma jurídica.

La doctrina civil dominante suele estudiar el contrato como mero proceso creador de obligaciones (se le considera como acto jurídico ejecutor de la ley) sin tener en cuenta su aspecto de norma jurídica individualizada, es decir, como resultado de ese proceso.

Hoy se impone la consideración de ambos aspectos y con respecto al segundo, cabe analizar en él, los mismos ámbitos de validez de la norma jurídica general esto es decir, el ámbito material, el temporal, el espacial y el personal.

Para Kelsen toda norma jurídica se presenta en el derecho, con excepción de la norma fundamental, como aplicación de una norma superior y a la vez, como creación de una norma nueva o distinta. Así por ejemplo, la ley es aplicación de la Constitución, pero es a la vez, en sí misma, una norma. Lo mismo se dice del contrato: como aplicación de la ley sustantiva se concreta en fuente de obligaciones y derechos. Esta es precisamente la fase considerada por los civilistas, y de la que más aplicaciones prácticas hace la doctrina pues le permite a las partes crear libremente derechos y obligaciones. Pero el resultado del proceso creador de tales derechos y obligaciones, es igualmente fecundo en consecuencias jurídicas y permite la unificación del estudio de la norma jurídica.

Es que, como lo asegura el padre de la escuela vienesa, si la convención tiene fuerza obligatoria y su efecto consiste en obligar a los contratantes a la realización de una conducta a la que anteriormente no estaban obligados, ello significa que la convención ha creado una norma que no existía antes de la conclusión del contrato". Las partes se "convierten en órganos accidentales del Estado y están facultadas para crear normas limitadas sólo a la conducta de los propios contratantes" (30).

2.12. Aspectos relacionados con el ámbito material del contrato.

Imperó en el derecho civil la denominada autonomía de la voluntad como consecuencia del liberalismo jurídico que inspiró al Código Napoleóni-

(30) Citado por Rafael Rojina Villegas, Tomo V (Derecho Civil Mexicano, pág. 197).

co de 1804. Pero pueden las partes dentro del límite de la licitud y la posibilidad, crear toda clase de obligaciones? Hay indudablemente un conjunto de materias que desbordan la libre iniciativa de los contratantes y que el legislador, por política legislativa, sustrae a su libre determinación.

En los códigos civiles se ha consagrado un límite a la autonomía de las partes: no pueden derogar normas de interés general, ni tampoco contratar sobre el estado civil de las personas, o, como dice el artículo 16 del C.C. Colombiano, "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

Todo lo concerniente a las materias que pueden ser objeto del acuerdo de las voluntades de las partes, constituye el ámbito material del contrato. (31).

2.13. Aspectos relacionados con el ámbito temporal del contrato.

La norma contractual tiene al igual que la norma jurídica general, un ámbito de validez temporal: a partir de cierto momento se inicia su vigencia y ésta ha de durar un tiempo determinado.

(31) "EL AMBITO DE VALIDEZ MATERIAL DE LA CONVENCION. En lo que concierne al ámbito de validez material, al objeto posible de la reglamentación establecida por la norma contractual, hay que advertir que ningún objeto se halla a priori excluido de tal reglamentación. Únicamente el derecho positivo puede limitar el dominio de validez material de la convención. Por regla general, los órdenes jurídicos limitan el ámbito de validez material de los contratos. En el derecho interno hay ciertos objetos que en principio se hallan excluidos de una reglamentación contractual: en principio, —abstracción hecha de ciertas excepciones— todas las relaciones entre los súbditos y el Estado, es decir, las relaciones del llamado derecho público. Lo que se llama derecho público se distingue precisamente del derecho privado en que la obligación de una de las partes, en relación con la de la otra, no es creada por un acto jurídico bilateral, es decir, por un acuerdo de voluntarios entre el sujeto que debe quedar obligado y aquél frente al cual se encuentra obligado (derecho habiente), como ocurre en el derecho privado, sino por un acto unilateral del sujeto frente al cual la obligación existe: de modo que en el derecho público —contrariamente a lo que acontece en el privado— un sujeto puede quedar obligado, incluso en contra de su voluntad por un acto unilateral de otro sujeto: el órgano estatal. La diferencia entre el derecho público y el derecho privado resulta, ante todo, de la limitación del ámbito de validez material de la convención por el orden jurídico interno. De la reglamentación contractual se encuentran también excluidos por regla general ciertos vínculos del derecho familiar e, igualmente, por razones especiales, determinados objetos como, por ejemplo, las sucesiones futuras en el derecho francés, ya que la ley prohíbe la celebración de convenciones sobre sucesiones no abiertas todavía. Otros objetos quedan excluidos por la razón de que un contrato sobre ellos se considera inmoral, o porque la ejecución del contrato sobre determinado objeto resulta absolutamente imposible". Kelsen ("El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho").

Existen ciclos en la elaboración de la norma contractual similares a los que generan la norma legal. La iniciativa de la regla general resulta correspondida en la norma individual, por el período precontractual de la policitud u oferta. Como el contrato está precedido generalmente de discusión, podemos encontrar como ocurre en las leyes, una fase de iniciación, otra de discusión y una final de aceptación. La oferta que abre el ciclo contractual en lo que toca a su formación, equivale a la iniciativa de la ley; después tanto en la norma general, como en la contractual, se pasa a la discusión y en seguida, a la aprobación. Como en las leyes intervienen distintos órganos, existen etapas posteriores como la promulgación y la publicación, en cambio, en los contratos aceptada la oferta, nace la norma jurídica individual, que en ocasiones necesita de cierta publicidad como la ley, para que pueda surtir efectos contra terceros; de aquí la necesidad de registrarlo en ciertas oficinas públicas (Oficina de Registro de II. PP. y PP.). Esta inscripción equivale a la publicación de las leyes en el diario oficial y le da a la norma contractual, efectos frente a terceros.

Cuando el contrato se celebra entre ausentes, el proceso de formación es más definido pues, a la oferta de una de las partes, sigue la aceptación de la otra con las interrupciones o dilaciones que por la índole misma de las cosas, sufre el pacto.

Una vez nacida la norma contractual importa analizar si por su naturaleza es temporal, o participa de las características de la ley, que normalmente tiene una vigencia indefinida.

Sobre este punto puede sentarse la siguiente regla: las leyes, por ser de carácter general, no se someten en su vigencia, a una cierta época; en cambio el contrato que es una norma que regula relaciones concretas de los contratantes, restringe la conducta de ellos en un cierto sentido y esto impide que pueda vincularlos perpetuamente (32).

Como punto propio del ámbito que analizamos, cabe preguntar si en materia contractual es aplicable el principio que rige para la ley, según el cual la nor-

(32) Según Rojina Villegas (op. cit., pág. 205) todo contrato por serlo lleva necesariamente una limitación temporal, si no se violaría la libertad jurídica; si las partes pudieran ligarse por un contrato perpetuamente estarían renunciando a su libertad.

ma posterior deroga la anterior; y en general, si se admite la derogación expresa y la tácita.

Habría derogación expresa cuando los contratantes celebran una nueva convención que deja sin efecto la anterior, y tácita cuando convengan una conducta inconcurrente con la anterior, de tal manera que no sean compatibles el objeto del precedente convenio y el del segundo. Pero cuando en el ulterior contrato se pacta una prestación que no es necesariamente contradictoria con la del anterior, subsisten ambas convenciones.

Puede decirse que se aplica al contrario la precitada regla que rige en la ley general: la derogación de la precedente por la posterior. (33).

2.14. Aspectos relacionados con el ámbito espacial del contrato.

Este ámbito comprende todos los problemas relacionados con la validez de la norma contractual en relación con el espacio. Las leyes rigen en un determinado territorio, el territorio del Estado, y excepcionalmente puede tener validez extraterritorial; pero la norma contractual está sometida a un principio opuesto: como el contrato es una norma que rige la conducta de los contratantes, independientemente de cierta limitación espacial, no tiene validez referida sólo a un territorio-estatal, sino que tiene alcance extraterritorial. Como norma de conducta sigue a los contratantes a cualquier lugar en donde se encuentren.

Un problema secundario que incumbe definir al derecho Internacional Privado es el atinente a la efectividad del contrato cuando las partes se encuentran en distintos Estados y sometidas a ordenamientos jurídicos diferentes. Uniformemente aceptan las legislaciones, que la forma del contrato se regula por la ley del Estado en donde se celebró: *locus regit actum*. Por lo que atañe a la capacidad de los contratantes, se toma en cuenta la ley nacional.

