

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

4

A continuación, se entrará al estudio de las fuentes de las obligaciones o derechos personales, las cuales han sido objeto de múltiples clasificaciones por la doctrina⁹⁴; sin embargo, se considera que la más apropiada de entre todas las que se podrían enumerar es la realizada por el Código Civil Alemán de 1900, mejor conocido como el BGB, por lo que será ella la que se desarrollará en detalle.

Sin embargo, si bien la teoría alemana de las fuentes de las obligaciones es la que brinda mayor claridad, esta no se encuentra consagrada explícitamente en nuestro ordenamiento civil, como sí ocurre con la teoría francesa señalada en el art. 1494 C.C. y el art. 34 de la Ley 57 de 1887. Aun así, tal ausencia de la teoría alemana no implica que no se aplique dentro de nuestro sistema jurídico, pues, como se verá a continuación, la teoría francesa está plasmada en el Código Civil, pero la alemana, trascrita por la comisión redactora del Código Civil Italiano de 1942, da cuenta fiel de la clasificación que postula el Código Civil Alemán de 1900.

Así, conforme a la teoría francesa, las fuentes de las obligaciones son: el contrato, el cuasicontrato (agencia oficiosa, pago de lo no debido y comunidad), el delito, el cuasidelito y la ley. Mientras que según la teoría alemana, las fuentes son: el negocio jurídico y la declaración de voluntad (§ 104 y ss. y § 116 y ss. del BGB, analógicamente los artículos 845 y ss. del C. de Co.) el daño (§ 823 y ss. del

.....
⁹⁴ Al respecto, Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed 8ª actualizada. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., 2005. P. 32 y ss.

BGB, art. 2341 y ss. del Código Civil), el abuso del derecho (§ 226 del BGB, Art. 830 del C. de Co.), el enriquecimiento sin causa (§ 812 del BGB y el Art. 831 del C. de Co.), y la subsunción de los hechos humanos en la ley.

Cabe anotar que un jurista nacional tiene que dar cuenta de las dos clasificaciones por cuanto ha quedado dicho y referido: Mientras que el Código Civil acoge la teoría francesa de la clasificación de las obligaciones, el Código de Comercio implica una trasplatación de la clasificación de las obligaciones del BGB, que se surtió a instancias de la comisión redactora del Código de Comercio, que liderada por el Profesor Álvaro Pérez Vives, bebió en las fuentes del mal llamado código de derecho privado de 1942, que a su turno, había calcado casi toda la estructura y los institutos del Código Civil Alemán.

Nuestro Código Civil redactado por don Andrés Bello, quien fue adoptado inicialmente por el Estado de Santander y posteriormente generalizado para todo el territorio nacional, aparte del art. 1494 C.C., también consagró cada una de estas fuentes: la **Ley**, en el *artículo 4° en concordancia con el artículo 18 del Código Civil*, el **contrato** en el *artículo 1495 del C.C.*, **cuasicontrato** (*artículo 2303 ejusdem*), el **daño causado por delitos y daños ocasionados por culpas** (*artículo 2341 y siguientes del C.C.*).

A continuación se explicará cómo cada una de aquellas fuentes queda mejor comprendida dentro de las fuentes de la teoría alemana:

Negocio jurídico, contrato y cuasicontrato

El Contrato entendido como el acuerdo de voluntades encaminado a constituir, modificar, regular o extinguir relaciones jurídico-patrimoniales, si bien es fuente de obligaciones a todas luces, como categoría definitiva, debe ceder paso frente a la noción de Negocio Jurídico, pues esta incluye todas aquellas declaraciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos incluyendo aquellas en las que no se ha formado un acuerdo, como por ejemplo, la oferta y la policitación, las cuales se estudiarán cuando abordemos el tema de la formación del consentimiento⁹⁵.

Ahora bien, los llamados cuasicontratos en nuestro ordenamiento jurídico, como son la comunidad, la agencia oficiosa y el pago de lo no debido, son muy

95 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Ed 8° actualizada. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2005. P. 40-42.

diferentes entre sí y, si bien tienen efectos jurídicos, como fuente de obligaciones, quedan mejor comprendidos dentro de otros conceptos; en efecto, la comunidad es en realidad una forma de propiedad y la agencia oficiosa y el pago de lo no debido corresponden a manifestaciones particulares del principio general que prohíbe a un sujeto enriquecerse injustamente a costa de otro, el cual será explicado más adelante.

En ese orden de ideas, podemos concluir que el Negocio Jurídico, entendido como la declaración de una o varias personas, que con arreglo a la ley está destinado o pretende generar consecuencias o efectos jurídicos y que pueden consistir en la creación, concertación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho o una obligación, para quienes realizan esa misma declaración; encierra dentro de sí **como un género** a los contratos, que entre otras muchas es **una especie**, que, de acuerdo a la teoría del **negocio jurídico** y de la **declaración de voluntad autónoma**, puede ser mejor entendido, no sólo desde su formación, desde su trasegar hasta perfeccionarse, sino desde su propia naturaleza de acuerdo de dos personas, a través de las manifestaciones de voluntad válidas y protegidas por la ley.

