

EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN: DERECHOS DEL ACREEDOR

Origen e historia

A continuación, antes de precisar la definición de obligación, se realizará un breve recorrido por los orígenes de este concepto en el Derecho Romano, para visualizar su importancia en la construcción de todo el derecho privado de la familia Romano-Germánica, a la cual pertenece nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, es posible observar que en el Derecho Romano la obligación está prácticamente definida como un *vínculo jurídico que ata al acreedor al deudor en razón de una prestación*⁷⁵.

En la antigua Roma, el incumplimiento de las obligaciones se resolvía y se ejecutaba en la propia humanidad de las personas. Un ciudadano libre e incumplido le pertenecía después a su acreedor como una cosa, pues se estaba atado en el sentido literal y se respondía por el incumplimiento de algún compromiso con el mismo cuerpo físico. Así mismo, si eran varios los acreedores estos podían dividir

.....
⁷⁵ Cabe señalar en este punto, que la palabra obligación deriva del latín *Ob-Ligare* o "bajo liga" y que significa atar, amarrar, estar atado a alguien. Apunta Hattenhauer: Desconocían (los romanos) tanto el concepto de relación jurídica como el de relación obligatoria. "Su lugar lo ocupaba la *obligatio*, origen de la denominación actual del Derecho de obligaciones. La *obligatio* no era un concepto, sino solamente la imagen descriptiva de una realidad jurídica, pero una imagen especialmente sugerente, ofrecida por las instituciones –el manual de introducción al *Corpus iuris civilis*– para describir situaciones de hecho". Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Ariel Derecho. Barcelona, 1987. Cap. xi. P. 193-209.

físicamente a su deudor a efectos de pagarse sus acreencias con las sendas partes del cuerpo del deudor, que resultaran de la división⁷⁶.

Sin embargo, progresivamente en el Derecho Romano este acto se fue reduciendo y manifestándose en figuras como la *manus injectio*; esto es, la esclavitud en beneficio del acreedor. Posteriormente aparece el *vindex*, que simplemente era un tercero que defendía o prestaba cauciones a favor del sometido a la *manus injectio* y que solicitaba se probara la deuda que existía en contra de su defendido: teniendo el agravante de que si eventualmente perdía en su defensa, quedaba también esclavizado en las mismas condiciones del primer deudor; este *vindex* era una especie de fiador; por lo que la doctrina ha afirmado que esta figura constituye el origen de la fianza.

Entre otros autores, *Teodoro Mommsen* a lo largo de sus obras ejemplificó de forma apropiada la evolución de la ejecución de las obligaciones de la antigua Roma⁷⁷, él manifiesta que una de las primeras acciones que surgió a favor del acreedor y en contra del deudor incumplido fue la ya mencionada: *Manus Injectio* regulada por la ley de las XII tablas y que consistía en aprehender físicamente al deudor, apoderándose de él para pagarse las deudas con su trabajo. Esta acción se ejecutaba a través de la *manus injectio iudicati* y se podía presentar en dos casos: el primero, cuando se condenaba al demandado *iudicatus* y el segundo, cuando confesaba el deudor su deuda ante el *Iudex confessus in jure pro iudicatu habetur* y se consolidaba a favor del acreedor un crédito en dinero.

Seguidamente a que el deudor compareciera voluntariamente o fuera llevado por la fuerza ante el *Iudex*, o desde que él mismo hubiera confesado su deuda, el obligado tenía treinta días para cancelarla y si no lo hacía se confería al acreedor el derecho a proponer la *actio iudicati per manus injectio nem*, que implicaba el derecho de aprehender al deudor y conducirlo desde el sitio donde lo encontrara ante el magistrado, y mientras lo aprehendía debía recitar la fórmula sacramental consignada en las doce tablas *como has sido juzgado y condenado a darme mil sestercios* (o el valor de la suma adeudada) *y por dolo malo no me los has pagado, en atención a deuda de los mil sestercios a que has sido condenado, te pongo*

76 Schiavone, Aldo. *Ius, la invención del derecho en Occidente*. Traducido por Prospero Germán. Adriana Hidalgo editorial. 2 ed. Buenos Aires. 2012. ISBN: 978-84-92857-07-2. De igual modo; Stein, Peter. *Derecho Romano en la historia de Europa*. Historia de una cultura jurídica. Siglo XXI. 1 ed. 2001. ISBN: 84-323-1060-6.

77 Mommsen, Teodoro. *Historia de Roma*. Traducción por A. García Moreno Editor, Buenos Aires, 1953.

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

las manos encima, mientras el acreedor hacía esto debía tener su mano puesta en cualquier parte del cuerpo del deudor.