2.15. Aspectos relacionados con el ámbito personal del contrato.

Esta cuestión tiene por objeto determinar si el contrato es una norma que sólo rige o vincula a los contratantes (partes), o si tiene aplicación res-

(33) En la citada obra de Kelsen, págs. 83 y 84, se hace una interesante ampliación de este principio (ver Rojina Villegas, op. cit., pág. 208).

pecto de "terceros". El principio tradicional que viene del derecho romano refiere ese efecto sólo a las partes y por ende, los terceros no pueden resultar perjudicados ni beneficiados por el contrato, en razón de que sólo las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para elaborar su propia regla de conducta. (34)

Excepcionalmente cabe la posibilidad jurídica de que la norma contractual favorezca a terceros que no fueron partes; así sucede en la "estipulación para otro" y figuras afines (artículo 1506 del C.C.). Fuera de estos casos, la doctrina presenta una serie de situaciones jurídicas en que el contrato perjudica o beneficia a terceros, tal por ejemplo el contrato colectivo de trabajo (denominado contrato ley) que por razones de interés público afecta a la minoría que no lo ha celebrado, es decir a quienes no estaban sindicalizados en el momento de su pactación; por esto se le conoce también con el nombre de "contrato Ley".

En el derecho civil Kelsen cita los siguientes casos: contratos celebrados por los representantes que afectan a los representados (35); contratos celebrados por las sociedades y asociaciones que afectan a los socios y asociados que no han contratado materialmente la operación; y contratos constitutivos de derechos reales: dada la oponibilidad ERGA OMNES de los derechos reales, se afecta a terceros que no han participado en la elaboración de la norma contractual.

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

No obstante que todo lo atinente a la teoría general del contrato es materia de curso especial, debemos penetrar desde ahora en el análisis de la clasificación de los contratos que hace la ley en esta parte general del Libro IV del C.C., pues ella tiene gran aplicación en la doctrina general de la obligación.

34) El derecho objetivo permite a las partes convertirse en órganos accidentales del Estado, puesto que las faculta para crear una norma jurídica, así como faculta al juez para crear la norma llamada sentencia o al órgano administrativo, la resolución, o al órgano legislativo, las leyes.

(35) En el derecho colombiano el acto celebrado por el representante se "considera" celebrado por el representante éste es PARTE (artículo 1.505 del C.C.).

2.16. Por razón de las obligaciones que producen, los contratos se dividen en UNILATERALES y BILATERALES (artículo 1496 del C.C.). De entrada hay que advertir que no es lo mismo acto de formación bilateral que contrato bilateral e igualmente, se distingue el contrato bilateral del acto de formación bilateral. Todo contrato por requerir el acuerdo de voluntades de dos partes es necesariamente acto de formación bilateral; pero el contrato será unilateral o bilateral, según genere obligaciones recíprocas a cargo de una sola parte o de ambas (36).

En el contrato bilateral es necesario que las prestaciones de las partes, pues ambas se obligan, sean recíprocas y en tal virtud, cada una de ellas tiene o desempeña el doble papel de deudor y acreedor (37).

Las obligaciones de las partes recíprocamente se engendran y condicionan (37 a.).

(36) En el mismo sentido Valencia Zea (Tomo III, pág. 62). Dice "esta clasificación no debe confundirse con la de los negocios jurídicos unilaterales y bilaterales, pues en este caso se mira la formación del negocio jurídico y no a sus efectos. Los negocios son bilaterales si exigen el concurso de dos declaraciones de voluntad que emana de partes diferentes; y unilaterales si es suficiente una sola declaración de voluntad. El testamento es negocio jurídico unilateral por exigir la sola voluntad del testador; en cambio, el contrato es negocio bilateral por exigir la voluntad del acreedor y del deudor. En cuanto a sus efectos, el contrato (que ya en sí es negocio jurídico bilateral) es unilateral, si nacen obligaciones para una sola de las partes, y bilateral, si cada parte contrae obligaciones".

(37) La misma idea la expresa Pérez Vives diciendo que lo esencial en los contratos bilaterales es que las prestaciones de cada una de las partes "sean prometidas en concepto de contrapartida por las prestaciones o retribuciones de la otra".

(37 a) En estos contratos como lo dice ALFONSO DE COSSIO la prestación de una de las partes es CAUSA de la prestación de la otra, por lo que, aunque existan obligaciones y derechos a cargo de ambas partes, no podrá hablarse de BILATERALIDAD si la voluntad de estas o la misma naturaleza de las obligaciones contraídas, no han establecido una recíproca vinculación y dependencia entre ellas.

Partiendo de esta idea, para que pueda hablarse de BILATERALIDAD PROPIAMENTE DICHA se exige:

1o.) Que las obligaciones de ambas partes tengan su origen en un título unitario y común.

2o.) Que todas esas obligaciones sean las unas causas de las otras.

3o.) Que se establezcan esas obligaciones a cargo de AMBAS PARTES, siendo recíprocamente deudoras y acreedoras, aunque de prestaciones diversas.

Suele decirse también con exactitud aunque limitando el concepto de la doctrina clásica de la causa, que en los contratos bilaterales las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de "causa".

En los contratos unilaterales las obligaciones nacen a cargo de una sola parte; o si resultan ambas obligadas, no existe entre las prestaciones "reciprocidad" o "independencia" como sucede en los denominados contratos sinalagmáticos imperfectos.

Aplicaciones de la clasificación:

- ✓ a) Como en los contratos bilaterales existe "correlación" entre las prestaciones de las partes, para la doctrina clásica de la causa cada una de dichas obligaciones, tiene por causa a la obligación de la otra parte.
- ✓ b) En los contratos bilaterales va ínsita la condición resolutoria de no cumplirse por las partes lo pactado (artículo 1546 del C.C.). Si una de las partes no quiere o ni puede cumplir por hechos que le sean imputables, la que cumplió o la que esta presta a cumplir, puede pedir: La resolución del contrato para que vuelvan las cosas al estado anterior, o su cumplimiento y en ambos casos, la correspondiente indemnización de perjuicios.
- ✓ c) Los contratos bilaterales se cumplen "dando y dando"; mientras cada contratante no cumpla o se allane a cumplir, puede el otro negarse a cumplir su prestación; esta es la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) consagrada por el artículo 1609 del C.C.
- d) Dada la correlación de las obligaciones que nacen del contrato bilateral, el incumplimiento de una parte motivado por fuerza mayor o caso fortuito, se proyecta en la obligación de la otra parte y en tal virtud ésta también debería quedar descargada de su compromiso. Esta es la regla general; pero el artículo 1607 del C.C., cuya estructura jurídica será objeto de posterior análisis, exceptiona este principio y dispone que el riesgo del cuerpo

4o.) Que cada una de las prestaciones haya sido querida como EQUIVALENTE de la otra, por lo que todas ellas se condicionan mutuamente. (Instituciones de Derecho Civil I. Alianza Universidad. Textos, pág. 214).

cierto cuya entrega se debe correr a cargo del acreedor: a pesar de que la obligación de una parte se hace imposible, la otra parte sigue obligada (37 b).

e) En cuanto a la forma del contrato. Si es unilateral es lógico que haya una sola copia del documento en poder del acreedor. Si es bilateral lo corriente es que cada una de las partes tenga su respectiva copia. (38).

2.17. Contratos sinalagmáticos imperfectos.

Esta noción viene del derecho romano; se entiende por tal aquel contrato que en el momento de su perfeccionamiento sólo produce obligaciones para una de las partes; pero ocasionalmente, y por hechos posteriores a su formación, puede generar obligaciones a cargo de la otra parte. Ejemplo el comodato: en un principio sólo genera obligaciones a cargo del comodatario (restituir la cosa), pero puede ser fuente de obligación para el comodante cuando el comodatario hace expensas extraordinarias en la cosa.

(37 b) El artículo 929 del C. de Comercio invierte el riesgo del cuerpo cierto y lo asigna al *vendedor* (deudor de la obligación que se hizo imposible).

(38) La Corte Suprema de Justicia ha fijado las siguientes reglas aplicables a los contratos bilaterales:

a) Las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas simultáneamente a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello. De tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro;

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

✓ c) Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C.C., texto éste que, por una imperfecta adaptación al principio *res perit domino*, contraría las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos.

"La primera de las indicadas reglas tiene una aplicación fundamental en la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, creada por los canonistas; consagrada, sin necesidad de texto expres, por la doctrina francesa contemporánea; reconocida, de manera explícita, por el artículo 1609 de nuestro C.C., y reglamentada muy técnicamente por los códigos más modernos, como el alemán (artículos 320 y 322) y el suizo de las obligaciones" (C.J. No. 1907, pág. 342).

El derecho moderno abandona la noción del contrato sinalagmático imperfecto y lo considera simplemente como contrato unilateral, pues las obligaciones nacen en ellos sucesivamente (no simultáneamente) o como dice Josserand "dichas obligaciones no pueden ser consideradas como sirviéndose entre sí de contrapartida, de contrapeso". (39)

Tiene sentado la doctrina que la clasificación de contratos en unilaterales y bilaterales no es de orden público y que, las partes pueden darle el carácter de bilateral a contratos que son por naturaleza, unilaterales. Ejemplo: la donación es unilateral por su naturaleza (artículos 1462 y 1483) pero la donación modal se convierte en bilateral; lo mismo sucede con el mandato cuando se pacta remuneración (artículo 2143 del C.C.).