Si bien el contrato es tal vez el negocio jurídico más utilizado, no podemos desconocer por ello su diferencia frente al sistema categorial que lo encierra y, disintiendo de la doctrina nacional, tanto uno, como otro, son institutos necesarios y vitales para comprender la lógica privatista, mucho más en el complejo y raudo mundo globalizado de las comunicaciones casi instantáneas que generan una especie de ubicuidad de los negociantes, que a la vera de su praxis, dificulta inmensamente la ponderación de todos los negocios jurídicos y por supuesto a la postre del contrato. Piénsese sólo en que la mitad de los tribunales de arbitramento tienen grandes problemas argumentales para identificar cuándo se perfeccionó un contrato y por supuesto cuándo se materializó una declaración de voluntad válida, como una policitación, una oferta o una aceptación, una contraoferta o una aceptación tardía o errada.

Daño, delito y cuasidelito

Dentro de la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones se hablaba de los delitos o de los cuasidelitos como generadores de créditos patrimoniales, pero era una clasificación que se basaba en la intencionalidad del sujeto que causaba un perjuicio.

Para algunos la diferencia necesaria y útil consiste en que el delito tendría como requisito tipificante el elemento dolo y el cuasidelito, el elemento culpa. Algunos otros plantean que la diferencia consiste en que en el delito la culpa es positiva (acto comisión) y en el cuasidelito es negativa (Acto omisión, de descuido, negligencia u omisión). Traída del Derecho Romano esa diferenciación supervivió casi veinte siglos, tal vez por la reiteración doctrinaria de su necesidad y adecuada utilización. Dentro de los más modernos doctrinantes, *Saleilles*, justifica su división porque es preciso admitir que proviene de la forma como el daño se realiza. Lo que equivale a decir que la responsabilidad directa tiene por fuente el delito civil y la indirecta al cuasidelito.

En el mismo sentido, Meza Barros afirma que el delito es un hecho ilícito, dañino e intencional y el cuasidelito un hecho ilícito, dañino y culpable⁹⁶. No obstante, es claro que lo ilícito civil y lo ilícito penal son asuntos que tienden a ser diametralmente diferentes; y lo verdaderamente relevante para el derecho privado, llámense delitos o cuasidelitos, es que cuando se infiere a un tercero un daño cualquiera se genera una consecuencia a la obligación, que es la de indemnizar ese daño: la responsabilidad.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que el daño no sólo se produce en las relaciones extracontractuales, sino también en las contractuales; dado que, por ejemplo, puede presentarse el daño en un contrato por la inejecución de una de las obligaciones de una parte; y, entonces, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 1546 del Código Civil el contratante cumplido podrá a su arbitrio solicitar la ejecución o la resolución del mismo contrato, siempre con la indemnización de perjuicios, dando lugar a la llamada responsabilidad concreta o contractual, que deriva estos nombres del hecho de que un sujeto afecte pactos o convenciones

96 Meza Barros, Ramón. *Manual de derecho civil. De las obligaciones*. 4ª edición, Editorial jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1963. P. 27 y 28.

•Fuentes de las obligaciones•

claramente determinados o concretos, que ha realizado con otro sujeto a través de acuerdos de voluntades.

De igual manera puede generarse responsabilidad por la violación de normas genéricas, como por ejemplo, la violación de normas penales o administrativas que generan responsabilidad por el daño causado. Así, quien mata a una persona, dolosa, culposa o preterintencionalmente incurrirá en responsabilidad penal sin perjuicio del deber de indemnización de los daños que a los causahabientes haya causado el deceso de ese sujeto. Esa indemnización está tipificada en el artículo 2341 del C.C., en el que se plantea que quien causa daño a otro deberá indemnizar los perjuicios que cause, y que valga anotar es la cláusula general de responsabilidad en nuestro país. Valga la aclaración, por cuanto no lo es la cláusula contenida en el artículo 90 de la Constitución, que quiere ser elevada a esa categoría por alguna parte de la doctrina nacional. El artículo 90 de la Constitución es la cláusula general de responsabilidad administrativa y estatal, pero la cláusula general de responsabilidad que estructura los elementos válidos del vínculo indemnizatorio es por supuesto el artículo 2341 del Código Civil Colombiano.

De esta forma, es posible evidenciar que el concepto Daño, que constituye la segunda fuente de las obligaciones señalada por el BGB, engloba dentro de sí al delito y cuasidelito como fuente de las obligaciones y además, comprende otros casos que quedaban por fuera en la clasificación francesa de las fuentes de las obligaciones.

Cabe advertir que más adelante, en la última parte del libro, esta fuente será desarrollada con más exactitud y calma, por lo que hasta el momento basta con dejar esbozado este concepto de esta liminar manera.

Enriquecimiento sin causa

Como fuente de obligaciones, el enriquecimiento sin causa desde siempre fue conocido, aun desde el Derecho Romano, sin embargo, en la época del iluminismo europeo en la que se condensaron los códigos fruto de la modernidad como el francés y el español se redactaron normas casuísticas de este principio general que atendía primordialmente a la equidad desde épocas muy antiguas. Así, en Roma existía el principio general de que “nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro”.

Dentro de las codificaciones más vanguardistas del presente siglo⁹⁷ se retomó el principio general, como una de las fuentes de las obligaciones, o más exactamente, de la obligación reincorporar al patrimonio afectado aquello en lo que el primero se haya acrecido.

Pero para ser más precisos, esta fuente de las obligaciones tiene que ver con el sistema de abstracción alemán consagrado en el BGB, para la transferencia de la propiedad de las cosas, en el derecho de bienes (§ 929 del BGB) y por virtud del cual cada negocio jurídico es independiente de los demás que conformen un contrato o una negociación mucho más compleja y por ende, a diferencia de lo que en nuestro país ocurre, los demás negocios jurídicos conservan su plena validez, debiendo restituir el sujeto beneficiado al sujeto perjudicado la cosa o el valor subrogatorio que no ha tenido una causa jurídica. Para clarificar el tema, vale la pena proponer un ejemplo típico del derecho alemán de los contratos.