Durante esta época se presentaba otra serie de mecanismos con los cuales se juzgaba al deudor, así por ejemplo, existía la *addictio* que consistía en que a través de esta figura, el *judicatus* (o *la persona juzgada, es decir el deudor*), tan pronto como había sido llevado ante el magistrado por su acreedor tenía dos alternativas: o pagar el dinero a que había sido condenado o presentar un *vindex* para que analizara las circunstancias específicas del asunto, y si era del caso, litigara con el acreedor y a favor del *judicatus*. Lo anterior, teniendo en cuenta que el deudor propiamente dicho había sufrido la denominada *capitis de minutio*, y por lo mismo perdía sus derechos no pudiendo representarse a él mismo. Por ello, necesitaba un *vindicator* para que en su nombre y representación sustentara la “nueva instancia”, con la consecuencia de que si perdía el pleito era condenado a pagar el doble de la obligación, si esta no se pagaba por parte del *judicatus*, el *Iudex* procedía a adjudicar (*addictio*) al acreedor, la persona física del deudor y desde ese momento el acreedor estaba facultado para encadenar a su deudor con pesadísimas cadenas. Sin embargo, estaba ese acreedor obligado a darle dos libras de harina diarias y agua suficiente para que su *addictus* (deudor incumplido y adjudicado como pago) no muriera de hambre. Así mismo, ese *addictus* podía recibir alimentación de los suyos o del fruto de sus bienes, porque *la manus injectio* no estaba dirigida contra los bienes del deudor, sino contra su propia persona como ya quedó dicho.

Después de la *addictio* corría un nuevo término de sesenta días, en el que el *addictus* podía llegar a un arreglo con su acreedor o encontrar un nuevo *vindex*. (Algunos ven en ella el surgimiento de la segunda instancia). Nuevamente salía ese segundo *vindicator* a defender la causa del deudor y la tomaba o asumía como si fuera propia. Así, si perdía nuevamente debía pagar el doble de la suma inicialmente ejecutada, y en esta oportunidad el acreedor podría ejercer la acción en contra de este nuevo deudor, e incluso ejercer contra él también *la manus injectio*, dado el caso de que tampoco pagara.

Por otro lado, dentro de las obligaciones del acreedor estaba la de conducir a su adjudicado deudor al foro y buscar un *vindex* para su defensa o para que pagara la deuda entre los familiares o conocidos de aquel. Cumplidas esas formalidades podía en última instancia el acreedor enajenar a su deudor al otro lado del Tiber (*trans Tiberim*), lo que sin más, era venderlo a extranjeros, extramuros de Roma y con el

precio de la venta pagarse su crédito. El acreedor, a su arbitrio, también podía matar a su deudor, y si eran muchos los acreedores todos los bienes del condenado pasaban a ser de propiedad de los acreedores en la proporción de la división, como quedó dicho.

Existieron otras figuras en Roma como la *pignoris capio*, que dirigía la acción del acreedor contra los bienes del deudor, pero no para pagarse con ellos sino para constreñirlo a pagar al apoderarse de alguna cosa que ese deudor necesitara casi de forma imprescindible. Era una especie de prenda en la que la cosa no servía de garantía, sino de coerción frente al deudor.

Posteriormente, en el año 457 a.C. gracias a la *Lex Poetelia Papiria* se prohibió perseguir el cuerpo físico del deudor, como se venía realizando, y en su lugar, se otorgó a los acreedores la facultad de perseguir el patrimonio del deudor. Esta ley cambió la manera en cómo se garantizaban las obligaciones, trasladó la garantía del cuerpo del deudor hacia el conjunto de bienes de su propiedad⁷⁸.

Así mismo, se creó la *cessio bonorum* que consistía en que el deudor podía ceder sus bienes voluntariamente al acreedor o acreedores, siempre y cuando fuera insolvente y obrara de buena fe. Este fue el nacimiento de la cesión de bienes como actualmente la conocemos.

Más adelante, gracias a la influencia del cristianismo y de otras interpretaciones filosóficas y religiosas, como el estoicismo y específicamente del derecho bárbaro o germano sobre la legislación romana, surgen atenuantes de esas situaciones. En principio aparece la *Bonorum Venditio*, influenciada también por la *Lex Poetelia Papiria*, y que facultaba al Iudex a autorizar al acreedor apoderarse de los bienes del deudor cuando este había desaparecido y era imposible ejecutar la *manus injectio*. Se desvincula entonces a la persona física como obligada y entraba a responder con sus propios bienes en la justa medida de sus obligaciones, lo cual es claramente un postulado que ha sobrevivido hasta el día de hoy.

Ahora bien, así como en Roma ello ocurrió a su turno, Justiniano en la Instituta 3.13, manifestaba que *los derechos personales son las mismas obligaciones (obligatio), y que son un vínculo mediante el cual las personas se atan, se unen, se ligan, y que unilateralmente no puede ser roto. Que en esas obligaciones el vínculo es jurídico, por lo que se obliga una parte a solventar (salvar, pasar, cancelar) una carga según el derecho civil (Comun Civitatis Iure)*.

78 Rodolfo Arguello, Luis. *Manual de Derecho Romano; historia e instituciones*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

Obligatorio est vinculum iuris quo necesida ead strigimus aliculus solvendae rei secundum mostra civitatis Iura. La anterior definición dada por las institutas de Justiniano contiene varios elementos que pueden analizarse separadamente:

- *Vínculo que ata*, esto es una relación que mantiene unidas a las partes en ella intervinientes, hasta que la obligación que nació de ese vínculo se destruya.
- *Adstiqimus o coerción*, deriva de la fuerza que emana de una autoridad reconocida legítima, como lo es el Estado.
- *Solvendaerei*, contenido de la obligación en dinero u otros bienes, que a pesar de no estar incluido en la definición hace referencia a que esa coerción va a ejercerse sobre los bienes del obligado, o lo que es lo mismo en el derecho privado contemporáneo, sobre su patrimonio.