2.18. Considerando la utilidad que derivan las partes, el artículo 1497 del C.C. divide a los contratos en gratuitos o de beneficencia cuando tiene por objeto la utilidad de ~~ambos~~ contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Emiliani Roman considera que es erróneo fundar esta clasificación en la *utilidad* de ambas partes; debe considerarse la *causa* así: en el oneroso la causa que lo determina es *egoísta* y en el gratuito *gratuita*.

(Conferencias de obligación. Página 97).

Según este concepto son contratos onerosos entre otros, la compra venta, la permuta, el arrendamiento, la sociedad, el mandato remunerado, el mutuo a interés, la transacción, la renta vitalicia, el seguro, etc; y gratuitos la donación, el comodato, el depósito, el mandato gratuito, el mutuo sin interés, etc.

Para atender a esta división o clasificación no hay que considerar la reciprocidad de obligaciones como en los bilaterales, sino la reciprocidad de ventajas; por tanto, no es lo mismo contrato bilateral que contrato oneroso. En principio todo contrato bilateral es oneroso, pero no a la inversa; el mutuo con interés y la renta vitalicia son contratos onerosos porque ambas partes se gravan pero esencialmente unilaterales ya que sólo una adquiere obligaciones (40).

(39) Los hermanos Mazeaud (op. cit., pág. 110) dicen que en el contrato sinalagmático imperfecto, la obligación eventual o accesoria, tiene por fuente la ley.

(40) Excepcionalmente la donación modal cuando el modo se estipula en exclusivo beneficio del donatario es contrato bilateral gratuito.

Respecto del contrato de mutuo con interés dice el connotado Profesor Moreno Jaramillo: "Para que un contrato sea oneroso no basta, según nuestro texto legal, que tenga por objeto la utilidad de ambos contratantes. No. Es además necesario que cada uno se grave a beneficio del otro (artículo 1497). El mutuo a interés aprovecha al mutuante como al mutuario. A nada podría quedar obligado el mutuante desde el momento en que, por virtud del contrato, hizo tradición de la cosa. Como el contrato nació real y unilateral, una sola de las partes quedó obligada a beneficio de la otra: la mutuaría a beneficio de la mutuante. Si no se estipularon intereses, su obligación consiste únicamente en restituir otra cosa del mismo género y calidad. Si se estipularon, quedó obligada a hacer esa restitución y a satisfacer los intereses. Sus obligaciones son entonces dos en vez de una, pero el mutuante no quedó obligado a nada". (41)

Los contratos gratuitos pueden comportar o no, una disminución del patrimonio de quien soporta el gravamen. En el primer caso se denomina liberalidades (ejemplo donación artículo 1455 del C.C.); y en el segundo "contratos de simple beneficencia o desinteresados (ejemplo mandato gratuito, comodato, mutuo sin interés, depósito, artículos 2143, 2200, 2221, 2244).

Para determinar en la práctica si un contrato es gratuito u oneroso hay que considerar toda la operación jurídica, atendiendo a las relaciones preexistentes y futuras de las partes. Tratándose de la fianza, prenda e hipoteca, cuando estas dos últimas garantías son constituidas por el mismo deudor, se tratará indudablemente de contratos onerosos; pero cuando son constituidas por un tercero es difícil a primera vista, precisar si conservan tal carácter.

Un contrato puede ser en parte oneroso y en parte gratuito. Las donaciones remuneratorias a que se refieren los artículos 1462 y 1490 del C.C. son ejemplo de ello.

Igualmente el contrato puede ser oneroso entre dos personas y gratuito entre una de ellas y un tercero. Así sucede por ejemplo en el contrato de seguro de vida en favor de un tercero (caso de estipulación para otro).

(41) Revista de la Facultad de Derecho No. 39. Universidad Pontificia Bolivariana, pág. 32.

Interés jurídico de la clasificación:

- a) Por regla general en los contratos onerosos es indiferente la persona con quien se contrata; excepcionalmente en los gratuitos es principal motivo del contrato. Se infiere de lo anterior que el error en la persona no vicia el consentimiento en aquellos contratos a diferencia de lo que sucede en los gratuitos que son *inquitio personae* (artículo 1512 del C.C.).
- b) La graduación de la culpa contractual se hace atendiendo al interés de las partes en el contrato fuente de la obligación incumplida (artículo 1604 C.C.). Puede decirse en lo concerniente a esta responsabilidad y con respecto a la obligación de garantía del deudor, que la ley es más indulgente con los contratos de beneficencia que con los contratos interesados (artículos 1479, 1480, 1604, 2155, 2204, etc.). La doctrina ha ampliado los efectos de la distinción hasta desconocer en ciertos contratos gratuitos como el de transporte gratuito, la responsabilidad contractual del deudor. En síntesis, a mayor interés mayor responsabilidad y viceversa.
- c) Por regla general el deudor responde de la obligación de saneamiento por evicción en los contratos onerosos: compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad; pero no en los gratuitos (arts. 1479, 1480, 1492).
- d) La acción Pauliana o revocatoria está sometida a especiales requisitos cuando el contrato es gratuito y a otros cuando es oneroso (artículo 2491 del C. C.).
- e) El contrato gratuito propiamente, las meras liberalidades, entraña un peligro para la familia (para el patrimonio familiar) por cuanto conduce al empobrecimiento de una de las partes. Por esta razón el legislador lo somete a reglas especiales como ocurre en la donación (artículos 1458 y ss.).
- f) En cuanto a la noción de acto de comercio. Es la gratuidad extraña al derecho comercial: los actos de comercio no se presumen gratuitos.
- g) La ley fiscal es más rígida con los contratos gratuitos que con los onerosos. Lo que es cierto solo con respecto a las donaciones, no de los demás contratos gratuitos (comodato, depósito, mutuo sin intereses).

2.19. El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y conocidas de éstas desde la celebración del contrato de tal manera, que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o gravamen que se deriva del pacto. Emiliani Román sostiene que también es la causa del contrato la que da fundamento a esta clasificación y no el conocimiento de la extensión de las prestaciones. Si las partes no juegan al *álea*: cada una sabe de una vez la cuantía de su prestación y puede apreciar el beneficio del negocio celebrado. (op. cit. página 100) el contrato es *conmutativo*; oneroso en el caso contrario.

Pero se repite, en el contrato conmutativo los contratantes aceptan gravarse entre sí con cargas que se miran equivalentes independientes de toda contingencia mientras en el aleatorio por lo general, uno soporta gravamen fijo y en firme, sin que se sepa de antemano si el otro también llegará a gravarse (42). Pero cuando la prestación de uno o de ambas, depende de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato se torna aleatorio (artículo 1498) (42 bis).

Lo que hace aleatorio un contrato no es el azar, en cuanto al valor económico de las prestaciones o las condiciones económicas inciertas o mudables de la operación en sí, sino el azar sobre la existencia de las prestaciones, o como dicen los hermanos Mazeaud, es necesario que las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder. De aquí que la compra de acciones, en un momento de incertidumbre económica, sea contrato conmutativo a pesar de dicha circunstancia.

(42) Algunos autores se empeñan en caracterizar el contrato conmutativo como aquél en que se da equivalencia o equilibrio de intereses de las partes, o si se quiere "reciprocidad de intereses. Pero es suficiente en nuestra opinión, que las prestaciones *sean conocidas* desde el momento mismo en que el contrato se perfecciona y por este solo hecho se les considera equivalentes. El que sean o no equivalentes los intereses, afecta a la valoración que cada una de las partes haga de su propio interés y del de la otra parte. Esa valoración es totalmente subjetiva, ya que como lo advierte Ihering, en los contratos onerosos nunca puede ser equivalente; ya que cada parte da lo propio para obtener algo más.

(42bis) Baudry-Lacantineri (mencionado por Moreno Jaramillo en la revista arriba citada), dice, al hablar de estos contratos: ninguna de las partes tiene intención de hacer a la otra una liberalidad. Ellas se confieren mutuamente, por vía de acción o de promesa, derechos juzgados equivalentes en el momento del contrato. Pero mientras que esta equivalencia puede ser apreciada de una manera cierta en el contrato conmutativo, no puede ser establecida en el contrato aleatorio sino fundándose en simples probabilidades; las partes corren riesgos a los cuales no los expone el contrato conmutativo".

La doctrina tiene establecido que la contingencia incierta de ganancia o pérdida debe existir para ambas partes: lo que es ganancia para una debe a la vez ser pérdida para la otra, a pesar de que el artículo 1498 da a entender lo contrario.

Pero parece que el contrato de seguro con prima fija, excepciona esta regla ya que hay "álea" sólo para el asegurador; y ha llegado a decirse que no es aleatorio, ni siquiera para este, pues se cubre los riesgos con las primas que percibe de otros seguros dado el cálculo actuarial que informa sus pólizas (43). Emiliani Román dice que esto es erróneo (op. cit. página 101).