Supóngase que A vendió a B una bicicleta, sin saber que este era relativamente incapaz. B concurrió a pagar el precio y al tercer día sus padres impugnan el negocio por cuanto consideran que el precio era demasiado alto. En el caso no existe un mero contrato, sino que toda esa negociación puede descomponerse en tres negocios jurídicos. Así, la venta (neg. Jur. Obligatorio), la compra (neg. Jur. Obligatorio) y la entrega de la bicicleta y el dinero (negocios jurídicos dispositivos y transferentes de la propiedad de cada una de las dos cosas).

Para resolver el caso, mientras que en Colombia surgirían tanto acciones personales como reales a favor del vendedor A, en la República Federal, por virtud de los principios de separación negocial y de abstracción contractual, que implican que cada negocio es uno separado e independiente, sólo podrá tenerse por nulo el de compra, por virtud del cual, el menor, relativamente incapaz concurrió a contratar. Los otros dos negocios jurídicos, el de venta y las tradiciones de las cosas, conservarán su validez. Así, al ser la compra nula, por la impugnación propuesta por los padres, el pago del dinero no tiene una causa jurídica y por lo mismo, una consecuencia judicial de la declaración de nulidad del negocio jurídico de compra (o de aceptación de la oferta de venta si se quiere), será la orden de devolución del dinero pagado inicialmente al vendedor por el menor de edad comprador, a él o a sus representantes impugnantes. Cumplida esa orden, sin embargo, acontece que

97 Como el BGB (Código Civil Alemán), el Código de Derecho Privado Italiano y el Código Civil del Perú, por citar algunos.

el patrimonio del menor de edad se ha visto acrecido por una ganancia representada por la bicicleta y su valor ínsito. Pero para evitar mayores complicaciones y simplemente para proteger el tráfico jurídico a través de la división entre negocios jurídicos obligatorios y dispositivos, de una manera mucho más segura y sofisticada, la única acción judicial que surge a favor del vendedor empobrecido es en contra del patrimonio del menor de edad enriquecido que deberá entonces restituir la bicicleta o el valor subrogatorio de ella, pues al no haber aceptación de la oferta de venta hecha por él, (ha sido declarada nula por la jurisdicción en virtud de la minoría de edad del comprador), la tradición de la bicicleta también carece de causa jurídica suficiente. Cabe aclarar, que no surgen acciones ni personales o posesorias a favor del vendedor, sino que la sistemática germana posibilita la pervivencia de los otros negocios jurídicos que no estaban viciados de nulidad, pero otorga una (única) acción restitutoria a favor de quien se ha empobrecido⁹⁸.

En concordancia con lo anterior, el enriquecimiento sin causa —que ha tenido un propio desarrollo nacional— sigue consistiendo en el acrecimiento patrimonial o el aumento de riqueza de un sujeto a costa de otro, que proporcionalmente se empobrece o ve afectado su patrimonio al no poder acrecentarlo, sin que exista una causa jurídica entre ambos. La doctrina nacional, como es conocido desde las visionarias épocas de la Corte Dorada de 1936, adicionó a esos tres requisitos dos más que son la subsidiariedad de la acción *in rem verso* y la evidenciación de haber cursado diligentemente todas las otras vías jurisdiccionales, para poder materializar el derecho correspondiente, a través de esta última posibilidad otorgada al perjudicado. El artículo 882 del Código de Comercio consagra una acción de enriquecimiento cambiario que es sucedánea y derivada del principio general del artículo 831 *ibídem*, para los títulos valores.

Ahora bien, del concepto y el circunloquio comparativo que vagamente hemos expuesto es claro que pueden desprenderse varios elementos, un enriquecimiento en un patrimonio, un empobrecimiento correlativo en otro y la ausencia de causa jurídica entre ambos; elementos que antes de continuar es provechoso analizar en el contexto nacional.

Las relaciones sociales y patrimoniales definitivamente se consolidan válidamente siempre y cuando en ellas medie una causa reconocida por el derecho, por

98 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed 8° actualizada. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2005, P. 42.

ejemplo, el ánimo de mejorar a uno de sus herederos que tiene el testador o con cualquier persona a quien por voluntad propia quiera beneficiar económicamente con su cuarta de libre disposición; de otro lado, establecer relaciones negociales para adquirir bienes necesarios para el desarrollo de los sujetos, como cuando se adquiere una casa para la vivienda o un vehículo para el desplazamiento, se permutan bienes o se toman en préstamo o arrendamiento otros, para la satisfacción de esas muchas necesidades. En consecuencia, en la generalidad de eventos esas causas dominan el espectro de las relaciones sociales. Pero no siempre ello es así.

Nuestro Código Civil trae variedad de tipificación en las cuales un patrimonio acrece a costa de otro. Por ejemplo, todos los ejemplos de accesión y en general de uniones de un bien a otro, como cuando una persona construye en un terreno, o finca ajena, una casa (artículo 738 del C.C.).

Origen, contexto internacional e importancia actual

El origen de la institución jurídica misma es definitivamente **la equidad**, que debe reinar en los pactos contractuales que los particulares pueden crear o suscribir, o en los mismos hechos jurídicos que siendo lícitos generan obligaciones de restitución de bienes de un patrimonio a otro, así mismo, en los casos en los cuales haya cargas mutuas para los contratantes estas deben ser equitativas o conmutativas, como la mayoría de la doctrina las ha llamado, no es menos atinado usar la expresión justas y equilibradas.