Por considerarlo de suma trascendencia hemos dedicado estas cortas líneas a la historia del concepto, pues parecen imprescindibles en la buena formación de todo jurista; sin embargo, resulta necesario articular esta perspectiva histórica con la constitucionalización que han sufrido los fenómenos.

Definición y elementos de la obligación

Sin distar mucho de la definición anterior, y teniendo claro el contexto histórico se entiende por obligación el vínculo jurídico que existe entre un sujeto activo llamado acreedor y un sujeto pasivo llamado deudor; en virtud del cual este último se encuentra en la necesidad de cumplir con una prestación o conducta positiva de *dar* o *hacer*; o una conducta negativa o abstención que consiste en un *no hacer*; mientras que el acreedor puede exigir, incluso judicialmente, su cumplimiento forzoso o su equivalente en dinero, el así llamado **subrogado pecuniario**, es decir, el acreedor puede hacer valer su crédito ante el deudor acudiendo al derecho objetivo por medio de las acciones que este le otorga⁷⁹.

Esos vínculos pueden surgir a la vida jurídica ya por la violación de un deber general de cuidado, como cuando se causan perjuicios a una tercera persona por la ocurrencia de un accidente de tránsito, o a través del ejercicio de la atrás mencionada **autonomía privada**, específicamente a través de la **libertad de contratación**, que se materializa en el **negocio jurídico** como una oferta, la adopción de

79 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed 8° actualizada. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2005. P. 49.

un menor o la aceptación de una herencia, pero fundamentalmente por el ejercicio de esa libertad a través de la conclusión del **contrato**⁸⁰. Como cuando una persona toma en arriendo una casa para vivir y otra pone, por virtud de un acuerdo de voluntades una de su propiedad a ese efecto. Este último obra como arrendador, el primer sujeto con arrendatario y por la convención que han celebrado surgen obligaciones mutuas y correlativas, que deben ser cumplidas en virtud del acuerdo. Así, cada uno de los dos individuos es artífice de la normatividad privada que le gobierna y por lo mismo puede decirse que todos los sujetos están regidos por las normas de tipo legal y constitucional de su país, pero también por las negociaciones privadas que autónomamente han celebrado. El artículo 1602 del Código Civil le otorga rango legal a todas las convenciones que los particulares celebren, siempre y cuando no contravengan la normatividad de orden público nacional.

La interrelación entre el derecho público y civil que es objeto de análisis en este escrito se torna clara. Si bien en la época de la codificación se tenían como antagónicas una y otra labor, esto es la del derecho público y la del derecho privado, hoy en día son una simbiosis inseparable. El contrato ha dejado de ser un tema de autonomía privada puramente, pues en el caso del arrendamiento por ejemplo, existen normas de orden público incorporadas a todos los contratos no sólo de vivienda urbana (ley 820 de 2003), sino incluso a los de local comercial para establecimientos de comercio (artículos 518 a 524 del C. de Co.) y a su turno el Derecho del consumo implica la protección de una parte de esas contrataciones que se presenta muy débil, frente a la empresa (§ 14 del BGB) todopoderosa que regula no sólo en muchas oportunidades su propio mercado, sino también cada uno de los contratos impuestos: el consumidor (§ 13 del BGB). Esa protección incluso en nuestro país ha implicado un revestimiento de carácter constitucional (art. 78 de la C.P.).

No parece más certera la frase decimonónica de que entre más intervención del Estado, menos libertad. Por el contrario, pareciera que entre más se postulan derechos determinados a nivel constitucional, y estos se articulan debidamente con todo el ordenamiento legal, contractual y tributario, más libertades se profesan por el Estado al ciudadano. La dinámica jurídica pareciera cernirse en el intervencionismo que, cada vez, sin embargo, tiene más y más problemas para controlar a una sociedad

.....
80 Brox, Walker, Allgemeines Schuldrecht. Leichtes Lernen durch zahlreiche Aufbauschemata und viele kurze Einstiegsfälle. 31 Auflage, C.H. Beck, München, 2006, P. 8-9, y, Medicus/Lorenz. Schuldrecht I, Allgemeiner Teil Ein Studienbuch, 20. Auflage, C.H. Beck. Darmstadt. 2012. P. 1.

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

globalizada, electrónica, de masificación del consumo, de la internacionalización del trabajo, de la producción, de la velocidad industrial, que no parece ser alcanzada por el lento devenir jurídico. Se itera la idea expuesta atrás: sólo a través de una vigorosa protección de los derechos a la igualdad (formal y material), a la libertad (regulada en materia contractual, no sólo privada, sino laboral, internacional, transaccional, de seguros, de comercio), sin la extraña separación que parece condenar la libertad negocial a un derecho de segunda categoría constitucional, sólo a través de la articulación de esos principios con las normas de rango legal sobre consumo, y acceso a bienes y servicios que se comprenden dentro de lo que se ha denominado derechos económicos, sociales y culturales podrá alcanzarse en menor tiempo una sociedad más equitativa en términos de ejercicio de la libertad y de acceso patrimonial regulado al mercado.

