

COLECCIÓN **JUS** PRIVADO

Derecho de obligaciones

Aproximación a la praxis
y a la constitucionalización

José Guillermo Castro Ayala
Nattaly Ximena Calonje Londoño

PRIVADO 2



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
de Colombia

José Guillermo Castro Ayala
Nattaly Jimena Calonje Londoño

Derecho de obligaciones

Aproximación a la praxis
y a la constitucionalización

RS
PRIVADO 2



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Castro Ayala, José Guillermo

Derecho de obligaciones : aproximación a la praxis y a la constitucionalización. /José Guillermo Castro Ayala , Nattaly Ximena Calonje Londoño. --Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015

340 p. ; 17 x 24 cm.—(Colección JUS Privado)

ISBN: 978-958-8934-01-3 (impreso)

ISBN: 978-958-8934-02-0 (digital)

I.Título II. Serie III. Calonje Londoño, Nattaly Ximena

1. Obligaciones (Derecho) 2. Responsabilidad civil- 3. Contratos-legislación 4. Derecho civil

Dewey 346.5 dc 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 30 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 30 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© José Guillermo Castro Ayala

© Nattaly Jimena Calonje Londoño

Primera edición, Bogotá, D.C.

Agosto de 2015

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección y estilo

Taller de Edición • Rocca®

Viviana Almeida

Diseño de colección

Juanita Isaza

Armada electrónica

Taller de Edición • Rocca®

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D.C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el DEPÓSITO LEGAL

© Derechos Reservados

CONTENIDO

Agradecimientos	7
Presentación	9
Introducción	11
Justificación histórica	11
Del método jurídico, la casuística, la construcción de un sistema de abajo hacia arriba, de la praxis a la teoría	19
Modelos de un sistema contractual, marco económico, iusfilosófico y constitucional.	21
CAPÍTULO 1. De la constitucionalización del derecho privado	27
CAPÍTULO 2. Ubicación de la materia	35
Derecho objetivo y subjetivo	35
División de los derechos subjetivos patrimoniales.....	42
Derechos patrimoniales	45
CAPÍTULO 3. El concepto de obligación: derechos del acreedor	63
Origen e historia.....	63
Definición y elementos de la obligación.....	67
Momentos de la obligación: débito y responsabilidad.....	77
Ejecutabilidad de la obligación: diferencias entre obligaciones, deberes y cargas	79

CAPÍTULO 4. Fuentes de las obligaciones	81
Negocio jurídico, contrato y cuasicontrato	82
Daño, delito y cuasidelito.....	84
Enriquecimiento sin causa.....	85
Abuso del derecho	95
La ley y la subsunción de los hechos humanos en ella.....	100
CAPÍTULO 5. El negocio jurídico	103
La autonomía privada	103
Clasificaciones principales de los negocios jurídicos.....	106
Principios de configuración del contrato	107
CAPÍTULO 6. Los contratos	111
Principales clasificaciones de los contratos	115
Elementos de validez del contrato	121
Sanciones al negocio jurídico.....	148
CAPÍTULO 7. Modalidades de las obligaciones	151
Obligaciones puras y simples	151
Obligaciones con carga o modo.....	161
Obligaciones positivas y negativas.....	163
Obligaciones de cuerpo cierto y género.....	164
Obligaciones dinerarias y de valor.....	167
Pluralidad de prestaciones	169
Obligaciones con pluralidad de sujetos.....	172
CAPÍTULO 8. Transmisión de las obligaciones	183
Cesión de créditos.....	184
Títulos valores.....	189
Cesión de deudas.....	194
Cesión de contratos.....	198
Subrogación, como fenómeno jurídico.....	200

CAPÍTULO 9. Extinción de las obligaciones	209
Acuerdo entre las partes	209
Pago	210
Novación	217
Transacción	224
Remisión	226
Compensación	229
Confusión	234
La pérdida de la cosa que se debe	237
Nulidad y rescisión	239
Condición resolutoria	244
La prescripción	245

CAPÍTULO 10. El derecho del consumo como el nuevo Derecho de obligaciones especificado	251
Generalidad del Derecho del consumo	254
Definición general de la figura de consumidor en el derecho nacional y en el derecho comparado	256
Directivas europeas en materia de consumidor	263
Supraconstitucionalismo	273
Igualdad en el siglo XIX e igualdad en el siglo XX	278
Constitución Política. Artículo 78, inciso segundo	288
Igualdad efectiva	294
Paradigma de la libertad negocial: Derecho de celebración de determinación de la contraparte contractual, de configuración misma del contrato, y el derecho de conclusión contractual	297

CAPÍTULO 11. Responsabilidad	303
Reglas generales de la responsabilidad	303
Responsabilidad penal	304
Responsabilidad civil	305

Fundamentos de la responsabilidad civil.....	308
Objeto de la responsabilidad civil.....	309
Elementos de la responsabilidad civil.....	310
Bibliografía.....	327

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer muy especialmente a los siguientes estudiantes de nuestras clases y miembros de nuestros grupos de investigación: a Ricardo Quecan Gamba, por el trabajo de revisión del último capítulo y su constante colaboración; a Sebastián González Rodríguez, David Andrés Rodríguez Reyes y Freddy González Araque por su invaluable apoyo con la lectura final, la estructuración técnica de todo el documento y la crítica formal permanente. Así mismo, al Profesor Álvaro Echeverri Uruburu y a la profesora Paula Comellas por la lectura de las muchísimas versiones del texto.

LOS AUTORES

PRESENTACIÓN

El derecho de obligaciones se ha constituido en el foco más importante del derecho privado. A la par de los cambios que se han dado en la economía de mercado, surgió la necesidad de intercambiar de la manera más expedita, no solo bienes y servicios, sino también bienestar. Todo el ámbito jurídico se constitucionalizó y actualmente sufre el proceso más complejo de globalización. Gracias a esto, surgió, entre muchos otros fenómenos, el derecho de consumo que a su vez conllevó a la firma de tratados de libre comercio, que procuró igualar - por lo bajo - ciertos requisitos mínimos para hacer compatibles sistemas jurídicos claramente diversos. Cada vez el individuo está más inmerso en una defensa del libre mercado, que interviene directa y negativamente en la forma como se estudia el derecho privado y las obligaciones actualmente en las socialdemocracias.

La propuesta de esta obra va más allá de una simple revisión de los temas dogmáticos. Hace una invitación a analizar las coyunturas históricas, constitucionales y sociales que siguen influyendo en el derecho de obligaciones. Se realiza un estudio casuístico, con base en la jurisprudencia, articulada con los principios constitucionales, como método de inducción a las obligaciones.

Este libro corresponde a una investigación del Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual GEPPi, en desarrollo de la línea Constitucional del Derecho privado en el proyecto Nuevo derecho colombiano de obligaciones: perspectivas constitucionales comparadas en el siglo XXI, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Contra todas las previsiones, en un mundo casi plenamente globalizado, la producción dogmática sobre las obligaciones año por año, aumenta, ya no desde una única perspectiva analítica, sino previsor y dinámica: la atomización de los riesgos empresariales y de consumo abarrota los anaqueles de la investigación jurídica al respecto. Por lo menos eso menciona en no pocos de sus estudios el *Max Planck Institut*. Por lo tanto y debido a que se considera que cualquier nuevo texto al respecto debería justificar mínimamente su existencia, a continuación, se expondrán de manera puntual las razones que condujeron a perfilar esta investigación y la posterior composición de este escrito, así como los raseros metodológicos que nos han permitido abordar las problemáticas en el contexto colombiano moderno.

Justificación histórica

El derecho de obligaciones se ha constituido durante el siglo xx, en el foco más importante del derecho privado. Es claro que la regulación de las relaciones crediticias en una sociedad burguesa decimonónica ya era decisiva, pero es indiscutible que en los últimos setenta años la economía de mercado, presente en todas las dimensiones de la vida humana, ha puesto de presente que, más allá de la generación de riqueza o de los bienes en sí mismos, la quinta esencia del fenómeno económico, yace en la posibilidad de intercambiar esos bienes, servicios, dinero y oportunidades de la manera más expedita posible.

Un sistema jurídico claro, sólido, coherente y previsible debía fungir entonces como el instrumento que por excelencia posibilitaría el afianzamiento de esa pretensión de velocidad mercantilista sin límites, de la economía contemporánea¹.

Los códigos, las leyes, su interpretación y su univocidad jurisprudencial parecían delimitar y perfilar en un todo aquel instrumento, incluso de manera previa²; pues la edad codificadora, aunque de otro cariz y con otros matices, claramente diferenciables, parecía prefigurar la Revolución Industrial, mientras esta, a su vez, constituía un prolegómeno de la prevalencia que tiene la economía en la actualidad.

Sólo bastarían unas pocas modificaciones, impuestas por el mercado mismo, para que se garantizara el gran milagro económico prometido por la modernidad, por la industrialización y por la masificación de los productos: los trabajadores ganarían lo suficiente para adquirir, no sólo los bienes y servicios necesarios que, a su turno, crearían su máximo bienestar; sino que, la capacidad de ahorro de todos los individuos, le permitiría al modelo económico mismo, contar con los medios suficientes, para autosostenerse y brindar, a la vera del desarrollo, cualquier nuevo bien, que proveyera de mayor y nueva felicidad a todos los asociados: la reproducción del modelo era sólo una cuestión de tiempo.

Sin embargo, a instancias de los mismos fenómenos económicos, a la vera de las dos conflagraciones mundiales y de lo que Zweig o el mismo Hobsbawm denominaran “el cortísimo siglo xx”, el desarrollo de las diversas disciplinas jurídicas, sociales y políticas resultó, luego de un tiempo, bastante desacompañado y a lo sumo muy desarticulado.

1 Erbest Hobsbawn, Eric John. *Las Revoluciones Burguesas*. Londres: Veiuenfei D. and Nicolson. 1962.

2 Una clara muestra de la pretensión ferviente con la cual la Revolución Francesa deseaba desprenderse del antiguo sistema feudal por medio del Derecho, puede evidenciarse en un fragmento del discurso preliminar de Jean-Etienne Portalis, un gran personaje de la Revolución Francesa, ministro del interior, y principal redactor del código civil de 1804: *De pronto, una gran Revolución sobreviene. Se va contra todos los abusos, se enjuician todas las instituciones. Porque carecían de arraigo en la costumbre ciudadana y en la opinión pública, ante la sola voz de un orador se desploman los edificios sociales en apariencia los más inconvencibles. Los éxitos se envalentonan, y no tarda la prudencia, que todo lo toleraba, en ceder paso al afán de destruirlo todo.* Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Discurso preliminar sobre el proyecto del código civil presentado el primero de Pluvioso del año ix por la comisión designada por el gobierno consular [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/9/discurso-preliminar-sobre-el-proyecto-de-codigo-civil-presentado-el-primero-de-pluvioso-del-a%C3%B1o-ix-por-la-comision-designada-por-el-gobierno-consular.pdf>> [citado el 25 de febrero de 2015].

Como bien lo postula tardíamente TonyJudt³, gracias a los Chicago Boys desde los años setenta, pero en grado sumo a los gobiernos de Ronald Reagan en los Estados Unidos de Norteamérica y de Margaret Thatcher en Gran Bretaña, durante los tardíos ochenta, se urdió y se llevó a efecto el neoliberalismo, como método y como única forma de hacer viable el mercado mundial unificado, generando a la postre el afianzamiento de una nueva forma de sociedad basada en el consumo, la cual, entre otras cosas, había perdido todas sus capacidades de crear identidades políticas y de representación, en medio de repúblicas con Estados inocuos que ya no tenían el más mínimo interés en el bienestar de sus ciudadanos⁴.

Todo ello ocurría, entre otras, como consecuencia no sólo de la eliminación de los sistemas socialistas y comunistas que se producía tras la caída del Muro de Berlín, sino del afianzamiento de algo que nos permitiremos llamar *capitalismo in genere*, entendiéndolo por tal, aquel que comprende, no sólo al *real capitalismo* que se había vivido durante casi más de un siglo en Norteamérica y más de la mitad de los países de Europa occidental, sino a *aquel* que deformó los sistemas económicos de las antiguas colonias españolas, que terminaron replegadas a la sombra de una Norteamérica tan poderosa que incluso pudo acallar, ya para inicios y mitades del siglo xx, las voces de guerra, no una, sino dos veces en la cuna de nuestra civilización: la doblemente destruida Europa.

En efecto, Latinoamérica terminó siendo no sólo el patio de atrás de Norteamérica, sino también un núcleo de subdesarrollo, de pobreza y de corrupción, que irónicamente conservaba aun muchísima riqueza en términos de materias primas y productos de primera necesidad. Pero sólo es hasta inicios de los años noventa, que se piensa que la historia ha llegado a su glorioso fin tras la caída del Muro de Berlín⁵, cuando, el *capitalismo in genere* —cuyo significado podía resumirse, como cualquier cosa que implicara intercambio de bienes y servicios— resultó ser la única posibilidad económica que le quedaba, ya no a todos los países de la Tierra, sino al planeta mismo hundido cada día más en el mar del fenómeno de la globalización.

3 Judt, Tony. *Algo va mal*. Traducido por Belen Urrutia. Bogotá D.C., Colombia. Editorial Taurus, 2011, ISBN: 978-958-758-081-5. P. 221.

4 García Canclini, Nestor. *Consumidores y ciudadanos*, 2005, consular [en línea] <https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/garcia-canclini-n-1995-consumidores-y-ciudadanos.pdf>

5 Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Planeta. 1992.

Fukuyama olvidaba, en su atolondrada lectura, sin embargo, bastantes hechos objetivos. Por ejemplo, el hecho de que el país con mayor cantidad de créditos (Bonos de la FED norteamericana) a su favor y además con mayor cantidad de habitantes, seguía ejerciendo y practicando una economía comunista, que si bien tenía crecientes, pero puntuales focos capitalistas, (en realidad algunos sólo hablan de Hong Kong y Beijing), mantenía una regulación estatal tan evidente como voraz: no sólo al interior de China, sino alrededor de todo el globo; pero más aún, se olvidaba que era de allí, de donde, a partir de los finales de los mismos años ochenta, de Thatcher y Reagan provenía casi la totalidad de los productos consumidos por todo el occidente capitalista⁶. *Made in China*, dejó de ser una referencia de la propiedad industrial, para constituirse en un epígono de la cultura globalizante.

De otro lado y desde otra perspectiva, unas progresivas y recurrentes olas de reformas constitucionales y políticas, así como de los sistemas procesales, especialmente los punitivos y carcelarios, pero también de viabilidad fiscal constitucional, tomaban cuerpo a lo largo de Iberoamérica. En efecto, existió en ese dinámico marco económico descrito, un movimiento progresivo y sincrónico de reformas constitucionales⁷, que no sólo tenían que ver con el así llamado “neoconstitucionalismo”, sino con la fijación constitucional de mecanismos articuladores del único nuevo orden globalizado⁸.