A través de la edad media y en la primera codificación de la modernidad, esto es en el Código de Napoleón de 1804 se plasmaron casos concretos del principio, que desde el Derecho Romano había sido tenido en cuenta. En nuestro país aconteció lo mismo, como atrás lo hemos expuesto, sin embargo, está claro que el Código mismo es un sistema que tiene que ser interpretado de forma lógica y sistemática, las codificaciones derivadas del mencionado código mantienen una visión apenas unívoca y casuística del enriquecimiento sin causa, pero los códigos del siglo XX como el alemán o el suizo de las obligaciones, mantienen, como se ha tratado de evidenciar atrás, una cuidadosa codificación respecto a este tópico como fuente de obligaciones y por lo mismo, como un principio que debe imperar en todo el devenir jurídico de las sociedades. Adicionalmente, desde todas las perspectivas parece ser el instituto más desarrollado, si se analiza en el contexto

de los tres sistemas continentales para transferir la propiedad. Recuérdese que el sistema causalista austriaco, (al que decidió acertadamente plegarse don Andrés Bello), comporta el título y el modo al antiguo sistema francés, por virtud del cual los riesgos del cuerpo cierto en el interregno comprendido entre el acuerdo y la tradición misma son para el dueño propietario aun no tradente, haciendo gala del principio general de derecho *res perit dominum*. Esa misma concepción se articuló en el diseño de los ya referidos términos de comercio internacional o *Incoterms*: en los dos sistemas reina una relativa seguridad sobre la asunción de los riesgos. Históricamente, a continuación fue expedido el Código Civil Francés en el año de 1804, que contrario a todos los desarrollos dogmáticos y en especial, a pesar de que los cuatro redactores eran discípulos de Pothier, se abandonó ese principio de separación entre negocios jurídicos obligatorios y negocios jurídicos dispositivos y se consagró legalmente, lo que toda la doctrina ha conocido como *una decisión de último minuto*, el así llamado principio de consensualidad, por virtud del cual, el mero acuerdo de voluntades hace en Francia dueño al adquirente de la cosa, creándose una oscura nube de inseguridad, pues si la entrega de la cosa se produce —como generalmente ocurre— con posterioridad al acuerdo, no queda para nada claro, quién debe asumir los riesgos de la pérdida de la cosa debida, si el vendedor ya no dueño o el comprador que, siendo dueño, aun no ha recibido⁹⁹.

Por último, el principio de abstracción y separación ya esquematizado arriba, fue postulado en el Código Civil Alemán, fruto de una cuidadosa y minuciosa tarea regulatoria llevada a cabo por la grandilocuente comisión redactora, que trabajó por más de cinco años liderada por el gran Jurista Gotllieb Planck y en virtud del mismo se hizo necesario postular, consecuentemente, el principio del no enriquecimiento sin causa.

Todas estas disquisiciones son esenciales en un abordamiento contemporáneo sobre las obligaciones, pues como es conocido, por primera vez todas las aspiraciones y esfuerzos por unificar el derecho europeo, que se remontan a la fundación misma de la Unión Europea y que se han materializado, entre otros, en los

.....
99 Confrontar entre otros Bucher, Eugen: Die Eigentumstraslativ- wirkungvon Schuldvertragen: Das Woher und Wohin dieses Modell der Code Civil in Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP), 1998. P. 615-669. Consultar [en línea] Disponible en: <http://www.eugenbucher.ch/publikationen/privatrecht-ausland-rechtsvergleichung/> y Castro Ayala, José. "Das pactum de contrahendo-Der vorvertrag, Möglichkeiten einer europäischen rechtsvereinheitlichung auf der basis eines rechtsvergleichs der deutschen und französischen rechtsordnungen". Alemania. ed: Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft. 2013. ISBN: 3-86628-414-4.

trabajos de la Comisión Lando o los principios del derecho europeo de contratos, la comisión Gandolfi, la comisión Catalá, entre otros y sobre todo en el así llamado por sus siglas en inglés DCFR o borrador marco común de referencia para un futuro código civil europeo, han postulado por primera vez un libro VIII destinado al de derecho de bienes, pero que no guarda ninguna clase de coherencia entre los tres sistemas mencionados y dominantes en Europa¹⁰⁰.

En efecto, el libro VIII es una suma de contradicciones conceptuales que no permiten clarificar por cuál de las tres opciones descritas quiere optar la comisión actual. Muchas duras críticas se ciernen sobre el libro VIII y por lo mismo, pareciera necesario que la comisión obre al respecto con la mayor calma posible. El estudio de factibilidad o *feasibility study* ponía mientes en que todo pareciera indicar que lo que va a prevalecer en un futuro próximo va a ser el sistema consensual de transferencia de la propiedad francés, que por supuesto, además de echar por la borda cuatro mil años de tradición jurídica, es el más inseguro de los tres sistemas referidos. Parte de las dificultades también tienen que ver con que la *lingua franca*, que para estos estudios se ha escogido es el inglés, cuando los tres sistemas y sus desarrollos han tenido como contexto idiomático otras lenguas que no tienen mucho que ver con la episteme anglosajona: el francés, el alemán y el latín¹⁰¹.

El asunto no es de poca monta. Como es sabido, de cómo se geste esa unificación jurídica privatista y sobre todo de transmisión de la propiedad y sus riesgos, van a depender otros movimientos codificadores y todo pareciera indicar que Colombia, en el contexto latinoamericano y de la suscripción de tratados de libre comercio, entre otros, con la Unión Europea, debería ya estar vigilante con respecto a la necesidad de actualizar su legislación interna sobre bienes, sobre transferencia de la propiedad y por supuesto, en el contexto atrás descrito, también sobre transferencias de los riesgos sobre el cuerpo cierto y sobre el enriquecimiento sin causa.