Los derechos de los consumidores protegidos ahora en Colombia por la ley 1480 de 2011, no podrán ser desarrollados en su totalidad, si el artículo 333 sigue creando una divergencia interpretativa entre la libertad negocial y las otras libertades, como arriba ha quedado postulado, pero es que en los contratos de tipo paritario tampoco va a poderse articular un desarrollo riguroso de los derechos y las obligaciones de las partes.

En síntesis y teniendo en cuenta las precisiones recién establecidas, se fijan como elementos de la obligación, en primer lugar el subjetivo, compuesto por un sujeto activo o acreedor (*creditor*) y un sujeto pasivo o deudor (*debitor*); en segundo lugar, el elemento objetivo constituido por el objeto mismo de la obligación, es decir, la prestación que consiste en un dar (*dare*), hacer (*facere*) o en un no hacer (*non facere*) y, finalmente, el vínculo jurídico que es la relación de derecho que obliga a las partes.

El Código Civil Colombiano si bien no establece mediante norma expresa el concepto de obligación, en su artículo 1495 al definir lo que es contrato, incluye a grandes rasgos la definición de esta al señalar de manera indirecta las clases de prestación, bien sea dar, hacer o no hacer. El artículo 666 *ibidem*, hace también un acercamiento al concepto de obligación al referirse a aquellos derechos *que pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas*.

Elemento subjetivo

Como ya se afirmó, este elemento hace referencia a los sujetos que intervienen en el vínculo obligacional, es decir, el acreedor y el deudor siendo el primero quien

puede exigir el cumplimiento de la prestación y el segundo quien se encuentra obligado a realizar la misma. La obligación desde el punto de vista del deudor se denomina deuda u obligación, mientras que desde la perspectiva del acreedor se denomina crédito o derecho personal y el mismo forma parte activa del patrimonio de aquel.

Tanto deudor como acreedor son partes que pueden estar compuestas por una o por varias personas (art. 1495 C.C.) ya sea naturales o jurídicas, lo cual no significa que existan múltiples partes contratantes, sino que siguen siendo sólo dos partes que constan cada una de varios sujetos.

En caso de que ambas partes estén compuestas por un único sujeto, la obligación se denomina subjetivamente simple, mientras que si alguna de las partes se compone de varios sujetos se denomina subjetivamente compleja y puede ser solidaria o mancomunada, atendiendo a determinado criterio, como se expondrá más adelante, cuando se haga referencia a la clasificación de las obligaciones.

Resulta interesante dejar claro que las relaciones obligatorias no se establecen, como pretende hacerlo el neoliberalismo más acendrado, entre patrimonios que son administrados por individuos, sino que se establecen entre particulares, entre sujetos de derechos que tienen que ser considerados hoy en día también en su espectro personalísimo, a través de los derechos constitucionales (art. 333) y fundamentales (art. 13, 15 y 16 fundamentalmente), que tienen una prevalencia por sobre todo el resto del ordenamiento.

Las obligaciones no pueden ser una prioridad en un Estado social. Por supuesto que los jueces civiles de la República están instaurados para hacer valer los pactos acordados entre los particulares, pero resulta importante señalar que esos pactos deben estar de conformidad con la constitución y la labor del juez civil no puede contraerse a un mero análisis formal de rango legal para cumplir a cabalidad sus funciones, sino que por el contrario, su tarea debe escalar todos los planos descritos y tener en cuenta la dignidad de la persona como fundamento básico para la realización del derecho. El mundo ha asistido asombrado al complejo fenómeno de los desahuciados en España, a la quiebra de ciudades enteras como Detroit, en los Estados Unidos de Norteamérica, a la quiebra de instituciones financieras como Lehmann Brothers y Societa Generale, que al parecer repercutieron en las crisis financieras griega, española, italiana, irlandesa, por sólo mencionar algunas⁸¹.

81 Castro Ayala, José. *El Euro y el consumidor como fenómenos políticos en el actual desarrollo de Europa*. Apuntes del CENES. Vol. 32, Nº. 56. 2013. P. 81-104. Consultar [en línea] disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4737552>

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

Cuando se terminan de revisar estas líneas, ha suscrito el gobierno griego un acuerdo con sus acreedores de la Eurozona y del Banco Mundial, que parece que va a tener efectos devastadores en el sistema social griego y al respecto vale cuestionarse, ¿hasta dónde debe gobernarnos la economía? ¿Incluso debe poder restringir agresivamente los derechos básicos de los ciudadanos? El mensaje que se ha enviado al mundo, para hacer sobrevivir la zona Euro, es un mensaje catastrófico, pues por encima de los consumidores y de los ciudadanos debe hacerse prevalecer una simple moneda. El problema no debería ser de atención si no existieran crisis similares en España, donde uno de cada cuatro jóvenes no tiene empleo; Italia, que ha tenido un crecimiento negativo, a pesar de los esfuerzos del ejecutivo, e Irlanda, donde, si bien es cierto que la economía mejora, las restricciones económicas parecen estar dadas para llevar a los sujetos a sus más insospechados límites patrimoniales.

La constitucionalización y más aun la supraconstitucionalización de los derechos patrimoniales, para referirnos al caso de la Eurozona, no debería permitir que los demás derechos sociales, económicos y culturales perdieran terreno, bajo argumentos puramente económicos. La consideración de los derechos de los ciudadanos debería estar acorde en las directrices constitucionales con los intereses económicos, lo contrario es promover un neoliberalismo demasiado peligroso y como muchos lo entienden “salvaje”.