Así, entre otras, puede ser mencionada, la incorporación de tratados de libre comercio que, más que propender por una apertura económica, buscaban la igualdad por lo bajo de ciertos requisitos mínimos para hacer compatibles sistemas jurídicos claramente antagónicos⁹. Las olas de sentencias emanadas de tribunales constitucionales nacionales sobre temas como la eutanasia, la dosis personal, las parejas homosexuales, la limitación de la libertad por vía de espionajes, el consumo como un derecho constitucional y el libre y autónomo consentimiento informado en materia médica, y también en materia contractual, pueden ser diagramadas en

6 Fondo Monetario Internacional. ¿Qué significará el ingreso en la OMC para China y sus socios comerciales? Consultar [en línea] <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/09/pdf/adhikari.pdf> [Citado el 25 de febrero de 2015].

7 Constitución de Alemania de 1949, Constitución de Portugal de 1976, Constitución de Italia de 1977, Constitución de España de 1978, Constitución de Chile de 1980, Constitución de Brasil de 1988, Constitución de Colombia de 1991, Constitución de Perú de 1993, entre otras.

8 Beck, Ulrich. *Una Europa alemana*. Barcelona. Editorial Paidós. 2012. ISBN: 978-844-932-803-9. P. 120.

9 Unión Europea, NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú).

un mapa de las democracias occidentales que por sus intermitencias positivas o negativas, pero cada vez más reivindicativas; permitió hablar del supraconstitucionalismo o del constitucionalismo por niveles¹⁰.

En ese marco, el *neo-constitucionalismo* generaba a su turno una visión de justiciabilidad de los derechos esenciales del individuo, que dieron en llamarse *fundamentales* y que se tornaban obligatorios para todos los poderes públicos internos de los países¹¹. Estas, en general, eran normas que ponían por encima de cualquier otra concepción de derecho objetivo, incluso de formas de Estado, la posibilidad de acceder a decisiones judiciales que amparaban derechos de los particulares, que —obviados muchos otros matices normativos y de procedimiento internos— se consideraban como esenciales al ser humano y por sobre todo, prevalentes y efectivos.

Esas nuevas normas se postulaban, a instancias también de reformas constitucionales que, en principio, agrupaban las voces de los inconformes nacionales por un lado, pero por el otro copiaban desde las teorías de Schimdt y Kelsen pasando por los postulados de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 para la República Federal de Alemania, la Constitución de España de 1978, la de Italia de 1949 o la de Portugal, entre otras. Esto es, procedimientos jurisdiccionales para proteger los mismos derechos sustanciales postulados en esos nuevos pactos políticos, que, a su turno, más allá de cualquier otro objetivo, buscaban la verdadera inserción de los individuos desposeídos, típicamente marginados en las sociedades occidentales de cuño continental, en lo que fuera un sistema, que desde siempre parecía haber sido ajeno a ellos: “el sistema codificador burgués decimonónico tutelar de la propiedad”.

Estas dos situaciones progresivas y mucho más marcadas luego de 1990: la imposición del capitalismo y las olas reformistas constitucionales; vieron agrandar sus fortalezas, en un hecho también político y económico: el ovacionado fracaso de los sistemas políticos socialistas del otro lado de la cortina de hierro, que contra todos los vaticinios, se evaporó al final de la misma década con la caída

.....
10 Al respecto vale recordar las obras completas de Ricardo Guastini, pero también Niklas Luhmann, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli y desde otros ámbitos más aplicativos que discursivos, Robert Alexy o Karl Larenz, pero también, desde unas perspectivas mixtas: Boaventura de Sousa Santos.

11 Dice el art. 19 (2) de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: “In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”, es decir: “En ningún caso podrá ser usurpado el contenido natural de un Derecho Fundamental”.

del Muro de Berlín; el así llamado *Glasnoth* y la *Perestroika*, impulsados principalmente por Mijail Gorbachov, a instancias de una agenda política que unió a la diplomacia internacional, economía y religión; que como ya se ha mencionado, implicó una salida en desbandada de las políticas intervencionistas del Estado a todo lo largo y ancho del planeta, como bien Judt lo expone. Fueron muy contadas las democracias occidentales que, contra la corriente, mantuvieron una sujeción rigurosa a sus políticas socialdemócratas o de intervencionismo de Estado.

Pero mientras la noción misma de sociedad política, participativa y gremial degeneraba en meras agrupaciones monstruosamente gigantescas, dedicadas a consumir en los suburbios de ciudades, y mientras las constituciones abandonaban su vocación organicista y fecunda para convertirse en catálogos de derechos, adjudicables en términos expeditos y daban voz y reconocimiento a la más variopinta mezcla de minorías, comunidades, etnias, agrupaciones, sectores, formas de sociedad y en general grupos humanos, que dejaron de autodenominarse *lo popular* para autodenominarse *la sociedad civil*¹²; la regulación del intercambio de riquezas, bienes y servicios se anquilosó en una visión puramente decimonónica, que centraba sus lógicas en el código civil nacional de cada república filial al derecho continental.

Para situarlo en términos iconográficos se seguía teniendo como centro de las reflexiones jurídicas más elaboradas, a nivel privado, al contrato de compraventa de bien inmueble. Este siempre ocurría entre dos burgueses que fundados en su propio egoísmo, configuraban de manera plenamente justa unas cláusulas, que de manera equidistante le otorgaban a cada uno exactamente lo justo en términos de cosa y precio, y que de esa forma activaban una economía reposada de los siempre justos e inequívocos comportamientos del *bonus pater familias*. Todo ello permaneció un tanto ajeno a otro tipo de fenómenos jurídicos, como la reivindicación territorial y agraria de los desposeídos o la discriminación sistemática de la mujer; para cuando ya las operaciones por internet entre un consumidor desinformado y una empresa todopoderosa eran una cotidianidad, en la que esta última imponía unas condiciones generales de contratación, cuya existencia apenas y era conocida por el consumidor a distancia, que además compraba pagando, en no pocas oportunidades, con créditos excedidos de una tarjeta otorgada en irregulares

12 García, Canclini Néstor. *Consumidores y ciudadanos; conflictos multiculturales de la globalización*. México D.F., Grijaldo, 1995.

condiciones por un banco, que ejercía abusos en el recobro de intereses, mientras la inestabilidad monetaria nacional crecía a la vera de sucesivas crisis en todas las esquinas del globo; y que, a pesar de la tozudez de los gurús de la macroeconomía, se repetían cada determinado tiempo y cuya ampulosa explosión, con todos sus dolores en el corazón del capitalismo, se produjo en el ya no tan cercano año de 2008, bajo la así llamada crisis hipotecaria de las *Subpryme* en los Estados Unidos de Norteamérica.

El hecho económico por excelencia ganó cuerpo en la sociedad consumista: la relación de intercambio a través de la compraventa, de la permuta, del arriendo, del contrato de trabajo, del contrato de prestación de servicios, del contrato de seguro; en fin, de todas las relaciones negociales; implicaron que la economía de mercado, la sociedad del intercambio, evidenciaran que la generación de riqueza, más que en los bienes mismos, yacía en la defensa del libre mercado, *per se*. Esa simple observación evidencia los cambios que la misma economía en su desarrollo histórico le ha impuesto al derecho en los últimos dos siglos, contados, con una clara perspectiva desde 1848¹³.

Pero en ese marco, la necesaria reflexión (siguiente) reconduce a cuestionar el hecho de que las obligaciones se sigan enseñando, aprendiendo, abordando y tratando, como hace tres siglos, cuando las condiciones que la posicionaron como el objeto más importante de estudio del derecho privado, en sí mismas, han sufrido modificaciones tan radicales en tan corto tiempo. Una aproximación histórica al derecho, que diera cuenta de los cambios sociales y políticos derivados de un modelo económico determinado, no debería ser una posibilidad, sino un requisito previo de estudios realistas, que den cuenta de la praxis misma: de la vivencia misma de los fenómenos, si se quiere.

Una de las posiciones más vanguardistas, dentro de las corrientes históricas (Cfr. Hobsbawm, Judt), pareciera inclinarse hacia la necesidad de redescibir fenómenos de manera más precisa, con la finalidad de eliminar definitivamente los mitos colectivos que en parte son responsables de la cada vez mayor imprecisión de las ciencias sociales. Así como el periodo de la “posguerra” ameritó una re-descripción incluso correctiva de otras retóricas, (en gran medida considerable), tras fenómenos que implicaron todo un despliegue de políticas mundiales como la

.....
13 Ernest Hobsbawm, Eric John. *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*. 19 Editorial, España: Siglo XXI, 1988.

caída del Muro de Berlín, u otros tan intempestivos e imprevisibles como la consolidación de una —ahora incluso tambaleante—, Unión Europea; en la actualidad se hace necesario que todas las ciencias sociales sean menos ambiciosas en su pretensión descriptiva absolutista, no sólo a nivel espacial, sino incluso temporal.

Mejor que el típico abordaje ciego de la dogmática, pareciera ser decisiva la ubicación de fenómenos que a su turno propiciaron coyunturas históricas o sociales, como método formal para acceder a investigaciones mucho más precisas y decantadas, o si se quiere a la esencia pura, de cada forma de conocimiento.

Una especie de renuncia a los conceptos unívocos y a las teorías puras, pareciera cernirse sobre la compleja, cambiante y rauda realidad que circunda al ser humano del siglo XXI y por ende, la epistemología de cada intento serio de investigación pareciera entonces ser mucho más exigente, precisa, decantada y justificada. A lo sumo, pareciera que tanto la ciencia jurídica alemana, como la más relevante ciencia historicista inglesa, europea y norteamericana quieren apuntar hacia ese objetivo.

Por lo tanto, para nosotros, el marco temporal y espacial entonces, de este primer tomo del Derecho de obligaciones, que componen los resultados de esta investigación pareciera entonces fundirse en todo su espectro, a partir de la violencia desatada en todo el país con posterioridad al 9 de abril de 1948. No porque de manera definitiva las dinámicas sociales anteriores y posteriores hayan sido radicalmente diversas por la ocurrencia de ese hecho, sino por cuanto, en una amplia medida, ese día, existió una especie de corte que consolidó dinámicas no sólo jurídico positivistas, como la corte contra reformista colombiana de los años cincuenta, sino dinámicas socioeconómicas como el Frente Nacional y la decisiva apuesta por un desarrollismo tardío de industrialización secundaria. Alguien podría ubicar ese corte también como una nueva contrarreforma política, por virtud de la cual se cerraba definitivamente el paso a las políticas liberales y sociales propagadas por gobiernos como el de Alfonso López Pumarejo y por instituciones renovadoras, como la Corte de 1936.

De alguna manera, esa forma de describir o ver como necesaria la fijación del inicio de un nuevo ciclo, fue promovida en su momento en otras latitudes por profesores como Emilio Betti, e incluso el mismo maestro Valencia Zea¹⁴ en parte de

.....
14 Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil: parte general y personas*. Decimoséptima edición, Bogotá D.C., Temis, 2011, P. 170.

su obra y, para el espectro nacional, el Código de Comercio, que entró en vigencia en 1971, contando con la dirección del profesor Álvaro Pérez Vives y con grandes juristas que trataron de trasvasar fundamentalmente las novedosísimas teorías expuestas en el “Código de Derecho Privado Italiano de 1942”, que a su turno había sido un calco fidedigno y ventajoso en gran parte del Código Civil Alemán (BGB)¹⁵.

Del método jurídico, la casuística, la construcción de un sistema de abajo hacia arriba, de la praxis a la teoría

De otro lado, al tener delimitado un espectro espaciotemporal de análisis de la dogmática de las obligaciones nacional, lo cual no está implicando renunciar al necesario derecho comparado, como fuente de precisión dogmática, ni a fuentes dogmáticas anteriores, en caso de ser necesarias, sino que, de manera precisa, los fenómenos casuísticos y de la praxis que se quieren analizar en detalle serán los nacionales en ese periodo de tiempo; es menester indicar que pareciera arbitrario comenzar con una descripción puramente dogmática de la materia. Sin embargo, es lo que en la generalidad ocurre en los libros de texto que tratan de acercar a los estudiantes a la materia, en el espectro nacional y no por falta de material para la edificación sistemática de la casuística, sino por una especie de renuncia vacua a una mejor sistematización de las fuentes del derecho nacional.

Este intento parte entonces de la situación contraria, se procurará partir de la praxis cierta, para delimitar la aplicación de la ley, en casos ya fallados por la jurisprudencia, que además articulen, los principios generales del derecho, los principios constitucionales y la costumbre, en lo que por supuesto pretende ser una reconstrucción dogmática de la materia.

Por lo anterior, permanentemente se sugerirá al lector un caso previo, sobre el que resulta preciso que se pueda divagar, extrapolar diversas posibilidades, ponderar principios y luego sopesar las normas jurídicas que guían el caso, para luego, seguir el análisis jurisprudencial y legal del mismo.

Así, desde la praxis, se le proporcionará al lector una aproximación tangencial a las fuentes del ordenamiento jurídico, que luego se pretenderá que tornen

.....
15 En el mismo sentido señala Valencia Zea que, “El Código Civil Italiano de 1942 representa un moderno instrumento legislativo que, conservando las mejores tradiciones del Derecho Romano, recoge las más modernas concepciones del derecho germánico”. *Ibid.* P. 120.

lo suficientemente sólidas, pero además apegadas a la realidad, que le permitan articular sus conocimientos de manera sistemática, con razonamientos suficientemente profundos del derecho constitucional, legal, jurisprudencial, de principios y dogmáticos que lo habiliten en la utilización de esos medios como herramientas para la solución del respectivo caso. Se considera que este método constituye la forma de aproximación apropiada al espectro jurídico del derecho privado¹⁶.

Ahora bien, en gran medida muchas de las consideraciones expuestas harán parte de razonamientos más cercanos al deber ser o de *lege ferenda*. En parte la mera aproximación a las disquisiciones sobre los códigos, deja suelta una amplísima parte de la necesaria interpretación sistemática de la legalidad colombiana con el actual y vigente bloque de constitucionalidad, sin mencionar los nuevos tratados de libre comercio que ha suscrito el país en el marco de los imparable procesos de globalización.

Sin embargo, como ya se acotó, las consideraciones de este primer volumen tienen que ver con el derecho del ciudadano colombiano en un marco constitucional de derecho social y democrático, postulado en el texto de 1991. Un segundo tomo abordará las relaciones paritarias empresariales o de individuos que se presumen iguales en el marco de las negociaciones y cuya presunción no resulta desvirtuada en momentos procesales o constitucionales diversos y, para el marco de las empresas transnacionalizadas operantes en Colombia.