.....
100 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. La versión outline del DCFR, puede ser recuperada bajo el siguiente link: PDF: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf

101 Confróntese entre otros; Stadler, Astrid. Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht- Grundprinzipien und Eigentumserwerb. Mohr Siebeck 2010. Consular [en línea] Disponible: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf

Contexto nacional

En el país el concepto de enriquecimiento sin causa fue reconocido de forma contundente por la ley 153 de 1887, por algunos acápite del código civil, posteriormente fue desarrollada más a fondo gracias a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los años treinta. Consecutivamente fue plasmada de forma definitiva en el Código de Comercio, más específicamente en su artículo 831, como ya ha quedado referido.

Frente a esto, la Sala civil de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado: *en la figura del enriquecimiento sin causa existe un desplazamiento de riqueza a cargo del que se presenta como acreedor y a favor del que ha recibido sin que tal desplazamiento esté apoyado en una causa...*¹⁰².

Con todo, en nuestro país debe tenerse muy presente el principio en mención y dársele plena obligación en los casos en los cuales este llamado a materializar los derechos y las obligaciones de un patrimonio afectado respecto a un patrimonio enriquecido.

Se fundamenta el enriquecimiento en que los sujetos siempre han de tener un interés jurídico y económico en el desarrollo de sus relaciones sociales, así cuando alguien pretende comprar o vender algo, siempre tratará de conseguir el mayor beneficio posible, no sólo para el mejor desarrollo de su vida social, sino que ese beneficio también debe ser entendido como la menor afectación posible de su propio patrimonio.

En desarrollo de esa visión, que ha gobernado los países de tendencia jurídico-económica capitalista como el nuestro, la vida social y económica estará protegida por el derecho, en el sentido de hacer lo menos gravosa posible la situación de los sujetos intervinientes en el mercado, no sólo cuidando los patrimonios de los menoscabos exagerados que puedan sufrir, con figuras como la de la lesión enorme; sino tratando de hacer plenamente jurídicas las relaciones netamente patrimoniales entre los individuos. Ella es la razón por la cual, la causa del acrecimiento y correlativo empobrecimiento de los patrimonios debe ser claramente lícita y por sobre todo jurídica y equilibrada.

Como ya se dijo, el enriquecimiento sin causa conlleva ciertos elementos que están muy relacionados con el patrimonio de los sujetos. Así, como los primeros

.....
102 Corte Suprema de Justicia. Sala civil. Sentencia 6 de diciembre de 1993. Magistrado Ponente: Dr., Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

requisitos para que se configure el enriquecimiento sin causa, están 1. un enriquecimiento en un patrimonio; 2. un empobrecimiento correlativo en otro y una ausencia de causa jurídica entre esas divergencias económicas de esos patrimonios de causa jurídica entre esas divergencias económicas de esos patrimonios de dos diferentes sujetos, como atrás ya lo habíamos mencionado.

Sin embargo, es claro que debe existir una relación entre esos patrimonios por la cual se ha afectado uno en beneficio del otro. Esa relación, que claro está, no tendrá cabida dentro de las concepciones que el derecho ha creado para que los patrimonios se relacionen válidamente, se ha denominado por la jurisprudencia y sobre todo por la doctrina “nexo causal” y es la relación que, fácticamente (no jurídicamente), ha gestado o generado el que esos patrimonios se vean relacionados de forma completamente ajena al derecho.

No menos importante, resulta anotar que los artículos 738 del C.C. que ya habíamos enunciado, los artículos 301 y 302, 728 y 1747 del mismo ordenamiento; la ley 200 de 1936 lo tipifican en varios de sus artículos y nuestro Código de Comercio lo tiene en cuenta como fuente general de las obligaciones en el artículo 831 y 882 *ibidem*.

Es evidente que el empobrecimiento y correlativo enriquecimiento puede ser de cualquier otro tipo, como por ejemplo la explotación abusiva que un empleador haga de sus trabajadores o la inversión de dinero que un tercero haga en la manutención de un menor que cuenta con sus padres, que irresponsablemente no han velado por su crianza y educación, el empobrecimiento puede verse reflejado en capital, tiempo o trabajo, que son en últimas, fuentes claras de acrecimiento patrimonial propio de los sujetos. Así mismo, el enriquecimiento, jurídicamente visto, no sólo abarca el acrecimiento en sí mismo, sino la conservación, o la prevención de disminución de un patrimonio a costa del patrimonio que sí se empobrece injustificadamente.

Los casos enunciados en los capítulos anteriores, son tan sólo unos de los muchos casos que podrían configurarse en el desarrollo de las relaciones sociales de los sujetos, y, es claro, —reiteramos—, que es el jurista, el llamado a interpretar el contexto fáctico, en cada uno de los casos que se presenten, para llegar a concluir si en realidad se tipifica o no un enriquecimiento sin causa en determinada relación.

Una vez se tenga claro que en la relación se tipifica el “enriquecimiento sin causa”, deberá dársele trámite a la reivindicación del derecho que se ha afectado, esto es, a reclamar el reintegro judicial del capital que se ha trasladado injustificadamente

de un patrimonio a otro; para ello, se ha creado la llamada acción *in rem verso* o también llamada “acción de enriquecimiento sin causa” que a su vez encierra ciertos requisitos para poderse ejercer.