Caso 8. Un ciudadano presentó acción de tutela contra un departamento administrativo del Distrito Capital y contra una Superintendencia del orden nacional por disponer a través de sus respectivas páginas web de información de ese ciudadano, a la cual se podía acceder digitando su número de identificación por parte de cualquier persona. La información a la cual se accedía era de carácter reservado pues incluía, además de sus datos personales, información básica de sus familiares, de algunas de sus deudas, así como una detallada información jurídica y económica de su propiedad inmueble⁸².

Indicación, consultar: Corte Constitucional.

Sentencia T-729 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

.....
82 Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Elemento objetivo

La prestación como objeto de obligación ha suscitado alguna controversia, ya que ha existido la tendencia a confundirla con el objeto material del vínculo jurídico. Pero debe tenerse muy en claro que la prestación es el comportamiento o conducta a realizar por parte del deudor en beneficio del acreedor, constituyéndose como el elemento esencial de la misma (art. 1517). De ninguna manera puede confundirse la prestación en cualquiera de sus tres modalidades (dar, hacer, no hacer) con el objeto material (cosas bienes o servicios).

Desde otra perspectiva comparada, la dogmática, con el fin de dilucidar las diversas concepciones sobre el elemento objetivo de la obligación, ha hecho una apreciación bastante acertada y conveniente al considerar el objeto material como el objeto de la prestación, y a esta última como el objeto de la obligación, esto adquiere su justificación en que si los objetos materiales de la prestación desaparecen, aun subsiste la obligación, cosa que no ocurriría si el objeto jurídico de la obligación desapareciera⁸³.

Así mismo, otra parte de la doctrina hace la distinción de la siguiente manera: *la cosa vendida o arrendada, en su naturaleza intrínseca no es objeto del negocio, ya que en si no constituye la conducta (acción u omisión); naturalmente que la declaración de voluntad recae en forma directa sobre la conducta y sólo indirectamente sobre las cosas*⁸⁴. Para identificar el objeto de la obligación; el objeto jurídico, claro está, se debe responder, ¿qué se debe dar?, ¿qué se debe hacer?, o ¿qué se debe no hacer? Según sea el caso, si se trata por ejemplo de una compraventa de un bien mueble se ha de responder a las preguntas ¿qué se debe hacer?, pero no se puede olvidar ¿qué se debe entregar?

De igual manera, el objeto de la obligación, anteriormente establecido, debe diferenciarse del objeto del contrato a realizar o fin socioeconómico del mismo; entendido como el fin específico por el cual las partes se obligan v. gr; en un contrato de suministro, el fin puede ser la dotación de elementos de primera necesidad a personas de escasos recursos. Y aunque las partes cumplan con la totalidad de

83 Puig Peña, Federico. *Obligaciones y contratos*. Tomo III. Ediciones pirámide S.A., Madrid, 1976.

84 Valencia Zea, Arturo. *Derecho civil*. Tomo I. Parte general y personas. Séptima edición. Editorial Temis. 1976. P. 585.

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas, el objeto del contrato puede no obtenerse⁸⁵.

Por otro lado, debido a que la prestación de dar y la de hacer suponen la realización de una determinada conducta, ambas han sido llamadas activas. Cuando dicha conducta consiste en transferir el derecho de dominio u otro derecho real, nos encontramos frente a una prestación de dar, mientras que la realización de cualquier otra actividad, ya sea material o intelectual, nos sitúa en el campo de las prestaciones de hacer. Por su parte, la prestación que consiste en no realizar una conducta o detener su realización se denomina de no hacer o prestación pasiva o abstención.

Así, en un contrato de obra, la obligación que tiene el artista de elaborar una determinada cosa, supone una prestación de hacer; de igual manera, las cláusulas de exclusividad territorial que imponen al distribuidor de un producto abstenerse de comercializar el mismo, más allá de un determinado territorio, suponen una prestación de no hacer. Mientras que, en la compraventa de cualquier objeto, la prestación a que está obligado el vendedor es de dar, pues consiste en transferir la titularidad del derecho de dominio sobre el objeto que se ha negociado y por ende enajenado.

En cuanto a la prestación de dar, es importante señalar que, en el léxico jurídico dar no es sinónimo de entregar, dado que esta última sólo se refiere al traspaso material de la cosa sin que exista el ánimo de transmitir el dominio, como ocurre en el arrendamiento, el depósito o el comodato, entre otros muchos contratos⁸⁶.

En relación con lo anterior, la tradición de muebles según el artículo 754 del código civil puede perfeccionarse bien sea por medio de la aprehensión material o prescindiendo de esta, ya sea porque la cosa es mostrada al acreedor; por medio de la entrega de las llaves del lugar en que reside la cosa; conviniendo el lugar en que el deudor debe poner a disposición del acreedor la cosa; o por venta, donación u otro título de enajenación conferido a quien tiene la cosa mueble, bien sea usufructuario, comodatario, depositario, o por el contrato en que el dueño se constituye como usufructuario o depositario.

85 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen I. Universidad Nacional de Colombia, 2 Edición, 1957.