Por último, el texto no pretende una corrección de la dogmática, sino que partimos de que nuestra opinión es una más entre muchas, que a su vez trata de articular de una manera diversa la colocación de las fuentes del Derecho de obligaciones, su lectura de las vicisitudes y fenomenologías. La veracidad de nuestras apreciaciones queda a juicio de los más críticos y rigurosos lectores, que de acuerdo también a la experiencia, son los estudiantes de la materia, quienes cuentan, primero con el tiempo y segundo con la disciplina suficiente para eliminar todas las dudas y preguntas que este texto les genere; y, en consecuencia es a ellos a quienes principalmente está dirigido este texto.

.....
16 Esto se sustenta teniendo como base de referencia al derecho alemán, que resulta casuístico por excelencia y por ende altamente meticuloso, ya que ha sido el receptáculo de toda la tradición casuística desde Ihering, Puchta y Savigny, hasta nuestros días, lo que les ha permitido grandes avances en el estudio del Derecho. Esto de ninguna manera aleja, ni resta importancia a métodos como el *Corpus iuris Secundum* implementado en el derecho anglosajón (USA) que resulta en sí misma una herramienta supremamente útil al momento de entender como este sistema ha podido articular de forma tan precisa su jurisprudencia.

Modelos de un sistema contractual, marco económico, iusfilosófico y constitucional

Se parte de una observación liminar: el modelo contractual debe corresponderse con el modelo económico. Ha quedado demostrado que el capitalismo sin ninguna clase de regulación es un verdadero peligro y el mayor enemigo del mismo sistema capitalista¹⁷. En esa medida, no es nuevo ya, reiterar, que el modelo contractual debería respetar absolutamente las negociaciones que son paritarias (B2B) y aquellas en las que, a voces del Tribunal Constitucional Federal Alemán, “se han respetado las situaciones fácticas de igualdad de los contratantes”¹⁸. Y de otro lado, se debería desplegar una defensa radical de los derechos fundamentales, a través de la aplicación de las cláusulas generales que comportan principios de legalidad y de control a la debida contratación, o lo que a la postre es lo mismo, un desarrollo legislativo y jurisprudencial de un Derecho del consumo, que desde los inicios de los años noventa, se apropió del lugar paradigmático que hasta ese momento ocupaba el contrato de compraventa clásico de los códigos civiles decimonónicos, como se ha dicho.

Una iconografía del cambio del objeto de estudio del derecho privado, ya mencionado, tendría que mostrar hasta antes de 1990 al burgués decimonónico y terrateniente que periódicamente concurría a adquirir un inmueble asesorado por su abogado y su notario de confianza, a una entidad bancaria con la intención de retirar dinero en efectivo o un cheque de gerencia para pagar su aumento patrimonial en bienes inmuebles, que implicaban una clara intención de aumento pronto de la riqueza a través de la especulación y el acaparamiento; de donde se desprendería que el contrato más importante de los códigos civiles sería la compraventa del bien inmueble. Por el contrario, la caída del Muro de Berlín, el afianzamiento de una Unión Europea y el deslizamiento que los años ochenta produjeron hacia el consumismo permanente, nos evidenciarían, hoy día, ya no a un comprador de inmuebles, sino a un adquirente de bienes y servicios, que a través de una conexión a

.....
17 Judt, Tony. *Algo va mal*. Traducido por Belén Urrutia. Bogotá D.C., Colombia. Editorial Taurus. 2011. ISBN: 978-958-758-081-5. P. 221.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 19 de octubre de 1993, referenciada como: 1 BvR 567, 1044/89. En esta oportunidad el Tribunal se pronunció sobre la protección que debe brindar el ordenamiento jurídico a la parte más débil del contrato de fianza, que para el caso el fiador, pues declaró nulo un contrato de fianza celebrado entre un banco y una joven de veintiún años cuyos ingresos eran muy precarios, argumentando que el mismo contravenía las buenas costumbres. El sustento normativo de la decisión lo conformaron los parágrafos 138 y 242 del BGB y en el art. 2 (1) de la Ley Fundamental.

internet, puede comprar desde libros descargables a diversos dispositivos electrónicos, ropa, servicios y asesorías para su pequeña o mediana empresa, hasta incluso los mismos inmuebles en Australia, sin haber puesto nunca un pie en esa tierra.

En ese orden de ideas, es claro que, el contrato de consumo electrónico, como ya se dijo, ha asumido el papel que desde siempre tuvo el contrato de compraventa, y una vez entronizado vino a modificar toda la estructura de pensamiento iusprivatista.

Algunos han tachado desproporcionadamente ese nuevo paradigma como “alguna clase de intervencionismo de Estado” en los contratos en los que hay claras desigualdades (B2C). Sin embargo, lo que queda claro es que el Derecho de obligaciones y contratos se escindió en dos grandes bloques que a los privatistas clásicos les cuesta reasumir, pero se estima que no ha cambiado mucho la dinámica clásica, si se observan artículos como el 78 inc. 1 de la Constitución Política o artículos como el 1624 del C.C., que postula el principio *in dubio pro debitoris* o la prevalencia del consumidor o la parte débil del contrato en la permanente labor interpretativa.

En efecto, desde otra perspectiva, la pregunta entonces ya no se contraería a si es legítimo o no aquel intervencionismo de Estado, sino más bien a ¿cómo deberíamos regular ese omnipresente intervencionismo de Estado? Y la primera respuesta que, como se ve, se quiso inducir, es que ya los códigos decimonónicos contenían normas para compensar las desigualdades regulatorias que se producían en la etapa precontractual o durante las negociaciones (parágrafo 242 BGB 138 BGB, parágrafo 823 y 826 del BGB: artículos 1618-1624 del Código Civil Colombiano)¹⁹.

De hecho las normas mencionadas de la legislación alemana, son las que, al contener conceptos jurídicos indeterminados como buenas costumbres, la buena fe y el orden público, han sido utilizadas por el Tribunal Constitucional Federal, en múltiples de sus decisiones, para, declarar la nulidad de los negocios jurídicos

.....
19 La legislación alemana mencionada establece lo siguiente: §§ 138 (1) BGB: Un negocio jurídico que contraviene las buenas costumbres es nulo. (2) Es en especial nulo un negocio jurídico por el que alguien, aprovechándose de la posición de fuerza, de la inexperiencia, de la falta de capacidad de raciocinio o de debilidades importantes de la voluntad, permite otorgar o prometer, para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que sean notoriamente desproporcionadas en relación con la prestación §§ 242 BGB: El deudor está obligado a provocar el resultado, como lo exigen la lealtad y la buena fe, teniendo en cuenta el tráfico negocial; §§ 823 (1) BGB: Quien lesione dolosa o imprudentemente la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o cualquier otro derecho a otro, está obligado a indemnizarle el daño causado. §§ 826 BGB: Quien causa daño a otro, de manera dolosa y en contra de las buenas costumbres, está obligado a indemnizarle el daño causado.

en ciertos casos, en los que resultarían afectados derechos fundamentales²⁰ o para sancionar en materia de responsabilidad a un sujeto de derecho privado, que ha afectado la esfera de derechos fundamentales de otro particular, en lo que dio en llamarse, *EL EFECTO INDIRECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, entre particulares en la jurisdicción alemana, también conocido como *EL FENÓMENO DE IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO*, incluidas las relaciones entre particulares²¹.

Sin embargo, algo que diferencia al centro de la periferia jurídica es que, si bien tanto allá como aquí las casuísticas han variado, allá esas variaciones vienen a representar el foco de la enseñanza del derecho, en tanto que aquí se las ve como extraños fenómenos innombrables o incluso, para los clásicos profesores, como “dignos de desechar” en la academia. La forma de la redacción contractual ya no es un problema de mutua intervención de los contratantes, sino que la empresa en el esquema B2C impone una serie de cláusulas generales de contratación que sólo permiten la aceptación en bloque de las mismas. Esa situación, reconduce entonces a la creación de nuevas casuísticas, que deben entonces ser actualizadas desde una perspectiva más realista, lo cual implica varias problemáticas que serán abordadas a lo largo del texto.

Expuesto todo lo anterior, este primer volumen de Derecho de obligaciones está dedicado, como ha quedado postulado a la constitucionalización y consecuente contextualización de este primer bloque del Derecho de obligaciones denominado Derecho del consumo; por supuesto, atendiendo, cuando sea necesario, a los conceptos clásicos, que también resultarán de utilidad para la exposición, desarrollo y continuación de la obra: el hilo conductor es la articulación, no la desmembración legal y jurisprudencial en trozos incompatibles, que pareciera ser el rasero utilizado por la mayoría.

.....
20 Sobre el particular, se encuentran, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán: i) Sentencia Lüth del 15/01/1958, ii) La Sentencia del caso de la Fianza de ingresos y el familiar despilfarrador del 19/10/1993 y, iii) La Sentencia del caso de la Antena Parabólica del 09/02/1994. Stöber, Michael. *La significación de los Derechos Fundamentales para el Derecho Privado Alemán*.

21 Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho. La consolidación como fenómeno histórico. Un intento metodológico de la renovación de la argumentación jurisdiccional civil*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado No. 48. 2012. Consultar [en línea] (Julio-Diciembre del 2012) https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri466.pdf

Es necesario entonces, primero que todo entender que la producción de bienes y servicios ha trascendido la clásica visión fronteriza o transfronteriza. Hace algunos años era normal comprar en Colombia productos venezolanos o panameños, en tanto que en Alemania era normal comprar producción francesa, italiana o española. Ese esquema de cosas sin embargo, se ha modificado de manera tal que hoy día el acceso a productos de cualquier país del mundo es una constante en todos los países. Al respecto se habla de manera inadecuada de globalización económica, política, comercial o jurídica; pero esa denominación parece poco descriptiva.

Desde la supremacía griega o romana, a lo sumo ha conocido la historia la predominancia de un determinado poder político que impone condiciones tanto económicas como jurídicas, con la pretensión de ser universalizables. Sin embargo, ello no ha sido posible en términos geopolíticos, ni geográficos o culturales. No obstante, lo que ocurre hoy día no dista de esos fenómenos históricamente relevantes. En la actualidad, el mundo y la sociedad sufren una influencia intercultural de exagerada magnitud, que no alcanza a ser descrita por el término vacío de “globalización”²².

Como segundo punto la venta en masa hecha por las empresas, tampoco es un fenómeno nuevo. Tanto las colonias americanas como las metrópolis europeas conocieron, aproximadamente desde 1848 la noción de industria empresarial, lo cual implicó, sin duda alguna, una nueva forma de contratación impositiva y desigual, prueba de ello es la creación del derecho laboral como división teórica del derecho privado. En 1900 ya existía en Alemania conciencia al respecto, como bien lo evidencia la asociación de amas de casa, pero también las ácidas críticas de, entre otros, Otto Von Gierke que impostaba con gravedad, contra el nuevo texto del BGB.

Lo que en realidad resulta novedoso es la **conciencia generalizada al respecto**, como bien lo evidencia toda la literatura sobre el tema, pero en ello han sido decisivas no sólo directivas de la Unión Europea, sino la temprana visión que al respecto desarrolló la República Federal de Alemania durante los años setenta.

22 Se arguye que antes no era normal, que los jóvenes latinoamericanos hablaran otro par de idiomas, pero lo cierto es que, antes que una observación desde la globalización, esa anotación parte de una realidad que subyace localista y en particular latinoamericana. Desde antes de la finalización del siglo XIX, era normal que en Europa toda la juventud hablase por lo menos dos o tres idiomas. Lo propio ocurría con las olas migratorias de Canadá o los Estados Unidos de Norteamérica, en tanto que en Asia el ruso constituyó en un segundo nivel y tras el francés la verdadera *lingua franca*. Por último, es claro que el uso de por lo menos un par de dialectos más, el mandarín era una constante en toda la China continental incluso desde hace un milenio.

Por otro lado, la cantidad de negocios en los que la disparidad es mucho más evidente y consciente, aumentó de una forma desmesurada no sólo en número, sino también en distancias.

Sin embargo, retomando la idea genitora de este acápite, todo lo anterior redundaba en apoyar que el modelo contractual debe corresponderse con el modelo económico. En esa medida, vale la pena reiterar que en virtud del aumento en número y en distancias de esos negocios, el modelo contractual debería respetar absolutamente las negociaciones que son paritarias (B2B) y hacer alguna clase de intervencionismo de Estado en los contratos en los que hay claras desigualdades (B2B).

DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La totalidad del ordenamiento jurídico se compone de diversas partes con sus correspondientes tareas. Se diferencia, en la más clásica visión germanista, el derecho público, el derecho penal y el derecho civil. Cada una de ellas se deja dividir a su vez en múltiples subáreas jurídicas. La subsunción de un estado de cosas, esto es de una situación jurídica bajo cada una de estas áreas, implica o conlleva una apreciación vital: qué rama de la jurisdicción será la competente para resolver determinada discusión jurídica. Así son los jueces civiles quienes fallan en las discusiones sobre contratos, obligaciones o propiedad. Los jueces de familia sobre los divorcios, las adopciones o las diferencias que surgen entre causahabientes por la porción de herencia que a cada uno de ellos les corresponde en una sucesión. A su turno el juez constitucional, que en nuestro país son todos los jueces, deciden sobre la violación de derechos fundamentales de los particulares y las altas cortes, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de manera subsidiaria, deciden sobre la constitucionalidad de las leyes o de ciertos actos administrativos o de Estado.

Sin embargo, pareciera que esas dos ejemplificadas ramas se interceptan en algún punto para que, a través de la garantía de los derechos fundamentales, se puedan proteger también derechos personalísimos y patrimoniales de las personas que desde siempre parecían estar subsumidos o adjudicados al fallador civil. A su vez, un proceso que ha tenido lugar en muchas otras democracias constitucionales,

consistente en la patrimonialización del derecho constitucional, no se ha ocurrido en Colombia, pero pareciera ser un fenómeno necesario y urgente²³.

Al efecto, vale la pena, entonces, mejor circunscribirnos a un par de ejemplos que delimiten la zona de intersección descrita entre el derecho privado y el derecho constitucional.

Caso 1. El usuario del sistema bancario U, ha sido reportado como deudor moroso, porque debe 20.000 pesos a un prestador de servicio celular, en una base de datos que utilizan comerciantes particulares y bancos, para verificar la dignidad crediticia de las personas. ¿Parece proporcionado que por ese reporte, el banco B le niegue al usuario U, un crédito para pagar la universidad de su hija?

**Observación: ver Tutela T-414 de 1992 de la Corte Constitucional.
(En adelante C. Cons.).**

Para hablar de la Constitucionalización del Derecho Privado, así como de cualquier otra rama del derecho, es necesario empezar por afirmar que este fenómeno jurídico surge como una manifestación más del denominado neoconstitucionalismo, entendiendo por aquel, dos cosas: primero una positivización de los derechos de los particulares, que se consideren como esenciales a nivel constitucional y una consecuente posibilidad de hacerlos efectivos a través de una acción jurisdiccional; y además una teoría del derecho²⁴, según la cual una constitución, que posee un contenido normativo fuerte en materia de derechos exigibles, pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, otorgando el

.....
23 Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho. La consolidación como fenómeno histórico. Un intento metodológico de la renovación de la argumentación jurisdiccional civil*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado No. 48. 2012. Consultar [en línea] (Julio-Diciembre del 2012) https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri466.pdf. En este documento se referencian dos sentencias trasendentales para el derecho alemán; la sentencia del jinete y la sentencia publicación de cartas, en las cuales se expresa por parte del Senado Civil del Tribunal Supremo Federal, la adjudicación de altísimos valores patrimoniales a la violación de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania, lo que, conlleva a que la violación de los derechos fundamentales es una de las conductas que debería sancionarse con las más onerosas sanciones patrimoniales.