En efecto, para que sea procedente la acción de enriquecimiento sin causa es claro que deben haberse agotado todas las otras vías legales que se tengan para la defensa del derecho. Así, por ejemplo, si se ha construido una edificación en terreno propio con materiales ajenos sin conocimiento del dueño de los materiales la nueva construcción accederá a la finca, y el dueño del terreno se hará dueño de esta, pero tendrá la clara obligación de reconocerle a quien construyó el valor de los materiales. Este caso, así enunciado, se enmarca indubitablemente en el artículo 738 del C.C., con lo que la acción que se deberá alegar judicialmente es la concebida por ese mismo artículo y no la de *in rem verso* o “enriquecimiento sin causa”, que entonces se torna subsidiaria.

De esta forma, se entiende que la acción de enriquecimiento sin causa, para que prospere, debe ser interpuesta como medida subsidiaria cuando no exista ya otro mecanismo, esto debido a que en el ordenamiento existen otras figuras que buscarían el mismo resultado o efecto de evitar o deshacer el enriquecimiento sin causa. Dado lo que se ha planteado hasta aquí, se puede resumir de forma general que la acción de enriquecimiento sin causa *no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurran tres requisitos: que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que lo justifique desde el punto de vista legal (...)*¹⁰³. Además que exista un nexo de causalidad fáctico entre los dos patrimonios intervinientes y que para ejercer la *actio in rem verso*, se hayan agotado todas las otras acciones, vías y caminos jurídicos que se tornan en prevalentes.

En consecuencia, para intentarse la acción de enriquecimiento sin causa, la ausencia de acción claramente concebida por la legislación, deberá ser indiscutida, ello por cuanto si existe cualquier asomo de duda, deberá preferirse la norma bajo la cual pueda subsumirse el caso en cuestión. Por lo mismo, podríamos decir que para que el enriquecimiento sin causa y la acción *in rem verso* procedan, se necesitaran cinco elementos así:

.....
103 *Idem*.

1. Un enriquecimiento; 2. un empobrecimiento correlativo; 3. una ausencia de causa; 4. un nexo causal que haya atado a los sujetos en una relación que no será posible enmarcar como jurídica y por último; 5. para poder intentar la acción *in rem verso* o de enriquecimiento sin causa, una ausencia total de acción concebida por la legalidad¹⁰⁴.

Las reiteraciones hasta aquí hechas sobre el tema, no sólo tienen la finalidad de contextualizar el instituto en el marco comparado y procesal actual, sino que nos parece que debe resolverse el hecho de que en general el trabajo dogmático en la materia, casi en todas las universidades que conocemos, sobre el tema es escaso y poco preciso, además de carecer de contexto.

Resta sólo por decir que la acción *in rem verso* sólo tiene la finalidad de restituir el monto o capital que se haya sacado injustamente del patrimonio empobrecido, más no tiende a la indemnización de perjuicios que con ese hecho se haya causado. Lo que deberá intentarse por otra vía judicial, que no por ello, deja de ser, en nuestra opinión, acumulable a la primera acción.

Código de Comercio. Artículos 831 y 882

Nuestro legislador del año 1970, influenciado por las más modernas codificaciones que atrás muchas veces se han anunciado, creó el Nuevo Código de Comercio que reunió muchas de las modernas formas de concebir el derecho privado, dentro de ellas tomó la de tipificar los principios generales que podrán generar obligaciones para los sujetos que desarrollaran actividades de comercio o tuvieran relaciones con ellos, y concretamente tuvo a bien tomar en cuenta el “enriquecimiento sin causa” como una de las fuentes generales de las obligaciones, que se tipificó igualmente y por primera vez, en el Código Civil Alemán del 1900, que en su artículo 812 manifiesta: *el que, por una prestación o cualquier otra forma, obtenga alguna cosa sin causa jurídica, a costa de otra persona, está obligado a restituírsela*. Como ha quedado dicho, el texto agrega que lo mismo ha de hacer si la causa de la prestación, existente en el origen de esta, desaparece con posterioridad o si no se realiza la causa futura prevista¹⁰⁵.

104 Al respecto opina el Tratadista Francés J. Dupichot: “las condiciones para aplicar esta acción, llamada *de in rem verso*, son tan rigurosas que apenas puede ejercerse. Dupichot, Jacques. Derecho de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1984. P. 56.

105 Planiol, Marcel & Ripert Georges. *Las obligaciones civiles*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, 2005. P. 366.

El artículo 831 tipifica el concepto y expone sus consecuencias de forma genérica. Así mismo, el artículo 882 y el 868 crean casos concretos del mismo principio respecto de los títulos valores y las relaciones contractuales de tracto sucesivo y a nivel comercial. Al respecto el artículo 831 cita: *Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*. Y el inciso final del artículo 882 dice: *si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año*. Todo lo cual ya había quedado mencionado.

Abuso del derecho

Esta fuente de las obligaciones proviene al igual que muchas otras del antiguo Derecho Romano. Para los juristas de aquella época era el límite que tenía una persona para el ejercicio efectivo de sus derechos. Cuando una persona utilizaba o se amparaba por un derecho propio para causar un daño o perjuicio a otra persona era el ámbito en el que se daba el abuso del derecho. Al respecto, vale la pena citar el adagio de Gayo, cuando exclamaba, *nadie debería abusar de sus derechos*. Para los romanos esta figura se concentraba casi exclusivamente en la persecución y castigo del dolo y el fraude que se materializaban de conductas nocivas, las cuales, perjudicaban y generaban un daño a los demás¹⁰⁶.