86 Cfr. Art. 1605 del Código Civil.

Al respecto cabe acotar que ya es usual adquirir cosas por internet que llegan a domicilio a la casa, pero también pueden ser tenidos en cuenta modernos problemas que hasta ahora empieza a vislumbrar el derecho en cuanto a su tratamiento. Todos los *Incoterms* o términos de comercio internacional que son utilizados específicamente, a la vez que se realiza una negociación entre dos contratantes, pertenecientes a dos países distintos que han suscrito la Convención de Viena, para la compraventa internacional de mercaderías de 1980, (más conocida en el ámbito como CISG), ha de tenerse en cuenta que la entrega y la tradición de la cosa es un punto de negociación, pero más allá de ello, que pareciera ser un punto relativamente tranquilo, asistimos a la entrega domiciliaria de esas mismas cosas a través de Drones. Ya se entregan normalmente libros, comida o artículos de supermercado a través de robots no tripulados que reconducen las mercancías hasta el sitio donde se encuentra el comprador, pero lo más interesante, luego de las dos reflexiones precedentes, es que parece que serán dentro de poco tiempo previsibles y normales las entregas por un dron enviado desde la ciudad de Miami a la ciudad de Barranquilla en menos de unas cuantas horas. Por supuesto, la misma tecnología parece querer entrar en uso a lo largo y ancho, por lo menos de todas las américas y en parte en Europa.

El pago electrónico presupone nuevos problemas, pues es cotidiano adquirir tiquetes de avión en otros países por internet, hacer reservas y pagos hoteleros de la misma manera y se ha popularizado el así llamado *Bit-coin*, en un mundo cada vez más digital. Sin embargo, las problemáticas tanto de los drones como de la moneda electrónica paritaria mundial comporta serias dificultades regulatorias en los ámbitos nacionales y nuevamente se torna a la inicial reflexión: tanto una tecnología como la otra, (Drones y *Bit-coin*) podrán incorporarse sin mayor problema, siempre y cuando no se afecte la esfera íntima del individuo y ello comporta todos sus derechos fundamentales y personalísimos en el caso de los Drones⁸⁷, por una parte, y de otro lado, que no se afecten los derechos de disposición (libertad e igualdad) de los sujetos intervinientes en las negociaciones con el dinero virtual. Sin embargo, en este último asunto pareciera ser la seguridad el mayor problema

87 Sobre una apreciación constitucional con respecto a la utilización de drones enfocados a la defensa europea y norteamericana, así como los eventuales problemas constitucionales que la utilización civil de estos robot voladores podrían implicar, ver, entre otros: Frau, Robert: *Drohnen und das Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen. 2015. ISBN 978-3-16-153140-8.

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

y la necesidad de regulación uniforme para todo el globo, lo cual suena un poco a un imposible⁸⁸.

De otro lado, en cuanto a los bienes inmuebles, el artículo 756 *ibidem* estipula la tradición de estos mediante la inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos, para los vehículos en la oficina de tránsito y transporte correspondiente, para las aeronaves la aeronáutica civil y para naves en la DIMAR.

Ahora bien, la prestación de la obligación siempre debe ser determinada, lícita y posible, pero la explicación de cada uno de estos requisitos en las distintas clases de prestaciones que recién se explicaron se abordará en el acápite de los elementos del negocio jurídico, cuando se haga referencia a los requisitos de validez del objeto.

La dogmática alemana a su turno diferencia de las dos cosas anteriores, la así denominada *Schuldverhältnis* o relación obligatoria (§ 241 del BGB), entendiéndolo por ella, no sólo los derechos del acreedor, sino el vínculo de colaboración que se establece entre las dos partes atadas por el contrato o la relación obligatoria. La epistemología de esa relación busca un alto nivel de colaboración entre las partes atadas: a nadie le interesa terminar sumergido en un pleito judicial, sino que las mutuas prestaciones, por ejemplo, en los contratos sinalagmáticos perfectos se cumplan de manera tranquila, pacífica, expedita y rápida, bajo la observancia de los mandatos de la buena fe, de las costumbres negociales y del respeto del otro sujeto. (§ 242 del BGB art. 1603 del C.C. art. 871 del C. de Co.).

Las nuevas interpretaciones jurisdiccionales y dogmáticas tienden a proponer que esa *equidad natural* que menciona por ejemplo el artículo 871 de nuestro ordenamiento mercantil, o la *honestidad y la confianza legítima* que menciona el § 242 del BGB ya no son algo etéreo, sino que esa autonomía privada, ese principio de colaboración mutua, para la mejor satisfacción de los intereses, gravita sobre unas cláusulas indeterminadas, que han de contraerse y remitirse a la mejor comprensión y a la más alta protección de los derechos fundamentales, que por supuesto a su turno implican un límite al libre ejercicio autónomo de negociación y de conclusión (celebración) del contrato. Aquí también se evidencia la problemática

88 Sobre las muy complejas y dinámicas cuestiones jurídicas que genera este tipo de dinero virtual, ver entre otros muchos textos: Schroeder, Moritz. Bitcoin, virtuelle Währung, reelle Problemstellungen. Consultar [en línea] Disponible en: <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140104>

de que la libertad negocial no esté protegida como un derecho fundamental a nivel constitucional.