24 Siguiendo a Comanducci, el neoconstitucionalismo tiene tres posibles acepciones, pues puede encarnar un determinado modelo de Estado, una teoría del Derecho que sustenta dicho modelo o, una ideología que justifica o defiende aquella fórmula política. En este caso se parte de la segunda acepción porque ser la que resulta más adecuada cuando se pretende abordar el fenómeno de la Constitucionalización. Comanducci, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, 2003.

protagonismo fundamental, ya no más al legislador (a la ley, si se quiere citar el sistema jurídico francés) sino a los jueces. (A la adjudicación ponderada de valores, principios y fundamentos democráticos y constitucionales)²⁵.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo se presenta como una teoría jurídica en la que, por un lado, se plasman en las constituciones las aspiraciones de un proyecto político transformador, siguiendo ya no la tradición francesa, sino mejor la europea continental (Alemania, Suiza, Italia); mientras que por otro lado, también se otorga a los ciudadanos la garantía jurisdiccional, conforme a la tradición norteamericana, de hacer valer sus derechos frente a las autoridades jurisdiccionales. La ley fundamental de Bonn de 1949, es considerada pionera en materia de neoconstitucionalismo en razón del catálogo de Derechos consagrados en sus primeros artículos y la posibilidad de todo ciudadano de defenderlos mediante la vía judicial de acuerdo a su art. 19.4.

Así, la constitución es entendida como norma superior dentro de las fuentes del derecho, lo que genera, en primer lugar, que todas las leyes deban estar en concordancia con ella, no sólo formal sino también materialmente, y como consecuencia de lo anterior, que corresponda a los tribunales constitucionales garantizar la primacía de la constitución y la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El caso alemán, al cual se volverá a hacer referencia más adelante, fue seguido por Italia, por España y posteriormente por un gran número de países de occidente, dentro de los cuales se encuentra Colombia, que en su Constitución de 1991 consagró un catálogo de derechos de exigible cumplimiento por la vía judicial mediante la tutela, siempre que se atiendan los requisitos de este recurso; que si bien fue concebido como un procedimiento sumario y preferente para efectivizar aquellos derechos, en la actualidad requiere una reforma para poder atender ciertas dificultades para la rama judicial que no viene al caso ventilar en este trabajo²⁶.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico nacional, la jurisdicción constitucional, en materia de amparo de derechos, como ha quedado dicho, es ejercida

.....
25 Prieto Sanchis, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, 2003.

26 Sobre el particular, ver Castro Ayala, José Guillermo. *La Corte Constitucional: ¿demasiado activa?* Consultar [en línea] Disponible en Razón Pública <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>

en principio por todos los jueces de la república²⁷ y su órgano de cierre, que, a su vez es el órgano de mayor jerarquía dentro de toda la rama judicial, es la Corte Constitucional, cuya interpretación constitucional debe ser observada por todos los jueces, no sólo a la hora de decidir tutelas sino en todos los casos propios de su respectiva jurisdicción, dado que precisamente en ellos, es donde debe manifestarse con más fuerza la supremacía de la Constitución, pues ello constituye la esencia de la constitucionalización de las distintas ramas del derecho.

Lo anterior, por cuanto, si todas las leyes deben estar acordes materialmente con la Constitución, los principios²⁸, que esta última consagra, irradian todo el ordenamiento jurídico. No obstante, el discurso constitucional no es muy propenso en los despachos de carácter civil del país, pues la mayoría de los jueces civiles, por ejemplo, sólo utilizan el marco constitucional cuando deben fallar una tutela, pero se olvidan de su aplicación cuando resuelven los demás casos²⁹.

En el mismo sentido, la Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia, lejos de buscar la optimización de los principios constitucionales, se ha entendido como la simple consagración de preceptos civiles en el texto constitucional. Esto es, el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la igualdad (art. 13), la libertad de empresa, en todo caso circunscrita al bien común (art. 333), la buena fe (art. 93), la prohibición del abuso del derecho (art. 95.1) y la función social de la propiedad (art. 58), por ejemplo; sin que ello implique en la realidad, que las decisiones del juez patrimonial se traduzcan en una verdadera protección o efectivización de los derechos fundamentales.

No obstante, tampoco se puede negar todo valor a las mencionadas consagraciones, pues ellas han influido en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, algunos de simple apreciación teórica como la conceptualización de la

27 Se debe tener en cuenta que la justicia especial, de la que hacen parte la justicia penal militar, la justicia indígena y los jueces que fallan en equidad no están investidos con la facultad de conocer de la jurisdicción constitucional.

28 Entendiendo por tales mandatos de optimización, que deben ser aplicados mediante la ponderación.

29 Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho*. Op., cit., P. 29.

función social de la propiedad³⁰ y otros de especial importancia para la sociedad como el caso de los derechos de las parejas del mismo sexo³¹.

Los dos primeros derechos arriba mencionados, esto es la libertad y la igualdad son, antes que principios, presupuestos de funcionamiento de un Estado social, democrático de derecho, con consagración constitucional de protección de derechos fundamentales. Así, dentro de la dogmática clásica, entendiendo los derechos fundamentales como medios de defensa frente a los eventuales abusos de los poderes estatales³², cabe anotar que antes que la postulación de los mismos derechos, lo que importa dentro de la constitución es que no se pueden restringir libertades de nadie o hacer discriminaciones en contra de alguien, sino a través de procedimientos, de instrumentos si se quiere, que sean absolutamente claros, no sólo para el Estado, sino y sobre todo, para el ciudadano.

Al respecto cabe anotar que el principal instrumento para restringir libertades de manera válida constitucionalmente es el así llamado **principio de proporcionalidad** y el paradigma instrumental para hacer discriminaciones positivas o negativas se constituye en el **test de igualdad**. Tanto el caso 1, propuesto y mencionado, puede (y debería) resolverse idealmente a través del test de proporcionalidad, así como la toma de posición frente a las uniones civiles de personas del mismo sexo puede (y debería), idealmente ser resuelta luego de la aplicación del test de igualdad.

Como corolario de lo anterior, ha de afirmarse que no se pueden restringir libertades del individuo, por parte del Estado (tampoco por parte de particulares), sin una previa aplicación del principio de proporcionalidad, en el que quede claramente justificada la restricción correspondiente y por ende, en el caso 1, la libertad de contratación, pareciera haberse visto afectada de una manera desproporcionada³³.

.....
30 Corte Constitucional, sentencia C-595/99, en donde se declaró inexecutable la expresión "arbitrariamente" del art. 669 C.C., con base en que *La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad.*

31 Corte Constitucional, sentencia C-577/11.

32 Ipsen, Jörn, Staatsrecht II, Grundrechte. Academia Iuris. Lehrbucher der Rechtswissenschaft. Auflage, 16 Vahlen, 2013. ISBN. 97838006564. P. 16 y ss.

33 Hanau, Hans. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke der Privater Gestaltungsmacht. Jus Privatum 89. Mohr Siebeck. 2004. ISBN. 3-16-148257-3. P. 16.

Sin embargo, la jurisdicción constitucional nacional ha sido bastante tímida a la hora de establecer los reales efectos de una protección del derecho al *habeas data* contenido en el artículo 15 de nuestra Constitución, pues no sólo ha de eliminarse al sujeto reportado de manera desproporcionada, sino que su libertad de contratación positiva no puede verse afectada, esto es, el banco respectivo debería ser obligado (como prestador de un servicio público, que además es un derecho), siempre que la finalidad del crédito sea la satisfacción de un derecho económico, social o cultural (en el caso la educación) a contratar con el usuario, cuyo derecho al buen nombre fue afectado.

Así mismo, no es susceptible hacer discriminaciones negativas en el mencionado caso de las parejas homosexuales, pues no existe un argumento lo suficientemente fuerte como para crear un tratamiento diverso entre parejas heterosexuales, que entre parejas del mismo sexo, a nivel constitucional o jurídico³⁴.

Aun así, empero, en materia de obligaciones no se vislumbra la verdadera protección de los derechos fundamentales que demanda la constitución, por lo que resulta válido examinar la fórmula utilizada en Alemania, a modo de ejemplo de lo que podría ser una verdadera articulación entre el derecho privado y el derecho constitucional.

En ese país la constitucionalización del derecho privado se ha traducido, más allá del reconocimiento de la constitución como norma superior, en el denominado **efecto de irradiación o efecto indirecto de los derechos fundamentales frente a terceros**, que el Tribunal Federal Alemán conceptualizó por primera vez en la sentencia *Lüth*, donde, a través de las cláusulas generales de responsabilidad civil del BGB, a las cuales se hizo referencia en el acápite anterior, se reconoció a los derechos fundamentales como bienes jurídicos supremos, de protección no sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares, debido al efecto irradiador de la Ley Fundamental.

Así, la protección de los derechos fundamentales entre particulares se manifestó de dos formas adicionales, que no han sido asumidas en muchas otras democracias constitucionales: i) mediante la denominada patrimonialización de los derechos fundamentales y; ii) a través de la restricción realizada a la voluntad de

34 En contra, entre otros, Rùthers, Bernd: Die Heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden Ein Essay. Mohr Siebeck. 2014. ISBN. 978-3-16-153259-7. P. 121 y ss.

las partes en materia contractual, en determinados casos en los que se ha advertido la vulneración de los derechos de alguna de las partes.

La primera manifestación, es decir la patrimonialización de los derechos fundamentales, consiste en revestir con un carácter patrimonial, a modo de indemnización, la sanción de quien vulnera (específicamente un particular) un derecho fundamental, de forma que, si afecta el derecho fundamental de otro, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales y más allá de lo que demanda en la actualidad la responsabilidad civil extracontractual, se imponga al infractor la obligación de pagar un determinado valor (en ocasiones increíblemente alto, por cuanto lo que está violado son los derechos fundamentales, que en principio son la suprema noción del ordenamiento jurídico), a quien haya visto afectados sus derechos, por concepto precisamente de aquel desconocimiento de sus derechos fundamentales.

En el caso alemán, ello fue lo que ocurrió en el caso de **El Jinete** y en el caso de **La Publicación de Cartas**, en donde, a causa de la violación al derecho a la imagen y al honor respectivamente, el Tribunal Federal sancionó a los agentes lesionadores al pago de una indemnización por haber causado este daño³⁵.

Finalmente, los derechos fundamentales también han sido objeto de protección entre los particulares mediante su observancia en las relaciones contractuales, es decir, teniendo en cuenta a la hora de decidir una controversia contractual, si ambas partes o alguna de ellas se encuentra lesionando un derecho fundamental, debiendo la autoridad judicial, en este caso, ponderar entre los derechos alegados.

En Alemania, el efecto indirecto de los derechos fundamentales en materia de contratos se puede ver reflejado en varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal Alemán³⁶, pero resulta de especial relevancia, por la amplia interpretación que se otorgó a la Constitución, el caso en que el Tribunal consideró que un contrato en el que una de las partes se encuentra en clara desigualdad respecto de la otra, en cuanto a conocimientos y poder de negociación, se declare nulo con base en el parágrafo 138 del BGB, por considerarse que esta clase de negocios

.....
35 Un análisis más detallado de estas sentencias en Castro Ayala, José, *La consolidación discursiva en el derecho*. Op., cit., P. 14 y ss.

36 Ver nota 21 del primer capítulo.

jurídicos contraviene la limitación que establece el art. 2.1 de la Ley Fundamental y, debido a ello atenta contra las buenas costumbres³⁷.

En efecto, el Tribunal en este caso consideró: i) en primer lugar, que la desigualdad de conocimientos y de poder negocial existente entre las partes constituía una vulneración a la autonomía privada de la parte débil del contrato; ii) que por ende tal circunstancia contrariaba el art. 2.1 de la Ley Fundamental, que consagra el derecho de cada persona al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no afecte los derechos de otro; iii) que tal vulneración a su vez es contraria a las buenas costumbres y en consecuencia; iv) que con base en el art. 138 del BGB el negocio jurídico en el cual se presentaba esta situación debía ser declarado nulo.

En conclusión, este caso muestra cómo, aun en materia de contratos es no sólo posible, sino también recomendable, la articulación entre el derecho privado y el derecho constitucional, mediante la adecuada interpretación de las cláusulas generales como las de responsabilidad civil o las referentes a la observación de las buenas costumbres en materia de negociación, perfeccionamiento, ejecución e interpretación del contrato; todo lo cual, conmina a los jueces a observar en todos los casos los derechos fundamentales que puedan resultar vulnerados con su decisión, para que, en caso de que efectivamente se genere o se pueda generar tal vulneración, se castigue patrimonialmente al causante de la misma.

.....
37 Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del caso de la fianza de ingresos y el familiar despilfarrador del 19/10/1993.

Derecho objetivo y subjetivo

Es una verdad de Perogrullo, que los derechos de las personas se consolidan desde su cotidianidad, por lo mismo, una compleja impostación metodológica, que lleva siglos adentrándose en la mentalidad de los juristas, impide vislumbrar que es supremamente complejo para un lego en derecho comprender dos fenómenos al respecto; el primero tiene que ver con la prelación de sus derechos fundamentales, por sobre sus demás derechos patrimoniales o negociales, y el segundo que la expedición de la Constitución Política de 1991 vino a modificar vigorosamente el entendimiento que del Código Civil o del Código de Comercio podían hacerse previamente³⁸.

El hombre bárbaro cedió parte de su incontrolada libertad para poder, junto con otros hombres, satisfacer necesidades de todo orden. En consecuencia, se adoptaron unas reglas de convivencia, de relativa y concertada calma, se dictaron normas para regir el comportamiento de las nacientes comunidades, conformadas por quienes a bien tuviesen ceder esa inocua libertad. En efecto, se cambió una

.....
38 El tema de las obligaciones es, en sentir de la más inveterada doctrina, una materia de inigualable trascendencia, no sólo jurídica sino económica, social e incluso moralmente; ello por cuanto de esta rama del derecho depende tanto el acceso a la riqueza por parte de una mayor cantidad de individuos, y como el reconocimiento de la utilidad del derecho privado ante cualquier sociedad moderna. Cfr. Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1976.

inútil anarquía, por un mínimo orden garantista encaminado a mantener, en principio, su integridad física y moral.