La regla general es que los contratos onerosos son conmutativos y por tanto los aleatorios constituyen la excepción. Son aleatorios los enumerados por el artículo 2.282, pero esta enumeración no es taxativa y los contratantes pueden transformar en aleatorios contratos que por naturaleza no lo son, cuando en ellos entra el álea como elemento fundamental. Ejemplo: la compraventa de cosa que se espera (artículo 1869 del C.C.).

Aplicaciones de la sub-clasificación.

Los contratos aleatorios según Jesserand, son refractarios a la rescisión por lesión enorme. Como cada una de las partes acepta probar suerte ninguna de ellas, ocurra lo que ocurriere, puede sentirse lesionada. En los conmutativos tiene aplicación esta institución, aunque también con restricciones. Entre nosotros la compraventa y la permuta de inmuebles son rescindibles por lesión enorme (artículos 1946 y 1958 C.C.) y ningún contrato aleatorio puede rescindirse por esta causa (2291).

2.20. El artículo 1499 del C.C. divide a los contratos en principales y accesorios, atendiendo a la subsistencia autónoma del pacto, o a su adhesión o vinculación a otro contrato u obligación que generalmente, garantiza.

(43) Para Messineo (Doctrina General de Contrato, T. 1o, pág. 423) puede ser aleatorio solamente el contrato con prestaciones recíprocas; el contrato con prestaciones de una sola parte nunca puede ser aleatorio porque falta una relación entre las prestaciones que pueda, en caso de ejecución del contrato, desembocar en un riesgo imprevisible en el momento de la conclusión".

La definición que da el citado artículo es equívoca porque en realidad no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan o no por sí mismos, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales como la compraventa, permuta, mandato; y contratos que producen obligaciones accesorias como la anticresis, la fianza, la hipoteca, la cláusula penal, la prenda, etc. (44).

La única aplicación que hace la ley civil de esta clasificación es la que se desprende del aforismo de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", por esto, la extinción de la obligación principal acarrea la de la obligación accesorio (artículos 2406, No. 3o., 2457, 2537).

2.21. Hay contratos que para producir los efectos jurídicos que le son propios requieren la existencia de otra convención pero sin que estén caucionando o garantizando su existencia; ejemplo el contrato de capitulaciones matrimoniales (artículo 1778) y el contrato de novación (artículo 1689) que requieren el matrimonio y la preexistencia de una obligación respectivamente. A estas convenciones se les denomina contratos dependientes.

2.22. Considerando la forma como los contratos se perfeccionan el artículo 1500 estatuye que son reales cuando se requiere la tradición de la cosa, solemnes cuando están sometidos a formalidades especiales y consensuales cuando basta el solo consentimiento de las partes sobre los elementos esenciales del pacto.

En el derecho moderno es suficiente el mero consentimiento para la formación del contrato; lo que no sucedió en el romano en el que rigió el principio "exnudo pacto actio nomascitur"; excepcionalmente éste está sometido a formalidades que consisten en el otorgamiento de escritura pública (artículos 1772, 2577, inc. 2) o en el registro de la escritura (artículo 2434, 196) o en el otorgamiento de un instrumento privado (artículos 1772, 89 Ley 153 de 1887). Son ejemplo de contratos solemnes entre otros: matrimonio, capitulaciones matrimoniales, actos dispositivos de bienes inmuebles. To-

(44) Los contratos que producen obligaciones accesorias son las denominadas cauciones por el artículo 65 del C.C.

das las sociedades comerciales y civiles anónimas, el mandato judicial, mandato para contraer matrimonio, la hipoteca, etc. (45).

La ley le da al contrato el carácter de solemne pero también las partes, obrando dentro de su libre determinación (artículos 1858 y 1979) pueden convertir en solemnes contratos que por naturaleza son consensuales. En realidad lo que sucede es que las partes pueden condicionar el consentimiento a la redacción de un escrito o de una escritura pública. Este escrito puede simplemente ser *prueba* del contrato y entonces éste es consensual o la condición de la voluntad y mientras se otorgue no hay voluntad. No se trata propiamente de una solemnidad sino de una condición suspensiva del negocio y por falta de la voluntad. R. Emiliani Román (op. cit., página 111).

La institución de los contratos reales no tiene actualmente otra explicación que la histórica, pues no existen los motivos que determinaron la creación de dicha categoría de contratos en virtud del principio según el cual, "la simple convención produce obligaciones" (*solus consensus obligat*). Es así como las legislaciones modernas han eliminado los contratos reales por considerarlos artificiales pues no se comprende la razón de condicionar su existencia, al cumplimiento anticipado de la obligación de una parte, obligación ésta que necesariamente es contractual. Con razón Ricardo Uribe Holguín (50 breves ensayos sobre obligaciones y contratos dice que el "Contrato real es reliquia que me parece fuera de lugar en el Derecho Civil Moderno).

En la doctrina moderna se habla de CONTRATOS REALES en un sentido distinto del que tuvo en el derecho romano. En efecto con esa denominación se alude a los contratos que producen como efecto la CONSTITUCION, TRASMISION, MODIFICACION o EXTINCION DE UN DERECHO REAL. Son contratos con eficacia real frente a los CONTRATOS OBLIGATORIOS, cuyo efecto se limita a constituir entre las partes una relación obligatoria y, por consiguiente, a atribuir derechos de crédito. En la literatura alemana existe incluso, una diferente terminología para diferenciar ambas ideas de "contrato real", pues mientras para designar los contratos que llaman reales, porque la entrega de una cosa (*res*) opera como presupuesto de per-

(45) La doctrina advierte que se asiste a un renacimiento del "formalismo" pero lejos de ser caprichoso, tiene por objeto la protección de las partes y hacerlas meditar con más provecho, sobre las implicaciones del contrato (véase a los H. Mazeaud. T. II, 1a. parte, pág. 95).

fección de la operación, se utiliza la expresión REALVERTRAG los contratos que se llaman reales, porque producen eficacia jurídico real, son denominados DINGLICHES VERTRAGE.

(Tomado de Sistema de Derecho Civil, V. II, páginas 34-35, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón).

Nada impide entre nosotros, que los contratos de mutuo, prenda, depósito, renta vitalicia, etc., se perfecciona por el solo consentimiento o por el cumplimiento de una solemnidad (46).

A pesar de que nuestra legislación sigue atada a los viejos moldes del derecho romano en este punto, bien puede lograrse la sustitución del contrato real por la promesa de contrato real, convención ésta que por generar obligaciones a cargo de ambas partes (artículo 89 de la Ley 153 de 1887) las vincularía recíprocamente y les daría el derecho de exigirse recíprocamente el cumplimiento de sus prestaciones.

José Osuna Gómez compendía así la bondad de la promesa de contrato real en sustitución de contrato real: "Lo que se pretende con la promesa de un contrato real es poner al mutuario, al comodatario, o al acreedor prendario, que tiene interés en recibir la cosa, o al depositante que tiene interés en que otro la reciba, en situación de poder exigir su entrega o recepción, según el caso, como el medio indispensable de poder llevar a efecto el contrato prometido, y ello se logra desde el momento mismo en que él ha de entregarla en mutuo, comodato o prenda o de recibirla en depósito, queda obligado a tal entrega o recepción". (47)

2.23. Teniendo en cuenta la reglamentación que hace la ley de los contratos, la doctrina los divide en nominados e innominados que otros autores llaman típicos y atípicos, respectivamente. (48).

(46) Capitant considera que el "préstamo" y la "prenda" son verdaderos contratos sinalagmáticos en virtud de los cuales una parte se obliga a entregar una cosa, y la otra a restituirla (De la causa en las obligaciones, págs. 56 y 57). En el mismo sentido Karl Larenz (Obligaciones 1o. T. pág. 90). Entre nosotros Valencia Zea, (Obligaciones), pág. 66).

(47) "Del contrato real y de la promesa de contrato real", pág. 102.

(48) En Roma los contratos innominados eran los que comenzaban a existir mediante una dación previa de cosa o servicio.

Los primeros son los que tienen nombre y reglamentación legal; y los segundos los que carecen de esas circunstancias es decir, que son creación de los particulares quienes al obrar se mueven dentro de la libertad contractual con las limitaciones establecidas por la ley.

Esta distinción no tiene la importancia de antes cuando la voluntad de las partes debía ceñirse a un molde contractual. Hoy, bajo el régimen de libertad contractual, las partes son libres de estipular las convenciones que a bien tengan; estos contratos así nacidos se gobiernan: a) por las reglas generales aplicables a todos los contratos; b) por la voluntad de las partes en la medida en que se afirme; y c) subsidiariamente, por las reglas aplicables al contrato nominado más próximo.

El nombre que los contratantes den a la operación jurídica no es suficiente para que ésta quede incorporada a la categoría contractual elegida. En los contratos deben reunirse ciertos ingredientes cuya combinación determina el ente convencional que la ley organiza. Lo importante es que las partes al actuar en la vida jurídica, lo hagan dentro de las esferas de licitud sin violar el orden público y las buenas costumbres.

No deben confundirse los contratos innominados con los mixtos o complejos. Estos últimos son contratos nominados agrupados en una sola operación. Ejemplo: el arrendamiento con promesa de venta. Los contratos así concentrados, conservan su individualidad propia y es factible por ende, que cada uno se extinga independientemente del otro.