Esos mecanismos, sobre todo de interpretación negocial, tienen, por lo menos en la jurisdicción alemana y Europea, unas funciones específicas como son: a) la función de **complementación** del negocio, por virtud de la cual el juez debe determinar cuál ha de ser la mejor forma de entender el pacto para obtener el mejor beneficio para las partes en caso de que no haya claridad al respecto o se haya incurrido en una omisión imperdonable, que complica la ejecución y sobre todo la tranquilidad de las partes; b) una función de **control de límites** por virtud de la cual se ha de buscar a nivel jurisdiccional si se incurrió o no por parte del deudor en un ejercicio inadmisibles de un derecho; c) una función de **corrección** que le sirve al juez para precisar las cargas atribuibles a cada una de las partes, cuando lo pactado parece desconocer o un derecho fundamental o los límites de la autonomía privada frente a las buenas costumbres o a la buena fe, atendiendo siempre a que se debe potencializar al máximo la satisfacción de las partes inmersas en la relación obligatoria, d) cumple una **función de habilitación** para exigir deberes adicionales como el de información precontractual, como el de responsabilidad en la etapa precontractual o como la de deberes o cargas paralelos, no imputables a las prestaciones obligacionales⁸⁹.

Elemento causal

Este elemento hace referencia al vínculo que existe entre deudor y acreedor, el cual puede surgir de alguna de las fuentes de las obligaciones que serán mencionadas más adelante y, tiene importancia y relevancia jurídica, por cuanto es el que, ante el incumplimiento del deudor, faculta al acreedor a coaccionar a aquel jurisdiccionalmente para que cumpla la prestación a que estaba obligado.

Así, el vínculo es, como lo señaló Justiniano, eminentemente coactivo, su efecto básico es permitir la exigibilidad del cumplimiento de la obligación y su existencia es indispensable para que se pueda hablar de una obligación.

No sobra señalar, para evitar confusiones, que ante el incumplimiento del deudor en nuestro ordenamiento jurídico se faculta al acreedor para que persiga, ya sea el cumplimiento de la obligación, esto es, para que ejecute a su deudor; o, si

89 Entre otros, cfr. Mansel, en Jauernig BGB, Kommentar, 15. Auflage, C.H. Beck, München, 2014. P. 193 y ss.

•El concepto de obligación: derechos del acreedor •

a bien lo tiene, la resolución del contrato que sirvió como fuente de la obligación incumplida. Lo anterior, a modo de simple enunciación, pues como se expondrá a lo largo del libro, el incumplimiento mismo del deudor⁹⁰.

Momentos de la obligación: débito y responsabilidad

Los momentos de la obligación hacen referencia a las fases en las que la obligación se posiciona en su potencial ejecución, o en su definitivo incumplimiento. Se entiende entonces que el débito corresponde al momento en que existe una **esperanza legítima** en el acreedor de que se cumpla con la prestación pactada, y existe coetáneamente una confianza en cabeza del deudor de poder cumplir a cabalidad y en tiempo con la plenitud de la prestación debida, el principio de colaboración entre acreedor y deudor parece entonces immaculado y aun susceptible de ser cumplido y preservado.

La responsabilidad corresponde al periodo siguiente, que se origina cuando se ha terminado el tiempo hasta el cual el deudor podría cumplir válidamente su obligación, lo cual faculta al acreedor para exigir al deudor que se haga responsable por el incumplimiento de la obligación a la que se había válidamente comprometido, esto es, que cumpla con la prestación o pague el subrogado pecuniario, es decir, el valor en dinero de la misma. En uno u otro caso, con la posibilidad de solicitar una indemnización por los perjuicios causados⁹¹.

Al efecto, vale recordar el paradigma negocial en el ordenamiento colombiano. Teniendo en cuenta la condición resolutoria tácita, que enuncia el artículo 1546 del C.C. se plantea que, en principio, de acuerdo al artículo 1602 del C.C., deberán cumplirse las obligaciones derivadas de los contratos, pero cuando uno

90 Al respecto autores como Valencia Zea y Ortiz Monsalve han dicho: "En tres casos se compromete la responsabilidad del deudor: cuando no cumple, cuando cumple a destiempo y cuando cumple mal o imperfectamente". A estos casos se refieren los artículos, 1613 y 1614; el primero, al contemplar la posibilidad "de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento", y el segundo, al establecer la obligación de indemnizar perjuicios en cualquiera de las tres hipótesis". Valencia Zea, Arturo & Monsalve Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo III. de las obligaciones. Editorial Temis. Bogotá. 2004. P. 345.

91 Frente a esto, autores como Fernando Hinestrosa han expresado; "acreditada la existencia y realidad del daño sufrido es indispensable su valoración en dinero. Si en el proceso se encuentran bases suficientes para el cálculo, podrá el juez condenar en concreto a la indemnización, fijando cifra para cada capítulo global al que correspondan las especificaciones previas". Hinestrosa, Fernando. *Derecho Civil, obligaciones*. Universidad Externado de Colombia. P. 545.

de los contratantes ha incumplido, el otro podrá a su arbitrio pedir la resolución o el cumplimiento con la indemnización de perjuicios⁹².