Posteriormente, al paso del tiempo, esta figura se fue desdibujando al punto que su finalidad se transformó en cierto grado. Así, por ejemplo, la concepción del abuso del Derecho de los antiguos romanos, ya no coincidía con la del positivismo francés. Al respecto, el profesor Louis Josserand expresó que la diferencia entre el uno y el otro era que para el primero el acto abusivo era indefectiblemente un acto malicioso, en tanto que para el segundo, para que exista abuso, el ejercicio del derecho debe ser anti funcional, esto es, contrario al espíritu, a la finalidad del mismo. Así, de intencional, pues, se ha pasado a un criterio social¹⁰⁷, para determinar la existencia del abuso del derecho. En ese sentido tan sólo es necesario que se acredite la desviación del derecho de sus fines individuales o sociales, aunque

106 Rengifo García, Ernesto. El abuso del derecho. Garrido & Rengifo. Abogados. Consultar [en línea] Disponible en: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/EI%20Abuso%20de%20Derecho.pdf>.

107 *Ibid.*

no pueda imputarse culpa al titular. Por consiguiente, la responsabilidad que se deriva del abuso es responsabilidad objetiva¹⁰⁸.

Tras los trasfondos de cada época, la doctrina en la actualidad ha podido estabilizarse frente a lo que entiende por abuso del derecho, es así, como “el derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la tarea que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad”¹⁰⁹.

En el mismo sentido, y sistematizando el concepto de abuso del derecho, el maestro Valencia Zea resume así el principio general que este abarca, de esta manera: “Los derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos, no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido”¹¹⁰.

El parágrafo 226 del BGB postula ya en 1900 de una manera mucho más científica y objetiva, a lo sumo más medible, desde la evidenciación de sus elementos típicos, que *El ejercicio de un derecho es inadmisibles, cuando sólo puede tener como finalidad, causarle perjuicios a otro.*

Retomando a las fuentes de las obligaciones plasmadas en el BGB hay que manifestar, que el concepto moderno del abuso del derecho fue el que adoptó el Código Civil Alemán, que después sería el que se incrustaría a nuestro ordenamiento jurídico, en principio por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años treinta, y posteriormente en el Código de Comercio, más específicamente en su artículo 830.

108 Valencia Zea, Arturo. *Derecho civil. Tomo III. De las obligaciones*. Quinta edición. Bogotá: Temis. 1978. Pág. 342.

109 Jossierand, Louis. *Del Abuso de los Derechos y otros ensayos*. Editorial Temis, Bogotá, 1999, P. 5.

110 Valencia Zea, Arturo. *Derecho civil. Tomo III. Op., cit.,* Pág. 341.

Diferencia con el daño como fuente de obligaciones

Ahora bien, sabiendo que el abuso del derecho es una de las formas por la cual una persona causa un perjuicio a otra, no es extraño que surja la pregunta ¿por qué no subsumir esta figura dentro del daño? La respuesta tiene que ver con la forma en qué se configura el abuso del derecho en el mundo jurídico.

El abuso del derecho no se origina de un acto que vaya en contravía de ninguna norma que declare una prohibición o ilicitud, sino que surge de la expansión injustificada de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, que tiene por consecuencia afectar a un tercero. Es la amplitud de un derecho que se extiende más allá de su límite, la que termina por invadir la esfera del otro y causarle un daño. Un ejemplo de esto podrían ser las conductas abusivas realizadas por un sindicato, que en aras de desarrollar su derecho a reunirse lo utilizan para evadir sus responsabilidades laborales. Otra ilustración podría ser la que se origina de relaciones contractuales cuando una de las partes tiene una posición más fuerte y privilegiada que la otra, y utiliza esto para imponer de forma unilateral condiciones contractuales que lo favorecen de forma desmedida, sin conceder la posibilidad de disentir a la parte débil. Un clásico ejemplo ha sido también el abuso del derecho a litigar, pues la reclamación de un derecho judicialmente no conlleva la necesidad de que el demandado termine inmiscuido en una serie interminable de procesos que a todas luces no conducen a la realización del verdadero derecho material discutido.

Como se observa, el abuso del derecho parte de una norma para causar la lesión a un tercero, en contra posición del daño entendido como fuente de obligaciones, que surge del perjuicio que genera un acto que contraría una obligación expresa (responsabilidad contractual) o de un deber genérico de conducta (responsabilidad extracontractual).

Algunas teorías

A lo largo de la evolución de este principio se han presentado variaciones sobre cómo se concibe, las cuales se pueden agrupar en tres.

La primera corresponde a una posición en la cual se considera que el abuso del Derecho, sólo se presenta cuando un titular de un derecho lo ejerce con el propósito de causarle daño a una persona o a su patrimonio.

La segunda considera que el abuso del Derecho se manifiesta cuando el titular del derecho desvía la finalidad inherente del mismo, por razones económicas o sociales.

La tercera posición plantea que su esencia radica en la contradicción de derechos.

Estas teorías de forma general poseen su diferencia en la forma como varían el criterio subjetivo y objetivo de la conducta. El carácter subjetivo hace relación a la presencia definitiva del titular del derecho de agraviar un derecho o interés ajeno, o que no posee una verdadera intención o un fin serio para vincularse jurídicamente. Por su parte, el carácter objetivo hace énfasis en el exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho cuando se sobrepasa las facultades que este otorga.

Crterios

El abuso del derecho puede clasificarse de la siguiente manera.