El principio de la autonomía de los particulares para celebrar contratos, está plasmado en el artículo 1602 del C.C.

2.24. Si atendemos a la manera como se realiza la ejecución de las obligaciones nacidas de los contratos, éstos pueden clasificarse en:

a) Contratos de ejecución instantánea; y b) Contratos de ejecución o de tracto sucesivo.

El C.C. no clasifica expresamente los contratos en estas dos categorías, pero los distingue y reglamenta de manera diferente.

Son de ejecución instantánea cuando las obligaciones se cumplen en un solo momento, bien después de celebrado el acuerdo o en un tiempo posterior; lo importante o esencial es que tales obligaciones se cumplan de una sola vez, de un solo golpe como dice la doctrina.

En los contratos de tracto sucesivo las prestaciones se van renovando en el tiempo, día a día, hora a hora, y se caracterizan como dice Alessandri, porque "una de las obligaciones de las partes a lo menos, se desarrolla continuamente en el tiempo. La obligación es como una cinta que se desarrolla a medida que va transcurriendo el tiempo" (49).

Son ejemplos del primer grupo: compraventa de un cuerpo cierto, compraventa a plazo; y en general los que producen obligación de dar, el arrendamiento, sociedad, contrato de trabajo, contrato de suministro, mandato, préstamo, son ejemplos del segundo y además, en términos generales los que causan obligaciones de hacer o no hacer.

No se deben confundir los contratos de ejecución sucesiva con los de ejecución escalonada o a plazos. En éstos las obligaciones de las partes se cumplen por parcialidades, en diferentes oportunidades, pero no reiteradamente como en los contratos sucesivos (50).

Aplicaciones.

a) Los contratos bilaterales de ejecución instantánea, y algunos contratos unilaterales de la misma clase, pueden ser resueltos en caso de incumplimiento y la resolución opera retroactivamente restituyendo a las partes al estado en que estaban al tiempo de la celebración del mismo. Por el contrario, si el contrato es de ejecución sucesiva, la resolución no tiene efecto retroactivo.

(49) En el contrato de ejecución instantánea, hay ejecución en un solo acto es decir con una solución única, y con esto mismo queda agotado. En contraposición se perfila la categoría del contrato "de duración" o de "tracto sucesivo" o de "ejecución continuada" o "periódica", que es aquél en que el dilatarse del cumplimiento por cierta duración, es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. (Messineo-Doctrina General del Contrato, pág. 429).

(50) Moreno Jaramillo en el artículo citado, da a entender que la clasificación en comento, puede sustituirse por la de CONTRATOS DESINIENTES y, contratos PERMANENTES. Los primeros son aquéllos "que por el hecho de haber llegado a su perfección, expiran"; y los segundos "aquéllos que llegados a su perfección subsisten durando".

vo, sino que obra solamente para el porvenir (ex-nunc): pone término a la eficacia futura del contrato pero deja en pie los efectos ya producidos (51 y 51 a.).

b) El término de prescripción empieza a correr desde que la obligación es exigible en los contratos instantáneos; pero en los de tracto sucesivo las obligaciones resultantes se van haciendo exigibles sucesivamente, lo que hace que los términos de la prescripción extintiva de las mismas, no corren parejos. Si el arrendatario no paga los cánones de arrendamiento durante 21 años y al ser demandado propone la excepción de prescripción, ésta no surte efecto sino respecto de los cánones correspondientes al primer año.

c) La "teoría de la imprevisión sólo se aplica a las obligaciones nacidas de contratos de ejecución sucesiva o escalonada, pero en ningún caso a las surgidas de los contratos instantáneos (artículo 868 C. de Comercio).

d) En los contratos de tracto sucesivo la imposibilidad de ejecución, al liberar al deudor de la obligación imposible, libera por la misma razón necesariamente, a la otra parte ya que las obligaciones se sirven recíprocamente de causa como lo anotamos precedentemente.

Sean suficientes las indicadas aplicaciones para considerar de gran utilidad la categoría convencional que nos ocupa y para rechazar la opinión de quienes como los doctores Ospina Fernández y Ospina Acosta le restan importancia.

(51) La extinción por incumplimiento del contrato de arrendamiento, no vuelve las cosas al estado anterior ya que los efectos causados por el contrato, tienen pleno cumplimiento; así se desprende de los artículos 1546 y 1547 del C.C.

(51 a) Los contratos de ejecución instantánea pueden *resolverse* por incumplimiento de cualquiera de las partes (artículo 1481, 1483, para la donación entre vivos, 1930, para la compraventa, 1958, para la permuta). En este caso el fallo judicial no sólo desliga a las partes para el futuro sino que produce efectos retroactivos y las restituye al estado que tuvieron al tiempo de la celebración del mismo.

Los de ejecución sucesiva no se resuelven; pueden *expirar* (artículos 2008, 2132, 2199) o *extinguirse* (artículos 2163, 2300) o *disolverse* (2124, 2150) o *cesar* (artículos 1988, 2194, 2280) o *concluir* (2026 para arrendamiento) o *revocarse* (2163 para el mandato). Estos vocablos que utiliza nuestra ley son comprensivos de que la situación jurídica *termina*, sin efecto retroactivo. En el régimen francés se denomina *resiliation* a este fenómeno resciliación en doctrina civil colombiana, terminar convencionalmente un contrato). (Tomado de Uribe Holguín de las obligaciones y de los contratos en general, pág. 182).

(Teoría General de los actos o Negocios Jurídicos No. 70, páginas 75 y ss.).

2.25. Contratos de libre discusión o mutuo acuerdo y contratos por adhesión. (51 b.).

Esta clasificación no prevista en el C.C., está consagrada por la doctrina y jurisprudencia, considerando la mayor o menor libertad en que están colocadas las partes al momento de celebrar el contrato.

En los contratos de libre discusión las partes tienen una relativa igualdad, ninguna de ellas ocupa posición preponderante frente a la otra en lo atinente a la situación jurídica que surgirá del contrato, y en tal virtud el acuerdo resulta precedido de una amplia discusión en que las partes calculan palmo a palmo las implicaciones del contrato; como dice Josserand en estos contratos "no parece que una de las partes se imponga a la otra; el contrato es verdaderamente la obra de las dos voluntades. Se prepara y se termina de igual a igual".

En los contratos por adhesión sucede lo contrario; una parte impone de cierta manera su voluntad, pues ocupa una posición de notoria ventaja o predominio con respecto a la otra en razón del contrato, que ella unilateralmente ha preparado atendiendo a su beneficio. El contratante "débil" se limita a adherir a la convención preparada por la otra parte.

Dice Josserand para explicar esta clase de contratos: "una de las partes hace un reglamento, una redacción por anticipado, emite una tarifa, mientras que la otra se limita a acogerse a ella, a aceptar sus disposiciones sin tener posibilidad de discutirlos, se limita a dar su adhesión, de ahí el nombre de contrato por adhesión".

Ante la situación de "sumisión" de una de las partes se ha dicho no sin razón, que "adherir" es lo más contrario u opuesto a "contratar" y se infiere entonces, que el contrato por "adhesión" no es un verdadero y propio contrato sino un "acto unilateral" llamado a producir obligaciones o efectos

(51 b) También se denomina a los contratos de libre discusión *preestipulados* o de buenas a buenas nominación esta tomada de la francesa *gré à gré*. (Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Ospina Fernández y Ospina Acosta).

jurídicos siempre que él se conforme a la ley. Que sería imposible tenerlo por contrato cuando las partes están ya comprometidas de antemano y no pueden de ninguna manera determinar las cláusulas del convenio, y en todo caso no se dan en él, como dice Duguit "dos voluntades en presencia una de la otra, que entran en contacto y se ponen de acuerdo", desde que "no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato".(52).

Pero sí existe este tipo de contrato, acuerdo de voluntades, ya que la parte al "adherir" acepta o conviene lo que la otra parte ha preparado de antemano o como dice Raimundo Emiliani Román en estos contratos "siempre que se tiene la libertad de no contratar". (Conferencias, página 80). El acuerdo de voluntades o consentimiento entre las partes, puede revestir distintos grados y formas y no puede estar condicionado a la igualdad total de las partes y la plena libertad de discusión que son más utópicas que reales" Emiliani Román, página 80. Es que el contrato por adhesión es una manifestación convencional de la época moderna y el Estado debe utilizar su poder de interventor en la vida contractual para dictar medidas que tiendan a asegurar el imperio de la justicia en esta clase de relaciones, y a impedir que el contrato sea fuente de abusos e injusticia (53).

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1624 del C.C., cuando ocurra controversia con ocasión de un contrato de éstos, debe el juez tener en

(52) Concluye el citado autor "tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho de orden general y permanente, y otra voluntad que quiere aprovecharse de ese estado de hecho. En realidad la situación de derecho subjetivo nace de la voluntad unilateral de aquél que, usando de su poder económico, quiere crear una situación jurídica, y lo quiere legal y eficazmente, porque lo quiere de conformidad con un estado reconocido como legal". (Las transformaciones del derecho privado, págs. 140-142).