Desde ese momento, en cualquier parte de la tierra donde hay una sociedad hay normas reconocidas, creadas para regular los distintos vínculos entre los sujetos. Así, si hay comunidades o colectividades hay derecho (*Ubi Societas, Ubi Ius*, reza el viejo brocardo romano), pero sería necesario agregar que la prelación entre esas normas, su sistema de ponderación, si se quiere, también es un constructo que es connatural a esas formas de raciocinio desde tiempos inmemoriales. Desde un punto de vista antropológico, las sociedades premodernas identificaban como norma de cohesión las normas religiosas o morales y por ende, de alguna manera, eran esas las supremas normas de esa clase de colectividades³⁹. Dicho lo anterior, es claro que no resulta del todo sencillo que esas normas supremas o inaplazables sean reemplazadas por otras nuevas normas. Baste recordar que, en parte, la identificación de una sociedad como posmoderna comporta el reconocimiento por parte de ella misma, de la supremacía constitucional normativa y la eliminación o el apartamiento de los juicios de valor axiológicos, como la moral o la religión. La constitución de 1991 es laica en su concepción. La constitución de 1886 reconocía como religión oficial del Estado a la religión católica.

Esas reglas o normas de comportamiento son de imperativo cumplimiento; esto es, que si no se cumplen por propia voluntad de quienes se someten a ellas, se harán cumplir por la fuerza. Con todo, la evolución de las sociedades implicó la necesidad de sistematizar esos derechos y deberes y fue así como surgió el Derecho Objetivo, dentro del cual se encuentran tres clases de normas: **1) normas supremas e inaplazables**, constituidas principalmente por ejemplo en casi todo el neoconstitucionalismo, por los derechos fundamentales y los principios constitucionales fundamentales; **2) otras de obligatorio cumplimiento y observancia**, como por ejemplo el tipo de moneda que circula en un país o la imposibilidad de vender armas; y por último, **3) normas supletorias de la voluntad** (no expresada) por parte de los individuos.

Por Derecho Objetivo se ha entendido, primero que todo, la compilación de normas en la Constitución, los códigos, las leyes y los decretos; así como también la idea genérica de lo que en un país o región geográfica se ha constituido como

39 Cfr. Levi-Strauss, Claude, *Antropología estructural: mito, sociedades, humanidades*. Siglo XXI. 2009. ISBN. 9788432314254.

•Ubicación de la materia•

norma reconocida por todos⁴⁰. El Derecho Objetivo es el sistema de normas que consagra derechos y obligaciones. Rudolph Von Ihering hablaba incluso de un derecho “con mayúscula” para referirse a lo que debería significar el Derecho Objetivo, en contraposición a un derecho subjetivo, “con minúscula” que hace relación a todos los derechos de las personas individualmente consideradas⁴¹.

Luego de la expedición de textos constitucionales dogmáticos, esto es aquellos que contenían derechos inaplazables, resultó necesario operar con diversos niveles de normas que además, implicaban, cada uno de ellos, una epistemología diversa. Robert Alexy es quizás el profesor de derecho público que más ha trabajado al respecto, identificando un trinomio altamente descriptivo: **principio, norma y regla**⁴².

A esa clasificación algunos le adicionan una cuarta categoría denominada subregla, pero cabe anotar que las aplicaciones correctivas jurisdiccionales no necesariamente comportan una categoría *per sé*.

De otro lado, el derecho subjetivo hace referencia a las facultades otorgadas y protegidas por el sistema jurídico —o derecho objetivo—, cuyo ejercicio se deja a la iniciativa de su titular⁴³. El derecho de dominio que tiene una persona sobre su casa, o el derecho que tienen todos los ciudadanos a votar, o el que tiene una persona a que una tercera le cancele una deuda valiéndose de la jurisdicción son derechos subjetivos.

Caso 2. El vendedor v ofrece a su colega de trabajo, la compradora C, un vehículo vw Golf 2008, que podrá obtener por veinte millones de pesos, siempre y cuando los traiga al otro día. C accede al negocio y a la mañana siguiente cuando trata de pagarle a v, este manifiesta que ha vendido el vehículo a D, quien además de ser varón, le ha pagado un millón más por el vehículo.

40 Rene, David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigación Jurídica. México D.F, 2010, ISBN 978-607-0-00251-7.

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

42 Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

43 Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil: Parte general y personas*. t. I. Decimoséptima edición. Bogotá, D.C., Temis. 2011.

En el caso 2 propuesto vale diferenciar entre las normas constitucionales inaplazables, que impiden discriminar a las mujeres de los hombres y por virtud del cual, el vendedor estaría violando un derecho fundamental de la eventual compradora C, y por tanto, a través de una acción de tutela podría esta lograr una reivindicación de su derecho a la igualdad, siempre y cuando sea factible probar la discriminación; derechos estos que son de **absoluta observancia y de inmediato cumplimiento, esto es, normas inaplazables**. De otro lado, se pueden reconocer normas de orden público, que no pueden desconocerse, como que en Colombia circula el peso colombiano y la moneda oficial del Estado es esa, pudiéndose por supuesto cancelar en otra clase de moneda, pero ese pago eventual, no eliminaría al peso como moneda nacional; y, por último, se pueden reconocer normas o mandatos de carácter supletivo. Nótese como el acuerdo de voluntades entre V y C se ha surtido sobre únicamente dos elementos, cosa y precio; esto es sobre el carro y el dinero: los veinte millones de pesos. Esas dos cosas, dinero y vehículo constituyen los elementos esenciales del negocio, pudiendo obviarse cualquier otra clase de acuerdo adicional entre las partes, y podrá ser obviado simplemente porque la legalidad nacional, el código civil o el código de comercio vienen a suplir las manifestaciones de las partes que se han omitido, con normas generales prescritas con esa finalidad. Así, si no se dijo dónde se entregaría el carro, menciona la ley que el mismo deberá ser entregado en el domicilio del deudor, por poner un simple ejemplo, o si no se dijo a quien le competen las reparaciones antes de la entrega, la ley dispone que la cosa se entregará siendo útil para su finalidad y de acuerdo a los mandatos de la buena fe. Por supuesto, al ser meramente supletivas, las partes involucradas pueden desconocer esas normas supletivas y pactar las suyas propias, que también por supuesto pueden ser divergentes de las que han sido propuestas como supletorias por el legislador en los códigos y leyes.

Algo interesante, es que algunos autores han equiparado los derechos subjetivos con el derecho de *acción*⁴⁴, entendido como la facultad que el Estado confiere a los individuos de formular una pretensión a través de una demanda para reclamar, ante la jurisdicción, un derecho; siempre y cuando, quien accione a nombre propio o de un representado sea una persona legalmente capaz (art. 1503 C.C.), mayor de edad.

.....
44 Consagrado en el art. 229 de la Constitución Política.

•Ubicación de la materia•

Se considera en todo caso, que el derecho de acción es apenas uno de los derechos subjetivos, dado que esta noción abarca más elementos, por cuanto, las personas no sólo materializan los derechos que tienen a través de acciones jurisdiccionales, sino con múltiples hechos a lo largo de todo el discurrir de su vida: así el cobro de una deuda, una transacción sobre el negocio, un acuerdo sobre las deudas incumplidas, con claros ejercicios de los derechos subjetivos personales.

Sin embargo, por antonomasia, el ejercicio de los derechos subjetivos se materializa por la iniciación de una acción procedimental en contra del accionado y al respecto vale cuestionarse en el caso propuesto, si la especialidad de que se daba cuenta al comienzo sigue teniendo validez.

Si la compradora C quisiera hacer valer su derecho a la no discriminación por parte de v, debería recurrir a un juez constitucional, si por el contrario, quisiera ejecutar el contrato que entre los dos se ha perfeccionado, debería recurrir a un juez civil que por la cuantía y la territorialidad tuviese competencia, pero ¿qué tan lejanos están uno y otro derecho?

Al respecto vale recordar que todos los jueces, incluidos los civiles, ejercen como jueces constitucionales por vía de tutela. A su vez, resulta claro que la Corte Constitucional no podría ejecutar o resolver un contrato. Pero más allá de ello, es preciso subrayar que **todas las normas jurídicas deben estar conformes a la Constitución Política de 1991.**

El contrato celebrado entre v y c es una norma jurídica, que tiene el rango de norma legal a voces de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, por lo tanto esa norma legal tiene que estar en concordancia con toda la Constitución y en esa medida es claro que el juez civil no sólo debe revisar la legalidad del contrato celebrado, sino también su constitucionalidad. De manera alegórica, podría decirse que al juez civil le cobija tanto la constitución y la ley y por lo mismo sus labores de control se circunscriben a esos dos niveles. (Pero es que además, en una circularidad del argumento, es necesario recordar que ese juez civil también es un juez constitucional). A la Corte Constitucional, de manera restringida, sólo le es dable pronunciarse sobre asuntos constitucionales, no sobre problemáticas legales o contractuales.

La anterior afirmación reconduciría en una clara consonancia a los estudios de derecho comparado, en especial con la República Federal de Alemania a que el juez especializado, esto es, en el caso propuesto el civil para el caso 2, debería

poder pronunciarse en sus providencias no sólo sobre la legalidad del contrato celebrado, sino también sobre su constitucionalidad y por lo mismo, en cuanto tiene que ver con su ejecución se habría violado el artículo 13 Superior, por cuanto el vendedor discriminó injustificadamente a C, por ser mujer, motivo por el cual, el juez civil podría hacer cumplir el contrato ya por la ejecución real del mismo en contra de V, ya por el subrogado pecuniario correspondiente, más la indemnización por la afectación de los derechos fundamentales de C.

Semejante apreciación está implicando que permanentemente se debe consolidar la revisión completa de las declaraciones de voluntad por parte de los jueces especializados: un poco parafraseando a Alexy, podría decirse que todos los jueces deben ser jueces constitucionales, el juez constitucional es un juez de excepción.

Somos conscientes que esa concepción del derecho, le choca mucho a una considerable cantidad de juristas que se resisten a esa clase de cambios, pero al respecto cabe anotar que la tutelitis que nos agobia, se debe en gran parte a la falta de rigurosidad constitucional de los jueces ordinarios. Si bien es cierto las aisladas iniciativas judiciales que reconducen en ese sentido han sido juzgadas duramente, no lo es menos que consideramos necesario caminar en ese sentido.

Al respecto cabe anotar que esa conciencia de la existencia de los derechos subjetivos entre los juristas y su correspondiente conceptualización es relativamente reciente. Como lo plantea Miguel Betancourt Rey, en su obra póstuma *Categorías básicas de Derecho Privado*:

... Apenas durante el siglo pasado vinieron a forjarse las primeras definiciones con cuyo concurso se ha elaborado el concepto actual. De entre ellas merecen destacarse dos pertenecientes ambas a juristas alemanes de entonces. Una es obra de Bernhard Windscheid quien destaca la nota más básica del derecho subjetivo, el privilegio que este significa para su titular, diciendo que el derecho subjetivo es un poder o señoría de la voluntad conferido por el poder jurídico. La otra de Rodolfo de Ihering que censura la anterior y en su lugar destaca el fin de los derechos subjetivos: estos son *intereses jurídicamente protegidos*...⁴⁵.

45 Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. *Derecho Privado, Categorías básicas*: Santafé de Bogotá, Colombia, 1996. Primera edición.

•Ubicación de la materia•

Con todo, es evidente por los postulados de los dos autores mencionados, que frente al tema, existen dos teorías, una monista y otra dualista. La primera aboga por que no existe tal división entre derecho objetivo y derecho subjetivo, sino que el derecho es sólo uno, susceptible de ser definido como la discrecionalidad o los poderes de que puede valerse un sujeto, y que se encuentran prescritos por las leyes para reivindicar un derecho consagrado por las mismas. Una segunda teoría, que es la que se ha explicado, es la que pregona la existencia de una diferencia entre derechos objetivos y subjetivos.

Pero más allá de ello, lo cierto es que el neoconstitucionalismo, característico del siglo xx, en las democracias constitucionales, cuyo paradigma es la República Federal de Alemania, está representado fundamentalmente por una tercera teoría ya mencionada, la teoría del efecto entre terceros de los derechos fundamentales, que implica que todos los jueces están obligados a hacer cumplir no sólo la ley, sino también la constitución y por lo mismo sus tareas como jueces ordinarios, se amplían de espectro, en tanto tienen que verificar que nunca a nivel negocial o contractual se violen los derechos fundamentales.

Caso 3. La noche de Navidad una mujer en compañía de su hermana y unas amigas se dispusieron a celebrar esta festividad para lo cual decidieron ingresar a una discoteca a las 10:00 p.m. Se dirigieron a la discoteca C y en un primer momento, el guarda de seguridad les niega el acceso alegando la realización de una fiesta privada. Al indagar por las verdaderas razones por las cuales no las dejaban ingresar se les informó que las *amigas blancas y rubias podían entrar pero que las morenitas no podían hacerlo*. Las *amigas blancas y rubias* sí pudieron ingresar al establecimiento mientras que las otras no⁴⁶.

Indicación: consultar la Sentencia T-1090 de 2005.

M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

.....
46 Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

División de los derechos subjetivos patrimoniales

Teniendo en cuenta la segunda de las tres teorías mencionadas, podemos decir que los derechos subjetivos son facultades o poderes que tienen todas las personas para ejercer o defender sus derechos de forma discrecional y que se dividen, o podríamos incluso afirmar, que se *materializan* en cuatro clasificaciones básicas, reconocidas por la gran mayoría de la doctrina a saber: los derechos de la personalidad, los derechos familiares, los derechos políticos y por último los derechos patrimoniales.

Los primeros hacen parte del estudio del derecho de la personalidad o de los derechos fundamentales y su característica diferenciadora de las otras dos categorías radica en que estos son inherentes al ser humano. En el sistema jurídico colombiano anteriormente se consideraba que los derechos de la personalidad eran derechos distintos de los derechos fundamentales, no obstante cada vez es más difícil trazar la línea entre unos y otros, debido a la amplia connotación que puede tomar la noción de “derecho fundamental”⁴⁷. Muchos iusprivatistas clásicos mencionan que los derechos de la personalidad clásicamente civiles se han constitucionalizado, y en ello les asiste la verdad. El problema al respecto radica en que esa constitucionalización se ha operado en una sola vía, como ya ha quedado dicho atrás. En nuestro foco principal de comparación, esto es la República Federal, cabe anotar que la simbiosis entre los clásicos derechos de la personalidad y la constitución ha sido una vía arteria, por lo que han circulado en doble vía las aportaciones de un área jurídica hacia la otra. La patrimonialización de los derechos fundamentales y de la personalidad es un proceso necesario, que no ha ocurrido hasta ahora en Colombia y que pareciera tener que ser impulsado desde la academia.