1. *Intencional*. Este criterio se refiere a la ruptura que se origina en un equilibrio de intereses, y supone que una persona actúa con el fin de lesionar a otra por medio de su derecho aún sabiendo que ese comportamiento no es adecuado y que podría generar una posible obligación de indemnizar.
2. *Económico*. Este criterio afirma que el abuso del derecho se manifiesta cuando se contravía el destino económico o social del derecho subjetivo, como por ejemplo incumplir un contrato, el cual se puede ejecutar sin mayor problemas, para que la contraparte se vea en la necesidad de terminarlo unilateralmente y se vea perjudicada¹¹¹.
3. *Finalista*. Este expone que todo derecho tiene una finalidad social específica, contiene un contenido material que legitima su existencia, y que cualquier desviación en sí mismo, si llega a perjudicar a otras personas, genera la obligación de indemnizar.
4. *Conciliadora*. Este hace referencia a la búsqueda por descubrir si un acto es abusivo o no, examinando el motivo por el cual se desarrolló y que está muy cerca de la concepción fijada en el BGB, arriba descrita. De este modo, si se analiza el motivo que originó su creación, con el derecho por el cual se está amparando, se podría determinar si su ejercicio está delimitado

111 Von Ihering, Rudolf. *De la lucha por el Derecho*. En Estudios jurídicos Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Traducción de Adolfo González Posada. 1940.

dentro de lo normal de dicho derecho o si por el contrario está desbordando su finalidad a un objetivo diverso y perverso. Un ejemplo de esto sería la conducta que se ejerce dentro de un contrato de sociedad, en donde la finalidad de este es la colaboración entre sus socios tras la búsqueda de un bienestar grupal. Si un acto de un accionista protegido bajo su derecho no busca esta finalidad, se podría deducir eventualmente que, si no se evidencia otra finalidad acorde con el derecho concedido estaría incurriendo el socio en un abuso del Derecho.

En Colombia, desde el inicio del análisis de este principio se acogió el criterio intencional. Este fue bien recibido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, y es el que actualmente está plasmado en el art. 830 del Código de Comercio, el cual afirma que: *El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.*

La jurisprudencia en la actualidad se ha encargado de desarrollar con mayor profundidad el abuso del Derecho que ejerce quien goza de una posición dominante en materia de negociación, frente a esto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

(...) Un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado *poder de negociación* por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (...)¹¹².

Para concluir, es evidente que el abuso del Derecho posee para el mundo jurídico una importancia considerable, ya que desde su episteme y concepción es posible garantizar el equilibrio que debe surgir entre las partes contractuales. Es una institución que indiscutiblemente busca mantener la equidad y el justo cause

.....
112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 1994. Magistrado Ponente. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

de los derechos subjetivos, cuando estos son utilizados y desbordados de su finalidad original.

La ley y la subsunción de los hechos humanos en ella

Al respecto sobre la ley, la crítica de mayor peso está dada por su misma naturaleza. La ley está construida desde la presunción de generalidad, lo que implica que los hechos que regula están dados desde lo general, impersonal y abstracto de una situación jurídica, que de ninguna manera puede vincularse específicamente a nadie, ya que perdería en si misma su presunción de cobijar a un conglomerado social.

La ley sólo podría constituirse en fuente de las obligaciones en la medida que implicara una cercanía causal del individuo con la norma, en donde se subsumiera específicamente los hechos o actos humanos ilícitos o jurídicos, que se refieren a un sujeto o surgen de uno o varios individuos, dentro de las normas que regulan determinada materia. Sólo en esa medida podrían considerarse fuente de las obligaciones, como efectivamente lo hace la visión alemana.

Aquella presunción que posee la ley, y que fue tan directamente influyente en nuestro ordenamiento, se debió a la escuela pandectista germana y a los glosadores que trataron de referirse a la ley como la única y verdadera fuente de las obligaciones en el sentido de que todos los hechos y actos humanos que interesan al derecho deberían estar tipificados en la ley. En consecuencia, la visión que predominó en la época era la de que los códigos, leyes y normas sistematizaran todos los actos humanos para que fueran la única fuente de derechos y obligaciones.

No obstante, en rigor ha de admitirse que en el BGB la ley no se consideró como una fuente de obligaciones y de derechos, pues se entendió que, si bien ella es fuente mediata de todas las obligaciones, de manera directa ella nunca tiene esa facultad, debido a su carácter general, abstracto e impersonal. Por el contrario, cuando los hechos humanos encuadran y se subsumen en la ley, esta engendra obligaciones, pero no porque desde un principio ella se encamine a obligar a un determinado particular, sino por los comportamientos de un determinado sujeto.

El típico caso es la obligación de dar alimentos, tipificada en el artículo 411 del Código Civil, pero se ha considerado de manera precisa que lo que obliga específicamente al alimentante es la sentencia, la conciliación o el acuerdo respectivo que

a ello lo conmina, en casos litigiosos; y es ese documento el que judicialmente se puede ejecutar, valga decir: no el artículo 411 del Código Civil.

El principio de configuración legal parte de una concretización de los casos que desde una perspectiva intangible pretende regular. Ello implica la necesaria adaptación de la norma a los estados de cosas de la vida real que han de subsumirse en ella misma¹¹³, por lo tanto, si bien es cierto que se puede admitir que la Ley es una fuente mediata de derechos, por ejemplo del alimentario y de obligaciones del alimentante, la adaptación de la norma o si se quiere la subsunción, están mediadas por una decisión plasmada en un documento que las haga ejecutables.

.....
113 Cfr. Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel, Barcelona, 2010.