En el primer caso, se devolverán las cosas a su inicial estado, con el necesario reconocimiento de que todo daño emergente y lucro cesante que le haya infligido el contratante incumplido a su acreedor deberá ser indemnizado. Ello siempre y cuando el que demanda se allane a cumplir, y de hecho pruebe, que ha cumplido o que trató de cumplir con todas sus obligaciones, de acuerdo a la más inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De lo contrario, podrá solicitar el cumplimiento de la obligación y también la indemnización de perjuicios.

En esta medida, cabe entonces sintetizar los dos momentos de las obligaciones así: uno inicial, el débito; que se materializa fundamentalmente en la esperanza legítima mediante la cual el acreedor aguarda a que su deudor cumpla de forma eficaz y eficiente el objeto de su obligación. Es todavía considerado como el momento en el cual la obligación puede extinguirse de forma efectiva y válida, y una vez cumplido el objeto de esa obligación se rompe la relación entre el acreedor y deudor.

Un segundo momento, la responsabilidad es en el que se genera la obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento. Cabe aclarar, que el pago inicial y perfecto no conlleva a incurrir en responsabilidad, ya que comporta una actuación acorde con el objeto al que se obligó; pues la regla general es que no queda satisfecha la obligación, cuando se paga con una cosa diferente a la que inicialmente se pactó.

Sin embargo, en el segundo momento es en el que ese acreedor ya no se allana en silencio a recibir ese pago tardío o mal ejecutado, sino que decide hacer responsable a su deudor del daño que este le ha inferido por su anterior incumplimiento. Además, de que ese acreedor deberá salir indemne de esa relación jurídica, podrá a su voluntad solicitar que se cumpla con el objeto de la prestación o que se devuelvan las cosas al estado anterior, resolviendo el negocio jurídico que ató a las partes, como ya se ha planteado.

.....
92 Cabe hacer la referencia que este postulado no es absoluto, y existen excepciones, como el planteado en el Estatuto del consumidor (art. 11 # 2, ley 1480), en el que, cuando se le incumple alguna obligación al consumidor, se le faculta a este para escoger entre el bien o el valor del mismo en dinero.

Ejecutabilidad de la obligación: diferencias entre obligaciones, deberes y cargas

Como ya se dijo, una obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual un acreedor puede exigir de un deudor el cumplimiento de una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer; al punto cabe reiterar que la prestación que materializa la obligación goza de una virtud importantísima: el acreedor puede exigirla judicialmente. Existen otros dos institutos que en la academia se han tendido a confundir a nivel nacional: los deberes y las cargas y por consiguiente plantean problemas para identificar cuándo nos encontramos efectivamente frente a una obligación y cuándo no.

En ese sentido, a continuación se señalarán las diferencias entre una y otra figura empezando por los deberes y las obligaciones y luego entre estas y las cargas.

Los deberes no gozan de la característica de la ejecutabilidad que sí tiene la obligación así, el deber general de no dañar o *Nemimen Laedere* no puede ser exigido por una persona en contra de otra frente a un juez. La dinámica epistemológica: no se puede exigir a una persona no causar daño, pero cuando los causa, podrá la víctima que los ha sufrido exigir la indemnización de los mismos. Así mismo, el deber de información precontractual, en muchos complejos casos de consumo moderno, tienen la misma problemática: la parte débil, en general el consumidor, no puede exigir de la empresa que informe detalladamente sobre el producto complejo o defectuoso antes de la celebración del contrato. Pero cuando por la inobservancia de ese deber se causan perjuicios o se incurre en responsabilidad podrá el consumidor perjudicado, o incluso los terceros que se vieron afectados, (§ 311 BGB) exigir la indemnización de los mismos perjuicios. Así, la diferencia neurálgica entre obligación y deber, desde un punto de vista clásico continental, es la exigibilidad judicial que acompaña como una característica esencial a la primera institución.

La carga, por su parte, es una necesidad que tiene un sujeto de derecho y el paradigma es la carga probatoria, quien alega algo y no concurre a probarlo sufrirá los efectos de su propia indiligencia, sin embargo, es claro que nadie puede exigirle que pruebe lo que ha dicho, por lo menos a nivel jurídico privado, pues la carga de la prueba implica necesariamente una tarea que asume quien quiere acceder a la concesión del derecho por parte de la jurisdicción. Así mismo, los derechos que están grabados por cargas, implican la necesidad de que estas sean cumplidas,

las obligaciones *propter rem*, por ejemplo, implican que en el específico nivel de la medianería el dueño, para acceder plenamente a su dominio, deba delimitar su fundo, so pena de que el sujeto propietario de la zona colindante pueda desconocer su derecho y eventualmente el derecho pueda proteger su actividad posesoria⁹³.

93 Frente a este tema; Ospina Fernández nos ilustra con la siguiente explicación: "Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva" (art. 1147). Infiérase de esta definición que el modo es la carga u obligación que se impone al asignatario, y que lo modalizado es el derecho asignado. Así, si se lega un edificio para que el legatario lo destine al funcionamiento de un colegio, el legado es modal, pero no lo es la obligación del legatario, la que constituye el modo. Ahora bien, como esta obligación pesa sobre el asignatario, exclusivamente en razón y en la medida del derecho que se le asigna, el modo, es decir, dicha obligación, forma parte de las obligaciones *propter re*. Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Ed 8° actualizada, Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., 2005. P. 27.