Al efecto, vale referir un único caso: entre otras cosas, desde teorías propositivas como el análisis económico del derecho pareciera ser sensato que le competa a las cortes hacer financieramente productivo el cumplimiento de los derechos. Hoy día es contablemente más productivo para una EPS o una IPS, represar el cumplimiento de los derechos a la salud en conexidad con la vida, pues si un paciente muy enfermo fallece, la sanción a la que se hace acreedora tendrá que limitarse al pago de un

47 En la actualidad, la noción de derecho fundamental comprende todo derecho relacionado con la dignidad humana y puede llegar a abarcar, más allá de los derechos clásicos a la vida o a la libertad, el derecho a la nacionalidad como en la sentencia T-212 de 2013, el derecho al patrimonio como en la sentencia T-537 de 1992 e incluso, hasta los derechos colectivos, como por ejemplo en la sentencia T-235 de 2011, donde la Corte Constitucional consideró fundamental el derecho colectivo de los indígenas a preservar su territorio.

•Ubicación de la materia•

seguro que generalmente será para una tercera aseguradora a su nombre. Las cantidades indemnizatorias son irrisorias. Pero si los tribunales constitucionales consideraran, como de hecho ocurrió en la sentencia del Jinete de la jurisdicción alemana, patrimonializar los derechos fundamentales haciendo excesivamente costosa su indemnización posterior a la violación correspondiente, es claro que todas las EPS y las IPS se esforzarían por evitar esa clase de sanciones a favor de los familiares del paciente mal atendido o que nunca recibió atención. Al efecto invitamos a leer la sentencia del Jinete que ha quedado referida arriba⁴⁸.

Es cierto que los derechos de la personalidad se han constitucionalizado, pero también es cierto que como muchas veces ocurre en nuestro país ese proceso ha ocurrido de manera incompleta, pues no se ha dado una patrimonialización de los derechos fundamentales, que entre otras cosas, parece necesaria para la mejor armonización y realización de los derechos de todos los colombianos.

Los segundos derechos atrás referidos conforman el llamado Derecho de Familia y pueden ser entendidos como los que surgen de la formación de una familia, pero su diferenciación con los derechos patrimoniales no ha resultado nunca sencilla: el derecho privado ha sido desde tiempos inmemoriales en Roma un asunto meramente patrimonial. Del vínculo familiar, si bien se derivan algunos derechos de contenido extrapatrimonial, como los de respeto y socorro, también surgen otros de carácter económico como la obligación de dar alimentos. Aun así, la pertinencia de esta clasificación radica primero, en la especial regulación que debe tener la familia por ser esta la estructura básica de la sociedad y segundo, en el eminente carácter social que deben revestir todos estos derechos.

La sentencia C-577 de 2011 ha reconocido casi igualdad de derechos a las parejas homosexuales, como heterosexuales, lo que ha producido, entre otras cosas, una modificación significativa de los contornos del derecho de familia. Cabe precisar que ese reconocimiento de igualdad de derechos no obedece, como equívocamente se ha dicho, a que tengamos una Corte vanguardista. De las tres o cuatro cortes que, en cuanto a sus magistrados, pueden clasificarse desde 1992, hasta 2015, es evidente que la más retrógrada ha sido esta, además de generar una serie de discusiones que han deslegitimado significativamente a la justicia en todos sus órdenes, pero más gravemente a la justicia constitucional.

.....
⁴⁸ Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho*. Op., cit., P. 18 y ss.

Sin embargo, lo que si es cierto es que incluso esta Corte, bastante retrógrada en cuanto a la gestión de derechos de los ciudadanos, ha sido capaz de plegarse al corifeo de decisiones internacionales que en más de diecinueve países de todo Occidente le han reconocido igualdad de derechos a las parejas homosexuales.

Para nuestro estudio es menester acotar que es una gran ventaja que se apliquen con rigurosidad los instrumentos que al inicio de este escrito han quedado mencionados, en especial el test de igualdad, que impide hacer discriminaciones injustificadas cuando la aplicación del instrumento fracasa. Al respecto, falta que dicha materialización de esos derechos se interiorice entre todos los ciudadanos y sobre todo entre todos los funcionarios que deben brindar la posibilidad de que se lleven a efecto esas uniones entre personas del mismo sexo. No ha sido afortunada la labor que al respecto ha desempeñado la Procuraduría General, a ese respecto, pero resulta claro que, poco a poco, se irán implementando los cauces que permitan que esos derechos se materialicen en un mayor caudal.

Al efecto, cabe anotar simplemente que muchos fenómenos interesantes desde el plano de las obligaciones se vislumbran, ¿los negocios jurídicos de unión entre parejas del mismo sexo pueden igualar los efectos patrimoniales de lo que se consideró como matrimonio en el artículo 113 del Código Civil hasta antes de la C-577? Si uno de los compañeros es culpable de una causal de disolución ¿deberá sostener al otro, de acuerdo al régimen de divorcio nacional? ¿Las inexistencias o las nulidades matrimoniales encuentran aplicabilidad a esa clase de uniones? Y sobre todo los regímenes patrimoniales de las uniones de personas del mismo sexo comportan un unísono con los de las parejas heterosexuales. En caso de que se autorice la adopción plena para las parejas homosexuales, los regímenes patrimoniales para con el menor, ¿cómo deberán ser tratados en caso de grandes divergencias de ingresos entre los adoptantes homosexuales separados? ¿Los pasivos externos de la sociedad patrimonial existente entre la pareja, en caso de disolución y liquidación deberían acarrear alguna clase de tratamiento diferenciado, en caso de que uno de los compañeros no tenga actividad profesional o trabajo?

Coincidirá el lector que todas estas preguntas que están siendo resueltas poco a poco en todas las jurisdicciones internacionales se han detenido y enturbiado un tanto por la escasa labor de la procuraduría actual, pero lo cierto es que, dentro de algún tiempo, deberá estar ocupándose la jurisdicción nacional de todas estas cuestiones.

•Ubicación de la materia•

Los derechos políticos son aquellos que permiten a los individuos establecer una relación jurídica con el Estado, como por ejemplo elegir a los mandatarios o ingresar a cualquiera de las ramas del poder público, estos hacen parte del derecho constitucional y del derecho administrativo nacional cuyo régimen jurídico deviene del Derecho Francés y es poco relevante para nuestro estudio.

Por último, cabe resaltar los derechos patrimoniales de especial trascendencia para este estudio, ya que en ellos se encuentra inmerso el Derecho de obligaciones.

Derechos patrimoniales

Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuß der für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.
[Artikel 22 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948].

Los derechos sociales, como presupuestos de los derechos patrimoniales

Continuando con las reflexiones que dan cuenta de la constitucionalización de los derechos patrimoniales cabe hacer, de manera liminar a este acápite, una reflexión importante concordante con los objetivos fijados en la introducción de este texto. En todas las socialdemocracias que han sido objeto de comparación, fundamentalmente la alemana y la italiana, puede reconocerse que los principios del derecho social fueron presupuestos para la concepción de un Estado constitucional fuerte.

En efecto, históricamente puede argüirse, sin mayores dubitaciones, que fue Otto Von Bismarck quien conminó al Emperador Guillermo I a instaurar un seguro social para toda la población alemana. La reflexión no es ni impertinente y muchísimo menos vana: nótese cómo la regulación legislativa de ese seguro incluso fue un precedente para la regulación del Código Civil Alemán. Muchos vieron, por supuesto en ese acto, una necesaria política, desde el plano de análisis histórico, para poder movilizar población hacia una guerra premeditada que pretendía resolver la así llamada *Deutsche Frage*, o cuestión alemana, por virtud de la cual debería resolverse

de manera pacífica o bélica, la cuestión de si el Imperio Alemán podría o no ser el director natural de Europa. Todos conocemos la respuesta y cómo los mismos alemanes lo hacen, siempre que se formula ese interrogante, el mundo lo pasa mal. Otros, por el contrario, encuentran en esas políticas la realización de un Estado de bienestar fuerte que era una necesaria columna, entre otras varias, para la expedición no sólo del *Bürgerliches Gesetzbuches*, sino incluso de la Constitución de Weimar de 1918.

Hayan sido o no muy sacrosantos los objetivos que con esa política social pretendía Bismarck, lo cierto es que el sistema social alemán es el más estable, antiguo y vigoroso de todo el planeta, sino baste recordar los grandes problemas que tuvo la implantación del *Obamacare*, apenas hace un escaso lustro, en los Estados Unidos de Norteamérica y que incluso en parte es tenido por muchos como un absoluto fracaso.

Con su mensaje imperial del 17 de noviembre de 1881 introdujo el emperador Guillermo I, a iniciativa e instancias del entonces Canciller Federal Otto Von Bismarck la realización de un seguro para trabajadores oficialmente en Alemania. Para ello, el Estado debería asegurar y responder por la existencia de sus ciudadanos y que se basaba en los siguientes principios:

- Financiación de la renta a través del pago previo y prevalente de una suma por parte del empleador y el asegurado.
- Control y vigilancia, así como participación del Estado en el seguro social.
- Fundamentos del principio de la autoresponsabilidad: empleadores y asegurados tienen derecho pleno de negociación sobre sus representantes elegidos en la conferencia permanente del seguro.
- Participación del empleador en los beneficios generados por el producto de los aportes al seguro social.

En el año de 1883 Bismarck introdujo el seguro de enfermedad y en 1884 el seguro para accidentes y a partir de 1889 pudieron los trabajadores por primera vez asegurarse legalmente contra los efectos de la vejez y la invalidez. En los siguientes años se consolidó el sistema social y creció continuamente. En 1912 existió por primera vez un seguro social para empleados domésticos y ayudantes. En el año de 1927 entró en vigencia el seguro de desempleo. Como la más verde rama del seguro social alemán fue introducido el seguro social de cuidados específicos en el año de 1994 y escalonadamente se ha ido perfeccionando, para niños, ancianos, madres gestantes, entre otros.

Hoy día, el seguro social alemán es un sistema de aseguramiento legal obligatorio para todos los alemanes y hace parte del aseguramiento social alemán y juega un rol prevalente dentro del Estado. Como corporación solidaria ofrece protección financiera eficaz y real frente a los que son considerados como grandes riesgos de la vida y sus efectos; como enfermedad, desempleo, ancianidad, accidentes laborales, necesidad de cuidados para ciudadanos específicos. El seguro social garantiza un nivel de vida estándar para cada particular y comprende hoy día las siguientes ramas, que son caracterizadas para el titular del seguro o sus beneficiarios.

- Seguro de enfermedad.
- Seguro de asistencia y cuidado.
- Seguro contra accidentes.
- Seguro de desempleo.

A primera vista pareciera que es inconsecuente referirse a estos temas en estas páginas, pero lo cierto es que, como Judt o Hobsbawm lo plantearon en sus obras principales, resulta imposible que un Estado que no fue plenamente liberal y luego un Estado de bienestar, pretenda ser un Estado neoliberal. La Constitución Política de 1991 presupone que Colombia es un Estado **social** y democrático de derecho. A lo sumo, pretende como objetivo constituirse en una socialdemocracia o algo similar a ello y por lo mismo es necesario entender que la realización de los derechos sociales es un presupuesto del buen funcionamiento de los derechos patrimoniales. Un poco de manera iconográfica, podría decirse que nunca el Derecho continental germano o italiano creyó en la famosa *mano invisible del mercado* pregonada por los ingleses y que debería brindar el máximo bienestar a la mayor cantidad de población. El Estado, concebido como una asociación de ciudadanos, debería tener como una de sus principales tareas la reducción de las diferencias y en consecuencia debería darse a la tarea de establecer mecanismos constituidos por prestaciones positivas a cargo del Estado y a favor de cada particular⁴⁹. Vivienda, salud, educación, renta por vejez, cultura, tiempo libre, recreación, deporte, entre otros eran funciones que idealmente debía cumplir el Estado.

Otra observación pertinente aquí, tiene que ver con que ha de tenerse en cuenta que los momentos de mayor fortalecimiento del aseguramiento social en la República Federal tuvieron que ver con etapas posteriores a las conflagraciones en las

49 Tomada la información de la página del seguro social alemán. Consultar [en línea] <http://www.deutsche-sozialversicherung.de/de/wegweiser/einfuehrung.html>

que participó Alemania. En efecto, los periodos comprendidos entre 1919 y 1935 y 1948 a 1968 fueron respectivamente etapas de mucho florecimiento del seguro social, a pesar de las duras condiciones sociales que vivía para ese momento toda la población alemana.

Es interesante el raciocinio que sobre este respecto hacen los profesores de derecho constitucional alemán: no se parte de que los derechos sociales existan porque están consagrados en la ley o en la constitución, sino del razonamiento contrario, la ley y la constitución pueden existir (o son correctas), porque consagran los derechos sociales, como un presupuesto necesario del Estado social de derecho. Por supuesto esa frase implica que los derechos patrimoniales puedan funcionar bien a la vera de un Estado garantista del mínimo bienestar de todos sus asociados.

Por último, resulta evidente que la imposibilidad de satisfacer las necesidades básicas de un individuo no permite hablar de un Estado de derecho patrimonial. La posibilidad de negociar en mínimas condiciones de paridad, presupone que la satisfacción de las mínimas necesidades básicas del individuo se encuentren garantizadas, como bien lo expone la más destacada y actualizada dogmática germana⁵⁰. Así Wolf/Neuner, postulan:

Los derechos sociales garantizan por el contrario (de los derechos liberales), protección material, informacional, ideal o de grupos específicos, con la finalidad, sobre todo de crear las condiciones necesarias de libertad y autonomía privada y de realizar la dignidad humana en una forma comprensiva⁵¹.

Basta afirmar que en una época de posconflicto en Colombia es de esperar que estos derechos sociales tengan un desarrollo significativo a la luz de estándares internacionales, pues entre otras cosas, ello constituye una de las principales tareas que, bien desarrolladas, pueden hacer disminuir la violencia social y los grupos al margen de la ley, pues las posibilidades de estabilidad económica y social, además de ser un mandato constitucional, comportan un presupuesto, como ha quedado dicho, de la verdadera materialización de una autonomía privada libre en el contexto de un mercado y una economía bien establecidos. Como Canaris

50 Wolf/Neuner, Larenz. *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, § 3 liberales und soziales Recht. 2013.

51 Wolf/Neuner, Larenz. *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Op., cit.*, P. 14.

•Ubicación de la materia•

lo expresaba, una ausencia de un Estado social vigoroso implica una permanente afectación a la autonomía privada de la voluntad de todos los individuos desfavorecidos por las respectivas condiciones⁵².

En el **caso 1** propuesto anteriormente parece obvio concluir que si no se está solicitando un crédito para la satisfacción de un derecho social, económico o cultural, como por ejemplo, tomar un crédito para comprar un vehículo de alta gama, y no para la educación de la hija de U, no se podría acceder al crédito. Sin embargo, parece también claro que quien debe proponer y desarrollar las políticas sociales es el Estado mismo. Pero en ausencia de políticas sociales serias, los jueces bien podrían delimitar los contornos del derecho al Habeas Data, en un Estado social y democrático de derecho, en el que brillan por su ausencia las políticas sociales serias.