(53) Dice Josserand con razón: "La ley no exige en ninguna parte que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo ningún texto que exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan. Ni la igualdad económica, ni la igualdad verbal, son condiciones para la validez del contrato.

En los contratos por adhesión, se hace necesaria la intervención del Estado en defensa de la parte débil, defensa ésta que se orienta en dos direcciones: a) TUTELA de la libertad de aceptar o rechazar el esquema contractual que se le presente; b) Garantía de que el contratante débil se ponga en condiciones de estipular el contrato con plena conciencia del contenido de sus cláusulas (Messineo, op. cit., T. I, pág. 441).

cuenta la circunstancias en que se estipuló, y las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, se interpretarán en contra de ella (54), y (54 bis).

Algunos autores consideran que debe ser la ley misma, no el Juez, la que regule este tipo de contratos prohibiendo las cláusulas leoninas y además estableciendo especiales normas para su interpretación.

2.26. Contratos individuales, (relativos) y contratos colectivos.

En los contratos individuales que son la regla general, se precisa el acuerdo de las voluntades de todas las personas que intervienen. Sin este acuerdo unánime el contrato no puede producir efectos jurídicos para las partes. Aquí se da cabal aplicación al principio de la personalidad de los efectos del contrato a virtud del cual los contratos no producen derechos y obligaciones sino en beneficio o en contra de quienes los celebran. El brocado "*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*" se aplica en su integridad.

(54) Fue Saleilles el padre de la Fórmula "contrato de adhesión" que ha merecido críticas numerosas. Se dice en efecto que adherir es lo más opuesto a la esencia misma del contrato, que en su categoría clásica presupone la deliberación, el libre debate sobre cada uno de sus elementos y aun de cada una de sus cláusulas con que se integra su estatuto. Contrato y adhesión son, pues, términos que no se concilian.

Se pregunta por lo dicho si el contrato de adhesión es realmente un contrato. El propio Saleilles lo niega. El predominio exclusivo de una voluntad que "dicta su ley" a una colectividad indeterminada, y que se obliga por adelantado, unilateralmente, para el caso de adhesión de aquéllos que quieran aceptar la "ley del contrato", es el argumento que lo decide en tal sentido. De este mismo parecer son Duguit y Hauriou.

En mi concepto, el enfoque doctrinario de este tema está certeramente hecho por Marco Aurelio Risolia ("*Soberanía y Crisis del Contrato*") bajo los siguientes puntos:

"1o. El contrato de adhesión no es una categoría autónoma del derecho común; 2o. La adhesión es tan solo una forma de expresar el consentimiento en cualquiera de los contratos conocidos; 3o. El hecho de que el consentimiento se presente por adhesión no basta para destruir al acto su carácter contractual. 4o. El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen una modalidad técnica; 5o. Sólo apreciando la intensidad de esos fenómenos será posible establecer en cada hipótesis si el contrato subsiste o desaparece; 6o. Cuando se ejerza sobre una parte, por virtud de un monopolio de hecho o de derecho, una presión incoercible, que conduzca sin alternativa a admitir determinada oferta, no puede hablarse de contrato, ni siquiera adhesión, porque se está frente a una situación de hecho, incapaz de configurar cualquier categoría jurídica voluntaria" (op. cit., pág. 150).

En los contratos colectivos la voluntad de la mayoría de un grupo es suficiente para su formación y sus efectos se extienden aún a quienes no prestaron su voluntad, bien porque realmente se hubieran opuesto al contrato, o porque no existían en la época de su perfeccionamiento.

En estos pactos se quiebra por así decirlo, el principio de relatividad del contrato ya que personas que no fueron partes reciben los provechos del contrato, o quedan sometidas a las obligaciones por él creadas por esto se denominan normativos (Messineo).

El contrato colectivo es un tipo surgido desde el siglo pasado y que se ha desarrollado intensamente en éste, debido sobre todo, a la lucha entre el capital y el trabajo. Se distingue del contrato por adhesión en que en éste las estipulaciones son fijadas, prácticamente, por una sola parte; en cambio

Estos contratos se hallan sujetos a fuertes controversias, y se les considera dignos de atención por ser sospechosos de atentar contra la libertad e intereses de los adherentes, y llegan a constituir en ocasiones, verdaderos problemas sociales. La mayoría de sus cláusulas deben considerarse nulas por inmorales y contrarias al orden público-económico, e insertadas en el contrato con el fin de eludir la responsabilidad del empresario. Por esto nuestra jurisprudencia ha sido implacable en su rechazo, dando aplicación a la doctrina que informa el artículo 1624 del C.C.

(54 bis) Ricardo Uribe Holguín considera también que en los contratos por ADHESION, se cumple el requisito esencial del consentimiento y que por tanto, el contrato nace a la vida del derecho. Dice textualmente: "Deséchase la tesis de que cuando no pueda discutirse no hay contrato. Estas son exageraciones de ciertos escritores franceses. Contrato hay porque HAY CONSENTIMIENTO, y el consentimiento no supone necesariamente el derecho de discutir. Mientras la oferta pueda aceptarse o rechazarse, la voluntad actúa regularmente, lo que no obsta para que obre mejor cuando haya habido discusión".

Se muestra partidario el autor, de que de acuerdo con el artículo 1624 del C.C. las cláusulas ambiguas se interpreten en contra de quien las estipuló. PERO LAS NO AMBIGUAS NO PUEDEN INTERPRETARSE EN FAVOR DE LA PARTE ADHERENTE, como lo pregona cierta jurisprudencia, así sean desfavorables u odiosas. Esto con fundamento en el artículo 31 del C.C. aplicable por igual a la interpretación de la ley y del contrato, y que dice "... Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.

Lo que la parte adherente debe hacer es informarse del DOCUMENTO CONTENITIVO del proyecto de contrato. Quizás pueda impugnar éste, si lo firmó sin tal información, por ERROR; pero corre el riesgo de que se le condene a indemnizar a la otra parte por culpa in contrahendo, por haber omitido informarse bien antes de firmar. (Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos, págs. 172-173).

en aquél, se hacen de común acuerdo entre representantes del capital y del trabajo (sindicatos). (55).

Lo que caracteriza a los contratos colectivos es que resultan vinculando a personas que no han consentido, se han resistido a consentir o no han concurrido a la celebración; la voluntad de la mayoría obliga a la minoría.

Los contratos no son colectivos porque sean celebrados por varias personas cada una de las cuales da su asentimiento; tampoco por ser obra de una colectividad política, o responder a intereses colectivos: es preciso que ligen a una colectividad, abstracción hecha del consentimiento individual dado directamente o por mandatario, de cada uno de sus miembros (56).

Además del contrato colectivo de trabajo que regula el artículo 482 del C. Sustantivo del Trabajo, son contratos colectivos, los *concordatos* civiles y mercantiles que consisten en un acuerdo entre el deudor y la mayoría de sus acreedores insatisfechos que obliga a los demás acreedores ausentes o disidentes (artículos 1680 C.C. y 1910 Código de Comercio).

2.27. Hay casos de conducta concluyente de las partes, en los que es dable deducir la existencia de un acuerdo TACITO de voluntades: las partes no se manifiestan expresamente, pero se comportan como si hubiese contrato. Estos convenios son generalmente, producto del maquinismo: quien se sube a un bus y deposita el pasaje celebra un contrato tácito de transporte, lo propio puede decirse del que utiliza los servicios de la máquina pesadora, piano, etc.

(55) El contrato colectivo es una verdadera y propia fuente de normas jurídicas cuando se refiere a disciplina la materia de las relaciones de trabajo; tiene como finalidad fijar por anticipado y en abstracto, ciertas cláusulas de contratos individuales con relación a cierta categoría de sujetos en cuyo interés obran las asociaciones gremiales respectivas". (Messineo, op. cit., pág. 437).

(56) Kelsen citado por Rojina Villegas (op. cit., pág. 219), estima que en el contrato-ley o contrato colectivo por razones de interés público, se permite que afecte a la minoría que no lo ha celebrado. Es pues, una excepción al principio de la relatividad de los efectos del contrato lo mismo que la constitución de derechos reales, el contrato celebrado por intermedio de representantes y por personas jurídicas.

2.28. Contratos mercantiles. No forman una categoría autónoma de contratos diferentes a las procedentes; cuando las partes de cualquiera de los contratos arriba clasificados, o una de ellas, es comerciante o se le tiene por tal según las normas del C. de Comercio, el contrato es MERCANTIL y queda sometido por tanto, a las especiales reglamentaciones de este estatuto en algunos puntos de entidad, distintas a las pertinentes del C.C.

2.29. La Administración Pública para la realización de sus cometidos, requiere obtener servicios o prestaciones de terceros. Una forma de lograrlo es precisamente a través del contrato que cuando se somete a cláusulas exorbitantes del derecho privado, se denomina CONTRATO ADMINISTRATIVO cuya noción ha sido vivamente controvertida en la doctrina ya que rompe la igualdad de las partes y la administración hace uso de prerrogativas especiales que le permitan adoptar el objeto del contrato a las necesidades del servicio público.