Caso 4. Varios empleados de un municipio fueron beneficiarios de préstamos para la adquisición y reforma de sus viviendas, otorgados por la Alcaldía. A través de actos administrativos, el alcalde autorizó el pago de las sumas concedidas para tal fin y, en consecuencia, este grupo de empleados decidió ampliar y constituir –según el caso– hipotecas sobre sus bienes, y procedieron al perfeccionamiento y registro de las escrituras en donde se gravan los bienes inmuebles en favor del municipio. La Alcaldía comunicó a este grupo de personas que, ante la imposibilidad jurídica y presupuestal para atender los préstamos otorgados, ha decidido no perfeccionar los contratos de mutuo con interés reconocidos en su favor. Sin embargo, el municipio ha apropiado partidas presupuestales con el propósito de atender créditos de vivienda no pagados, y brindado un trato desigual a los empleados de la administración, pues mientras unos reciben las préstamos solicitados, otros, en las mismas condiciones, no lo hacen⁵³.

Indicación: consúltese la Sentencia T-791 de 2000.

M.P. Carlos Gaviria Díaz.

.....
52 Canaris, Claus. Die Bedeutung der *Justitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht: Aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993. CH Beck Verlag; 1 edición. 1997; entre otros consultar: Littwin, Frank. Grundrechtsschutz gegen sich selbst. Peter Lang. 1993. ISBN 978-3-631-46520-2; Möslin, Florian. Dispositives Recht. Mohr Siebeck. 2011. ISBN: 978-3-16-150891-2; Neuner, Jörg. Privatrecht und Sozialstaat. beck legal publishing. 1998. ISBN-13: 9783406448249; Poscher, Ralf. Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit 2003. xi, 449 Seiten. JusPubl 98. 2003. ISBN 978-3-16-147867-3; Reppen, Tilman. Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts. Mohr Siebeck. 2001.

53 Corte Constitucional. Sentencia T-791 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Los derechos patrimoniales propiamente dichos

Los derechos patrimoniales hacen referencia a los derechos que ejercen los sujetos sobre las cosas, materiales o inmateriales, o que desarrollan con otras personas, en beneficio o compromiso de su patrimonio. Por ejemplo, el derecho de dominio de un sujeto sobre una casa es un derecho llamado por la doctrina, derecho real. A su vez, un crédito o deuda existente entre dos personas es un derecho personal en el que el deudor compromete su patrimonio con la intención de cumplir al acreedor el pago de una prestación, que *a contrario sensu*, viene a favorecer el patrimonio o el bienestar del segundo. Este favorecimiento está dado por la facultad que tiene el acreedor de perseguir el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento, ya que se entiende que el patrimonio del deudor es la prenda general de garantía frente a sus acreedores (art. 2488 del Código Civil).

En el **caso 2** propuesto, tanto v como c, por ser mayores de edad y tener la administración de lo suyo pueden negociar libremente sobre el vehículo y el precio (el dinero) que a cada uno de ellos le pertenece. Esos derechos a ofertar y contraofertar se derivaban únicamente, y con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, de los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, y una vez perfeccionado el respectivo contrato las fuentes de derecho se constituían por el artículo 1602 del Código Civil y el artículo 864 del Código de Comercio, aplicable por analogía. Sin embargo, luego de la expedición de la Constitución de 1991 surgieron dos normas de rango constitucional que enmarcan la autonomía privada y la libertad de contratación.

En efecto, el artículo 16 de la Constitución Política consagra el libre desarrollo de la personalidad, y contrario a lo que postulan muchas obras de derecho constitucional nacional, sus mayores similitudes no están dadas con la Constitución española de 1978 sino con la Ley Fundamental alemana de 1949. Así, el artículo 16 de la Constitución colombiana⁵⁴ y el artículo 2º de la Ley Fundamental Alemana⁵⁵ resultan sumamente parecidos.

.....
54 "Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

55 Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona] (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

•Ubicación de la materia•

Ahora bien, en principio el artículo 2° de la Ley Fundamental Alemana es suficiente para fundamentar la libertad de negociación o lo que se denomina la autonomía privada del sujeto, y por ende también la libertad contractual. Así, siempre que se hace un análisis en el marco constitucional de la libertad de negociación del sujeto, los análisis se contraen al artículo 2° de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el constituyente colombiano optó por una simpática figura y consagró no sólo en el artículo 16 el libre desarrollo de la personalidad, sino que adicionalmente consagró en el artículo 333 del mismo texto, la iniciativa privada y empresarial como libres. La dogmática y la jurisprudencia dieron en coincidir que esa norma cobija o comprende los derechos de negociación, los derechos de disposición patrimonial y que por lo mismo, están excluidos del ámbito de protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Así, las libertades negociales y de disposición patrimonial, no están enlistadas entonces en Colombia dentro de los derechos fundamentales y por ende —de una manera muy extraña— la libertad negocial en Colombia no es un derecho fundamental, susceptible de ser amparado por una acción de tutela⁵⁶.

Desde las diversas perspectivas que se ocupan del tema, a nivel histórico, pareciera evidente que el libre desarrollo de la personalidad es una derivación, entre otras, de la libertad negocial decimonónica⁵⁷, pero la conceptualización que al respecto ha hecho el constituyente nacional es diversa y poco ortodoxa. A lo sumo, salvo la diferenciación procedimental entre el artículo 16 y el 333, por virtud de la cual no son susceptibles de ser protegidos como fundamentales los derechos consignados en el último artículo, no existe mayor razón para justificar la diferenciación que hizo el constituyente.

Desde un punto de vista teleológico pareciera posible argüir que la finalidad era excluir todos los derechos patrimoniales que durante el siglo XIX y XX se tornaron como inamovibles, en perspectivas críticas como las de Valencia Villa o la que menciona que las *constituciones latinoamericanas eran los códigos civiles durante el siglo XIX*, pero esas divagaciones, a todas luces, resultan insuficientes para justificar la exclusión de los derechos negociales, del ámbito de protección

56 Ver, entre muchas otras, por ejemplo la C-830 de 2010, en que se afirma que la libertad del artículo 333 es un derecho constitucional, más no un derecho fundamental y por ende, no susceptible de ser amparado a través de una tutela.

57 Wieacker, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Comares. P. 20 y ss. ISBN: 9788484440314.

judicial del resto de ejercicios libres y considerados como derechos fundamentales. Este resulta ser un punto de importante reflexión y revisión *a posteriori*, pues consideramos que la autonomía privada, en una economía de mercado y en un país con un desarrollo industrial creciente, es por antonomasia un derecho esencial y fundamental de todos los individuos.

De otro lado, la no articulación entre las normas legales arriba referidas y la norma constitucional que refiere el libre desarrollo de la personalidad crea un entuerto significativo, si no olvidamos que sólo a través de esa conexidad se pueden amparar derechos de manera vigorosa, como ocurrió con las complejas relaciones entre el Tribunal Supremo Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Federal al inicio de su dinámica interdependencia. En parte se considera que la no asunción del discurso constitucional por parte de los jueces civiles nacionales obedece a ese aislamiento que genera la división entre libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y autonomía privada (art. 333), que no tiene ninguna clara correspondencia, ni en el derecho comparado, ni en el bloque de constitucionalidad, pero además tampoco obedece claramente a una concepción filosófica coherente.

El amparo por vía de tutela de la autonomía privada es un poderoso mecanismo que puede permitir una creciente simbiosis y retroalimentación entre los derechos patrimoniales y los derechos constitucionales, la separación de la autonomía privada y la iniciativa de la esfera del libre albedrío del individuo, puede ser una categorización constitucional que a la postre cause más perjuicios que ventajas en la arquitectura constitucional y jurídica.

Continuando con la diversidad de derechos patrimoniales, cabe anotar que la relación de un heredero con los bienes de su causante ha sido denominada por la doctrina derecho universal y, en efecto, constituye una situación jurídica en la que un sujeto tiene un derecho respecto de una universalidad jurídica, como la herencia o la masa de gananciales.

Por último ejemplo, podemos enunciar los derechos que un sujeto puede tener respecto a sus creaciones intelectuales, también llamados derechos sobre bienes inmateriales, v.g.; sus pinturas o canciones, en el caso de un artista; sus libros en el caso de un escritor o un científico respecto de sus creaciones o adelantos en la precisión del conocimiento de su área de estudio.

Estos cuatro ejemplos (el derecho sobre la casa, sobre el crédito, sobre la herencia y sobre las obras intelectuales) tienen la intención de evidenciar las categorías

•Ubicación de la materia•

en las que el Derecho objetivo regula el patrimonio de los sujetos de derecho, manifestando la estructura por la cual se rigen sus relaciones con los bienes y los vínculos entre las personas.

Los derechos universales hacen relación a la transmisión de derechos que, en el caso de la muerte de las personas naturales, se rige por el derecho de sucesiones regulado en el Código Civil y en el caso de la disolución y liquidación de las personas jurídicas se rige por ley 1116 de 2006 y la ley 222 de 1995. Con algunas excepciones, como por ejemplo las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, que se rigen por el decreto 663 de 1993, estatuto financiero, en sus artículos 290 a 302.

Así mismo, los derechos intelectuales o sobre bienes inmateriales hacen referencia a los derechos que se tienen sobre las obras generadas por el espíritu humano, (artículo 671 del C.C.), estos a su vez se dividen en derechos morales, (paternidad de la obra) y patrimoniales (posibilidad de explotación de la misma), regidos en la actualidad por las Decisiones del Acuerdo de Cartagena para los países del Pacto Andino, del cual hace parte Colombia, la Ley 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993, la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina y el Decreto 2591 de 2000 hacen lo propio respecto de la propiedad industrial.

Ahora bien, resulta de mayor relevancia para el tema de las obligaciones diferenciar claramente los derechos reales de los derechos personales, por lo que se abocará el estudio de ambas clases, con un poco más de detalle.

Caso 5. Una señora demanda la protección de sus derechos fundamentales a la integridad física y a la propiedad, porque en el inmueble que habita fueron construidas dos torres que sostienen líneas de conducción de energía de 33.000 voltios, las que se encuentran a escasos cuatro metros de su vivienda en un terreno de su propiedad⁵⁸.

Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

.....
58 Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Especificidad de los derechos reales

Estos derechos recaen directamente sobre cosas corporales; como una casa, un perro, un avión, y en general todas las cosas que poseen corporeidad, pero que carecen de personalidad humana⁵⁹. Así mismo, se dice que estos derechos son absolutos y por ello también han sido denominados *erga omnes*, porque clásicamente podían ejercerse independientemente de las demás personas, o como siempre lo ha planteado la doctrina *contra todo mundo*. Esa percepción resulta en realidad imprecisa, pues la prevalencia y reserva del derecho a favor del titular se ejercerá en contra de quien pretenda el objeto, sin tener mejor derecho y no contra nadie más, por lo que como bien lo indicaba la ciencia pandectística el derecho real no es *erga omnes*, sino tan amplio o tan relativo, como su interdicción se lo exija al propietario o al titular del derecho real principal, en su tarea de hacer prevalecer su mejor derecho.

Así, un usufructuario puede oponer su derecho sobre el bien dado en usufructo contra un tercero que pretenda obstruir ese derecho, y más aún, en principio podría oponer su derecho contra el titular del derecho de propiedad, que en este caso se vería reducido a la nuda propiedad. Lo anterior, siempre y cuando ese dueño usufructuante haya adquirido un compromiso previo, según el cual concedió el usufructo a ese usufructuario, y el plazo por el cual lo hizo aun no se ha extinguido (art. 824 C.C.).

Las relaciones dueño poseedor y poseedor tenedor son el paradigma de raciocinio que guía esta dinámica propuesta por primera vez por Rudolph Von Ihering en su obra la posesión. De alguna manera, el artículo 762 de nuestro ordenamiento civil, plantea esa dinámica de tres escalones (tenedor, poseedor y dueño) de una manera mucho más sencilla, en términos probatorios, que las complejas construcciones legales y jurisprudenciales de la ciencia jurídica continental europea, en especial alemanas e italianas.

Los derechos reales se ejercen siempre sobre cosas singulares a diferencia de los derechos universales que se ejercen sobre una masa jurídica de bienes. Por consiguiente, la herencia no debe entenderse dentro de los derechos reales, pues no representa el poder de una persona sobre una cosa corporal. La herencia,

.....
59 Sin embargo, esta afirmación no es pacífica, dado que los avances tecnológicos cada vez con mayor fuerza, ponen en tela de juicio el hecho de que no se puedan ejercer derechos de dominio sobre algunas partes del cuerpo humano, como por ejemplo los órganos o lo que ocurre en el caso del alquiler de vientre, legitimado por la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009.

reiteramos, es una universalidad jurídica; es el conjunto de derechos patrimoniales de que era titular un causante.

Ahora bien, sin ánimo universalista, ni agotador, puede plantearse que son derechos reales:

- La propiedad, compuesta por tres atributos, como son el uso, el goce y la disposición, que dependiendo de la falta de uno de los dos primeros, o de ambos, puede reducirse a la nuda propiedad, como lo acabamos de enunciar. La Constitución del 91, en su artículo 58, ha garantizado la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles anteriores a la expedición de la misma Constitución, derechos que además, no podrán ser desconocidos por leyes futuras.

Esa articulación resulta interesante, pues de alguna manera se establece una continuidad entre los derechos patrimoniales reconocidos por el código civil y por sobre todo, por la Constitución de 1886, con los nuevos derechos contenidos en el artículo 58 de la nueva Constitución Política. Evidentemente y contrario a lo planteado en el nuevo texto constitucional de 1991, los derechos patrimoniales no son reconocidos en idéntica forma, pues el abuso que podría haber permitido con anterioridad la Constitución de 1886, ahora ha sido reemplazado por la función social y ecológica de la propiedad que comporta una prevalencia a favor del Estado, cuando esa función social o ecológica así lo exijan⁶⁰.