Puede decirse que el contrato Administrativo es el que celebra la Administración Pública con un fin público o que en su ejecución puede afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual está sujeto a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica. (57).

2.30. CONTRATO LABORAL, o de TRABAJO. Se toma en cuenta, en este tipo convencional, la continuada dependencia de una parte con respecto a la otra y de la forma de remuneración: el "salario". El artículo 1o. de la Ley 6a. de 1945 dice: "Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio; y artículo 22 del D. 2363 lo define: "aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".

Se dice con fundamento, que el contrato DE TRABAJO, como lo anotamos ya del contrato de matrimonio, no le da a las partes facultades para crear con

(57) Para los H. Mazeaud "el contrato es extraño a las relaciones de los particulares y de la Administración cuando ésta actúa en interés de un servicio público e impone cláusulas que rebasan la órbita del derecho común".

absoluta libertad las obligaciones y derechos ya que éstos y aquéllas, están fijados por la ley y las partes no pueden modificar. Se les denomina con mayor precisión, "instituciones".

2.31. Consideran algunos autores que ciertas entidades o instituciones de carácter privado pueden contratar eligiendo por votación, entre los miembros de ellas o entre extraños, la persona del aceptante. La formación del consentimiento en este caso tiene la particularidad de que la sociedad o entidad oferente designa en votación la persona que puede aceptar la oferta. (58).

2.32. La máxima intervención estatal en el contrato ha llegado a prescindir de la voluntad de una de las partes que es suplantada por la voluntad del Estado quien contrata en su nombre bajo las condiciones que él mismo fija. Estos son los CONTRATOS DICTADOS que al decir de Karl Larenz, son un síntoma de la crisis continua en la que con breves interrupciones, se encuentra la vida social y económica desde la terminación de la primera guerra mundial, son testimonio de esta excesiva intervención pública que hace tabla rasa de la noción del contrato.

2.33. Contratos TRASLATICIOS y CONTRATOS TRASLATIVOS.

El Doctor Miguel Moreno Jaramillo con la precisión y depurado estilo, escribe sobre estos contratos:

"Se da el nombre de TRASLATICIOS a los contratos que unidos a la tradición transfieren el dominio, y el de TRASLATIVOS a los que solos, por su propia virtud, lo transfieren, debido al hecho de ser en ellos el modo uno de sus elementos constitutivos".

Y agrega: decir que el contrato es traslaticio cuando éste y el modo son dos actos jurídicos distintos, separados y autónomos. Una cosa es vender y otra

(58) Avelino León Hurtado dice sobre estos contratos: "Después de la votación puede aceptar expresa o tácitamente, pero la aceptación de la candidatura no es aceptación del contrato. El candidato elegido puede tener motivos para no aceptar el contrato que se le ofrece. La formación del consentimiento en estos contratos se rige por las normas generales, pues no presentan otra particularidad que la persona del aceptante; se elige por simple votación entre un grupo de individuos que forman la institución oferente del contrato". (La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, pág. 174).

cosa es traditar lo vendido. Y decir que el contrato es traslativo cuando éste y el modo se confunden en un solo acto jurídico. El de compraventa, que llamamos traslativo, obliga a traditar. El de mutuo, que llamamos traslativo, tradita por sí mismo. Aquél se perfecciona sin la tradición. Este se perfecciona traditando. El vendedor vende y después tradita. Para el mutuante no hay después. El presta y prestando tradita.

2.34. DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

Tradicionalmente se ha tenido el contrato como la única fuente de obligaciones voluntarias. Todo vínculo que no emane de él, tiene una fuente extracontractual.

Pero el derecho contemporáneo admite, al impulso de la doctrina, que la sola declaración unilateral adecuada a especiales condiciones, es suficiente para generar obligaciones a cargo de quien la hace. Dice a este respecto René Worms:

“No puedo modificar la situación de otro por mi sola voluntad: sería avanzar sobre sus derechos. Pero debo poder por mi sola voluntad, modificar mi propia situación, porque tengo derechos soberanos sobre mí mismo. Puedo pues, por una declaración unilateral, obligarme hacia otro. Sin duda aquél respecto del cual pretendo obligarme no resultaría mi acreedor sino lo quiere ya que no puedo imponerle un derecho y su aceptación será siempre necesaria para que nazca el crédito a su favor. Pero en cuanto a la deuda, es definitiva por la sola declaración que hago de mi voluntad. La aceptación del beneficiario, indispensable para el nacimiento del derecho de crédito, no es necesaria para la formación de la obligación”. Este concepto atenta contra la doctrina tradicional. En el derecho romano el deudor no se obligaba sin convenio, sino en dos casos: el VOTO, promesa a una divinidad, que es obligatorio por sí mismo; y la POLICITACION HECHA A UNA CIUDAD que también es obligatoria cuando se verifica en virtud de una causa justa. El mismo criterio se impuso en el Derecho Francés clásico; Pothier dijo: “no puedo por mi promesa conceder a alguno un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concorra para adquirirlo, por la aceptación que haga de mi promesa”. (59)

(59) Tratado de las Obligaciones, T. I, núm. 4.

Inspirados en esta dirección los redactores del C. Civil Francés no parece haber sospechado la posibilidad de una obligación creada por la sola voluntad del deudor. Sólo después de la publicación del C.C. Alemán fue cuando la doctrina entró a ocuparse de esta nueva fuente de obligaciones que pretende concretar en la promesa al público, la expedición de títulos al portador, fundación, oferta y estipulación a favor del tercero. Pero debe tenerse en cuenta para salvar equívocos, que la tendencia del Código no es la de consagrar en forma general dicha fuente (declaración unilateral de voluntad) sino en forma excepcional, en determinados casos.

2.35. Discusión doctrinal acerca del “rol jurídico” de la declaración unilateral de voluntad.

La doctrina moderna está dividida en dos grandes grupos formados respectivamente, por quienes admiten la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, y quienes niegan semejante posibilidad.

En el primer grupo se distinguen a la vez, dos tendencias: a) la de quienes únicamente reconocen dicha eficacia a la voluntad unilateral en supuestos excepcionales; y, b) la que con carácter general estima que incluso, en las obligaciones contractuales, su fuerza vinculante descansa en la decisión unilateral de obligarse.

Esta última tendencia, que se tiene por radical, se atribuye a Siegel para quien lo decisivo en el hecho de quedar obligado, era el principio ético que vincula al promitente respecto de sí mismo, con independencia de la aceptación del promisorio. (60).

La tendencia moderada del primer grupo, es la que se ha venido imponiendo. Ella es la que surge del C. Alemán y pregona que la declaración unilateral de una persona pueda en determinadas circunstancias y ante un precepto legal concreto, generar obligaciones a cargo de quien hizo la declaración.

(60) A pesar de que el citado autor sustentó su tesis en el terreno de la investigación histórica, la doctrina posterior ha tratado de afirmar el fenómeno como principio general. En este sentido dice Bonilla San Martín, citado por Roça Sastre: “La razón filosófica y esencial de quedar el sujeto obligado a una acción u omisión determinada, no tanto es el consentimiento o la imposición de otra persona como su propio convencimiento y la resolución firme, decidida y terminante de obligarse” Estudios de Derecho Privado, pág. 203.

La doctrina alemana reconoce los siguientes casos:

PROMESA PUBLICA. Se ofrece a todas las personas o a una categoría de ellas, públicamente, una cosa a cambio de un resultado determinado. Así por ejemplo, se publica en un diario un aviso ofreciendo \$500.000,00 a quien dé datos para el hallazgo de una persona secuestrada. Si no se ha dispuesto otra cosa la promesa puede ser revocada antes de la ejecución del acto.

CONCURSO CON PREMIO. Es una promesa cuyo objeto está constituido por la opción a un premio mediante la participación en un concurso, de acuerdo con bases predeterminadas.

PROMESA ABSTRACTA DE DEUDA. Esta figura es la que mejor compendia el desarrollo de la institución en estudio. Constituye el ejemplo por excelencia de declaración unilateral de voluntad: mediante tal promesa una persona se declara deudora de una determinada obligación en favor de la persona que sea tenedora o portadora del documento en que consta dicha obligación. Como se ve, la persona del acreedor es completamente indeterminada.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA. Una persona se declara deudora de otra, originando una obligación independiente con sustantividad propia.

Tesis negativa. Los autores que podríamos llamar bilateralistas, niegan que la voluntad unilateral pueda ser fuente de obligaciones. Se apoyan en las tradicionales razones del derecho romano y derecho clásico francés, que pueden compendiarse:

- a) Nadie puede adquirir derechos contra o sin voluntad.
- b) La revocabilidad constituye algo incompatible en esencia con la idea de obligación.
- c) La existencia y determinación del sujeto son presupuestos necesarios para la adquisición del derecho.
- ✓ d) La promesa unilateral carece de causa y no puede, por ello, producir efectos jurídicos.

e) Los efectos que se consideran constitutivos de vinculación nacida de voluntad unilateral, encuentran más fácil explicación a base de soluciones técnicas distintas, como, v. gr., el contrato con personas indeterminadas.(61).

2.36. Fundamento de la teoría.

La declaración unilateral de voluntad puede explicar suficientemente el nacimiento de la obligación si se distingue con nitidez el NACIMIENTO DEL DERECHO DE CREDITO y el EJERCICIO DEL MISMO DERECHO. La regla de que nadie es acreedor contra su voluntad sólo significa que nadie está obligado a ejercitar sus derechos excepto cuando por razones de interés público, tal ejercicio se impone.

El nacimiento del derecho es una consecuencia que regula el sistema jurídico con o sin la voluntad del acreedor, porque no depende en rigor de esta última, sino de su causa genética. Evidentemente que si la causa de origen es un contrato, el derecho no puede nacer sin que haya previo acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor; pero si la fuente no es contractual, el derecho puede originarse sin que intervenga la voluntad del acreedor.

Una vez nacido el derecho, con la intervención de ambas partes (contrato) o cuando el deudor unipersonalmente se ha impuesto el compromiso, el acreedor será libre para EJERCITARLO o NO. Pero dicho ejercicio supone un derecho ya constituido y por ende, la voluntad del acreedor sólo atañe al EJERCICIO DE DICHO DERECHO no a su NACIMIENTO.

La voluntad unilateral es suficiente en derecho para la adquisición del dominio por OCUPACION y en los casos de posesión supone también un comportamiento individual del poseedor, que unido a la aprehensión física del bien, puede convertirlo en propietario por prescripción. La "remisión" de la deuda es un acto jurídico unilateral, en el que se reconoce ampliamente el poder jurídico de la voluntad para extinguir una obligación; el usufructo, fideicomiso y servidumbre, son derechos reales que puede renunciarse unilateralmente. (artículos 865, 822, No. 4o., 942 No. 4o. del C.C.).

(61) Roca Sastre, op. cit., pág. 205.

El fundamento de la anterior tesis (la normatividad del acto unilateral) no es otro que la autonomía de la voluntad privada. Hemos dicho en varios puntos anteriores que la ley reconoce al sujeto de derecho, suficiente facultad para regular su propia esfera jurídica; o, dicho con la doctrina, todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas con tal que éstas no estén prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma, naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rijan dichas relaciones. A tal punto se ha llegado en el reconocimiento al sujeto de derecho de la autonomía privada, que hay autores como Beudant que afirma: "El derecho es la autonomía del ser humano. La facultad inherente a su naturaleza de no depender sino de sí mismo en la dirección de su pensamiento y de sus actos" (62).

Es de dicho principio de autonomía privada, del que se infiere el fundamento de la declaración unilateral de voluntad. Cada quien orienta sus actos conforme a sus propias determinaciones, pensamientos, instintos, necesidades, contingencias. Y si dicha orientación persigue una finalidad que no está expresamente prohibida por la ley y se acomoda a los límites de licitud y posibilidad, debe necesariamente estar protegida por el derecho (63 y 63 bis).

Conviene señalar el curioso fenómeno de que en el contrato la autonomía privada pierde su potestad absoluta (pues la voluntad común de las partes

(62) Citado por Pedro Rocamora Valle en su obra "Libertad y Voluntad en el derecho".

(63) Tanto en el derecho público como en el privado, el concepto de autonomía implica la facultad jurídica de autodeterminación. Jellinek citado por Rojina Villegas (Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Obligaciones II, pág. 27) considera que soberanía es la facultad jurídica del Estado para autolimitarse libremente en su régimen interno y externo. Estima que la autonomía, es la misma facultad jurídica de autodeterminación, pero referida a la organización interna del Estado.

(63 bis) La ley al reconocerle efecto obligatorio a la voluntad de una persona orientada en el sentido de cumplir con una prestación-contenida en la obligación que toma por sí a su cargo no hace sino respetar su voluntad. Por ello se ha podido manifestar en diversas oportunidades que desde el punto de vista lógico, la doctrina que estudiamos es irrefutable. Es que toda persona puede, en uso de su derecho, disponer libremente de su peculio y de sus actos, imponerse una obligación, establecer una limitación a su actividad, siempre y cuando dicha obligación no encierre una situación contraria al orden público o a las buenas costumbres, como ocurriría por ejemplo, en el caso de una persona que se obligue a no mudar de domicilio, pasando sobre la prohibición de la ley civil. Además, quien promete debe atenerse a la promesa". Luis M. Boffi Boggiero. "De la declaración unilateral de Voluntad", página 89.

es la fuente de las obligaciones), en cambio en la "declaración unilateral" se revela en todo su vigor al alcanzar una esfera de acción jurídica cada vez mayor (64).

2.37. Declaración Unilateral de voluntad en el C. Civil Colombiano.

A pesar de que por el origen del estatuto civil, nuestros redactores estuvieron muy lejos de regular expresamente sobre el instituto en comento, el artículo 1494 del C.C. y el 34 de la Ley 57/87 dan asidero en nuestro concepto, a la admisión de la declaración unipersonal de voluntad. Este texto dispone que las obligaciones nacen "ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga". El artículo interpretado en consonancia con aquellos textos que consagran obligaciones unilaterales, es suficiente para concluir que nuestra legislación no mira con desvío esta fuente de nexos personales. Así sucede con los artículos 1282 y ss., 3204, 2189, etc. del C.C.

Nada se opone en nuestro derecho según lo dicho, a que se tenga "por válidos o relevantes, los casos que la doctrina alemana ha creado sobre obligaciones unilaterales; y es así como la práctica los ha ido estableciendo con reiteración. De acuerdo con la interpretación evolutiva de la ley, según la concepción de Geny, el hecho de que el legislador no haya previsto en su época el problema de la declaración unilateral de voluntad, no debe considerarse resuelto por él. Si el legislador hubiese sido hostil a dicha teoría, opinando el mentado Profesor, su pensamiento no expresado en forma categórica no debe imponerse al intérprete, y la solución de la cuestión por vía de la libre interpretación científica, está de acuerdo con las necesidades y la opinión jurídica del momento.

Para Valencia Zea (65) los siguientes casos, son manifestaciones unilaterales de voluntad, que generan obligaciones:

(64) Podemos afirmar que la declaración unilateral de voluntad involucra una mayor libertad que la reconocida normalmente por la ley en el contrato, pues en éste se requiere como elemento esencial el concurso real de las voluntades de dos o más personas, en cambio en la declaración unilateral de voluntad, una sola persona moviéndose dentro del radio de sus conveniencias y actuando claro está, en consonancia con los principios de orden público, buenas costumbres y demás postulados reguladores de las relaciones, puede obligarse con su solo consentimiento en provecho de otra persona que no da su aceptación, aún cuando inicialmente, sea determinada (Declaración unilateral de voluntad como fuente de Obligaciones. Tesis de grado. Jairo E. Duque Pérez, pág. 110).

(65) Derecho Civil, tomo III, De las Obligaciones (págs. 169 y ss.).

1o.) La aceptación de la herencia (artículo 1282 y ss.). El heredero se convierte en deudor o acreedor de los créditos o deudas de la sucesión; nada significa que la trasmisión mortis causa convierta al heredero en sucesor del causante, pues ciertamente antes de dicha muerte, el heredero no era deudor ni acreedor. Es pues sólo por su voluntad unilateral, como se convierte en deudor o acreedor.

2o.) La gestión de negocios ajenos (artículos 2304 y ss. del C.C.). El hecho voluntario está en que el gestor por su espontánea voluntad, asume la dirección del negocio de otro y a virtud de este comportamiento, la persona beneficiada con dicha gestión queda obligada frente a aquél. Por otra parte, el gestor de negocios ajenos, contrae obligaciones, como realizar adecuadamente la gestión so pena de comprometer su responsabilidad (artículo 2306 C.C.).

3o.) La revocación del mandato por parte del mandante, o la renuncia por parte del mandatario (artículo 2189 C.C.).

4o.) La confirmación o convalidación de los negocios jurídicamente nulos (artículo 1752 C.C.).

5o.) La ratificación de los contratos celebrados por un tercero sin poder suficiente para obligar al dueño del bien o bienes de que se dispone (artículo 1874 C.C.).

6o.) La declaración unilateral por la cual se establece una fundación o establecimiento de utilidad común.

7o.) El reconocimiento de hijos naturales.

8o.) Las promesas públicas de recompensa, ya expresamente aceptadas por el C. de Co.

Agregamos a estos casos los siguientes:

1o) La Oferta en los especiales casos a que se refieren los artículos 186 y 187 del C. de Comercio.

2o) En los distintos casos de estipulación para otro según la doctrina que informa el artículo 1506 del C.C., el promitente se obliga unilateralmente frente al beneficiario de la estipulación (convencionalmente frente al estipulante).