Caso 6. Un predio, propiedad de una importante asociación ganadera, fue ocupado mediante vías de hecho por un grupo de 300 personas aproximadamente entre las que se encontraba población desplazada, indígena y en situación de discapacidad. La asociación ganadera solicitó a la Alcaldía en reiteradas oportunidades realizar la diligencia de lanzamiento del inmueble, sin embargo, los ocupantes regresaban. A la fecha de la presentación de la tutela no se había llevado a cabo el desalojo de los terceros que perturban la propiedad⁶¹.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-454 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

60 Confrontar Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1999. Magistrado ponente Dr., Carlos Gaviria Díaz.

61 Corte Constitucional. Sentencia T-454 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- El usufructo, que ya hemos ejemplificado, y que es el derecho de gozar de una cosa con la obligación de conservar la misma en su forma y sustancia y además de restituirla al nudo propietario, siempre que el usufructo no sea vitalicio.
- La servidumbre que es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro de distinto dueño (art. 879 C.C.).
- La prenda, que es una garantía mobiliaria de acuerdo a lo recién dispuesto por la ley 1676 de 2013⁶², constituida sobre una cosa mueble para asegurar un crédito. Puede ser con tenencia, sin tenencia, agraria o rotativa, entre otras.
- La hipoteca, que es la constitución del mismo gravamen, pero sobre un inmueble o sobre naves o aeronaves (art. 2443 del C.C.) y que se perfecciona mediante la doble formalidad de la escritura pública y la inscripción de la misma en el registro de instrumentos públicos o en la capitanía de puerto, o aeronáutica civil, respectivas, dependiendo de si es una nave o aeronave.
- El derecho de retención, (sobre el cual aun no hay consenso sobre su naturaleza jurídica)⁶³. Está consagrado en varios artículos del Código Civil, en algunos del Código de Procedimiento Civil, (art. 339, 424, -1), y el Código General del Proceso (art. 310). Así, el artículo 2000 de nuestro ordenamiento civil lo prescribe en favor del arrendador y en contra del arrendatario, sobre sus bienes muebles, así como sobre todos los frutos de la cosa arrendada. En contraposición al anterior derecho se encuentra ese mismo derecho de retención, en garantía de las indemnizaciones que le debe el arrendador al arrendatario; por lo que simplemente no puede ser sacado o expelido de la cosa arrendada (art. 1995 C.C.). Por su parte, el artículo 2218 crea este derecho en favor del comodatario, siempre y cuando no se le haya efectuado la indemnización a que tendría derecho si se configura cualquiera de las situaciones que se preceptúan en el artículo 2217, *ibidem*.

62 Al respecto, es necesario afirmar que conforme al art. 3° de esta norma, el régimen de las garantías mobiliarias debe aplicarse en lo pertinente a *la prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares.*

63 Al respecto Villamil Portilla, Edgardo. *Algunas garantías civiles*. Editorial Universidad Javeriana, coedición Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C., 2013.

•Ubicación de la materia•

En este sentido, se considera que el derecho de retención es para quien lo ejerce, simplemente, una garantía de la cancelación o pago de obligaciones que surgen en cabeza del titular del derecho de dominio de los bienes que resultan retenidos y no en sentido estricto un derecho real. Sin embargo, más allá de esa discusión vale la pena acotar, que la figura antes de tener un tratamiento restrictivo, (La Corte Suprema ha hablado de un tratamiento taxativo de la figura), como se lo ha dado la jurisprudencia nacional⁶⁴, tiene más que un tratamiento de derecho real, un tratamiento de garantía de cumplimiento crediticio y, por lo mismo, es analizado dentro de las discusiones obligacionales más que del derecho de bienes. Desde los desarrollos jurisdiccionales alemanes se ha propuesto y consolidado, como un principio que aplicado de manera analógica (*analogía legis*), permite en todas las relaciones negociales sinalagmáticas que se pueda retener como forma de presión para garantizar el pago de las prestaciones respectivas (Pfandrecht §1204 BGB)⁶⁵. En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia arbitral e internacional, y pareciera pertinente proponer que la jurisdicción nacional tuviese un poco más en cuenta esa visión y panorama comparatista en la actualización de sus decisiones.

- Por último, definitivamente, la posesión que se constituye en derecho, siempre que es protegida como tal por la legislación y más aun promovida por la función social de la propiedad⁶⁶. De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la posesión como un derecho real provisional, en razón a que está protegida contra los atentados de los demás mediante las llamadas acciones posesorias⁶⁷.

.....
64 Véase por ejemplo; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 8 de febrero de 1955, Magistrado ponente, Dr., Pedro Lafont Pianetta. LXXXIX, P. 468, reiterada en infinidad de oportunidades; sentencia del 17 de mayo de 1995, Magistrado ponente, Dr., Pedro Lafont Pianetta y sentencia del 6 de agosto de 2012, Magistrado ponente, Dr., Arturo Solarte Rodríguez.

65 Traduce la norma en comentario: "Una cosa mueble puede ser gravada para el aseguramiento de un crédito, de tal forma, que el acreedor está justificado, para buscar el cumplimiento o satisfacción con una pretensión sobre la cosa". Las otras normas que permiten la generalización del principio y que regulan el tema de la retención son los parágrafos: § 1113, § 1191, § 1199 BGB.

66 Ley 200 de 1936. Valencia Zea, Arturo. *La Posesión*. Ed. Temis 1982, Bogotá. Véase también Castro Ayala, José. *Una aproximación teórica a la obra de Arturo Valencia Zea: de la posesión y la función social de la propiedad*. Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Universidad Nacional de Colombia. Edición 5. P. 145-188. 2014. ISBN: 978-958-775-129-1.

67 Corte Constitucional, sentencia T-494 de 1992. Magistrado ponente Dr., Ciro Angarita Barón.

Vale la pena, en primer lugar, reiterar que la anterior enunciación de derechos no es taxativa, ni pretende mucho menos ser exhaustiva y, por otro lado, repetir que los derechos reales ubican a las personas en una posición ventajosa con las cosas corporales, pues permiten ejercer un derecho sobre las mismas, y en ese preciso evento, podemos hablar de bienes, frente a un sujeto indeterminado o frente a todo el mundo.

Derechos personales

También llamados derechos de crédito o crediticios, o derecho de las obligaciones. Este, el objeto mismo de nuestro estudio, sin embargo, parece propicio toda la contextualización anterior que brinda el diverso panorama que se proponía al inicio el estudio.

Los derechos personales han sido denominados así por poderse ejercer sólo respecto de una persona o personas determinadas, que pueden ser naturales o jurídicas, en contraposición a los derechos reales, que son, como ya lo planteamos, derechos *oponibles contra todo mundo*. O lo que es lo mismo, que se pueden ejercer en contra de todo el conglomerado social, ya que, los demás miembros de la sociedad tienen el *deber* de abstenerse de realizar conductas que se dirijan a vulnerar los derechos de cualquier integrante de la sociedad, y de este modo respetar no sólo los derechos consagrados, sino, la convivencia social.

Ahora bien, la diferencia entre los derechos reales y los derechos personales no siempre fue clara, pues como se expondrá a continuación, existen dos teorías⁶⁸.

Teorías monista y dualista

Durante casi dieciocho siglos no se tuvo plena claridad respecto de las categorías enunciadas atrás. En efecto, en el siglo XIX, como es sabido, se llegó a dividir la doctrina entre los doctrinantes realistas, que pretendían someter todos los derechos personales a la categorización de los derechos ejercidos sobre las cosas y, por el otro lado, los doctrinantes personalistas, que pretendían incluir o abarcar dentro de los derechos personales todos aquellos que ejercían las personas respecto de las cosas o bienes materiales.

68 El Código Civil Colombiano es partidario de la diferenciación entre derechos reales y derechos personales, como se observa en los art. 665 y 666.

•Ubicación de la materia•

Así, los primeros, con el gran jurista Eugenio de Gaudemet a la cabeza, pretendían reducir toda relación jurídica a una posibilidad de exigencia de una persona respecto del patrimonio de otra; según ellos, ya no había una relación directa entre las personas, sino simplemente de una de ellas, *acreedor*, respecto de los bienes de otra, el *patrimonio del deudor* sin ninguna otra clase de miramientos; lo que en últimas significaba reducir el problema de los derechos personales a una subclasificación de los derechos reales. La única diferencia planteada por el método ejecutado era que ese específico derecho real no recaía sobre una cosa determinada, sino que era un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto material, pues se ejercía sobre todo el patrimonio del deudor. Por supuesto la causa histórica de esa posición tiene que ver con la ordenación de las institutas de Gayo, que sólo tenía subordinaba los derechos crediticios a los derechos reales, recuérdese que los cuatro comentarios clásicos eran: a las personas, a las cosas y a la herencia, (estos derechos contenían parcialmente los derechos personales) y por último, las acciones⁶⁹. Pero por supuesto esa visión parecía demasiado complicada y sobre todo una forma de resistencia a la evolución jurídica.

Resulta criticable en nuestra época la anterior posición, por cuanto es necesario observar que toda la lógica del Derecho de obligaciones tiende a crear una verdadera gama de formas, (quizás la más compleja y dinámica), que pretende simplemente hacer cumplir al deudor con su obligación, coaccionándolo a través de su patrimonio; así, cuando alguien se obliga a pintar un cuadro con otra persona, el interés de ese acreedor definitivamente es obtener el cuadro y no la parte del patrimonio del artista. Vana sería entonces toda la legislación de las obligaciones, si cada uno de nosotros pudiésemos eludir nuestros compromisos o deudas, cercenando a destajo nuestros propios patrimonios. Si lo anterior no fuese suficiente, es claro que el acreedor sólo podrá perseguir la parte del patrimonio del deudor que sea necesaria para cancelar el valor de la deuda, o el **subrogado pecuniario** que se encuentra *in obligatione* por parte del deudor, sin distinción⁷⁰.

69 Ortiz Márquez, Julio. *Comentarios a las instituciones de Gayo*. Ediciones Rosaristas, 2 Ed., Bogotá, 1985.

70 De hecho, las legislaciones contemporáneas, imponen al juez el deber de limitar a lo necesario, los embargos y secuestros de bienes pertenecientes al patrimonio del deudor y que aquel puede ordenar, para garantizar el pago de la obligación que se persigue ejecutivamente por parte del acreedor. En nuestro país, el inciso octavo del artículo 513 del Código de procedimiento civil, y en el Código general del procedimiento en el artículo 590, ordena reducir los embargos a los que garanticen el pago de la obligación, los intereses y las costas judiciales, limitándolos, como máximo, al doble del cálculo prudencial de estos.

Cosa diversa es que la deuda o deudas del deudor superen en cualquier medida el monto de su patrimonio.

Los segundos, por su parte, seguidores del gran jurista Marcel Planiol⁷¹, pretendían reducir toda relación jurídica a una posibilidad de exigencia de una persona respecto de otra. Relativizaban todo el discurrir jurídico privado a “un derecho contrapuesto a una obligación”. Guardando las proporciones, este grupo de juristas asumió que el concepto de obligación civil podría abarcar de forma sin igual, toda la problemática social que se remitía al derecho y por ende, la de los derechos reales. Así, simplemente todos seríamos *deudores*, en obligación de no hacer; esto es, de una abstención general, de un propietario de cualquier bien, a su vez *acreedor* de todos nosotros.

En efecto, al tener alguien un derecho de dominio o cualquier otro derecho real sobre alguna cosa, todos estaríamos obligados a respetar y a no molestar su situación o su derecho. Así, el dueño de la cosa o titular de cualquier otro derecho real vendría a constituirse en acreedor de todos y cada uno de los seres humanos, en la medida que posee a su favor un derecho de abstención que imparte el postulado de que los demás respeten el derecho que se tiene sobre un bien; lo que sin más es una perversión de los derechos reales.

Respecto de la anterior discusión, es fundamentalmente Julien Bonnecase⁷² quien en el sistema francés inicia una visión vanguardista y verdaderamente soluble, en el sentido de aplicar el concepto de socialización y de necesaria división de las relaciones respecto de los bienes y de las personas, sosteniendo una idea ya no omnímoda como lo pretendían los dos grupos de juristas anteriores, sino verdaderamente útil, legal y dogmáticamente. Así pues, termina concluyendo que la relación respecto de las cosas, simplemente trata de dar una “idea de riqueza de coacción exterior, para que el deudor cumpla con sus vínculos personales”, mientras que los derechos crediticios simplemente tratan de asegurar los servicios que los hombres voluntariamente han decidido prestarse y que no solamente se refieren a su patrimonio, sino también a sus calidades como personas, v.gr, un maravilloso músico, un excelente contador, un hábil arquitecto, un prestigioso abogado.

71 Planiol y Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 12 ed., tomo II, Paris, 1939.

72 Bonnecase, Julien. *Pécis de droit civil*, 2 ed., tomo II, Librairie Arthur Rosseau. Paris, 1939. P. 29 y ss.

•Ubicación de la materia•

Definitivamente no es necesario tratar de aunar bajo una única visión las diferencias entre los derechos reales y los personales, no sólo evidentes a la hora de teorizar jurídicamente, sino además tangibles y necesarias. Es importante la división para clasificar el conocimiento jurídico, así como para la evidenciación de las realidades sociales respecto de derechos sobre cosas y relaciones con personas.

Cabe resaltar, que antes de que esta visión se impusiera tan contundentemente, como lo ha hecho hasta el momento, la discusión estuvo vigente por mucho tiempo fue tal su magnitud que, incluso hasta el siglo pasado, juristas como Louis Josserand⁷³ y Jean Carbonnier, por citar algunos, se remiten a ella esporádicamente a lo largo de todas sus obras tomando diversas posiciones.

Al respecto, cabe anotar que la discusión parece interesante luego de la constitucionalización del Derecho de obligaciones, pues en un Estado social y democrático de derecho, los desposeídos parecen ser un objetivo primordial del Estado, sin embargo, cabe la pregunta de qué es lo que debe garantizar el Estado: una vivienda digna y propia, o una política de pocos propietarios y un gran cúmulo de arrendatarios, como ocurre en la República Federal y en Francia (donde claramente se establecen diferencias relevantes entre las ventajas de la titularidad de una cosa o la posibilidad de afianzar derechos crediticios tuitivos y protectores de una clase de población, como los arrendatarios, los consumidores o los contribuyentes, que no tienen ninguna clase de titularidad inmueble), una educación pública de alta calidad o la efectivización de la prestación del servicio a través de subvenciones a entidades privadas. No parece pertinente profundizar en la problemática. León Duguit fue un referente en el país, pero lo cierto es que la política social ha sido relativamente descuidada. Al mirar leyes como la 820 de 2003 pareciera que la finalidad era proteger de una manera más amplia a los arrendadores frente a los arrendatarios; y no queda claro, cuál ha de ser la política en materia de vivienda de interés social, al analizar leyes como la ley 3 de 1991, ley 160 de 1994, ley 388 de 1997, y ley 1561 del 2012, entre otras disposiciones legales.

.....
73 Josserand, Louis. *Cours de droit civil*, t. II, Recueil Sirey. Paris, 1932.

Caso 7. Una señora demanda la protección de sus derechos fundamentales a la integridad física y a la propiedad, porque en el inmueble que habita fueron construidas dos torres que sostienen líneas de conducción de energía de 33.000 voltios, las que se encuentran a escasos cuatro metros de su vivienda en un terreno de su propiedad⁷⁴.

Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

.....
⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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 resultarían 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.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

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%20del%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 Josserand, 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.

La autonomía privada

Desde el punto de vista estrictamente lingüístico y etimológico la expresión “autonomía” se refiere a la condición del individuo que no depende de nadie. Sus raíces griegas se dividen en auto, que traduce **propio** y nomos que traducen **norma**.

No obstante, no es este el sentido que tiene cuando en materia jurídica se alude a ella, y por imperio de reglas de hermenéutica jurídica, cuando exista en Derecho una propia significación será esta preferida a la gramatical, dado que, como lo señala Betancourt Rey:

El derecho como todo campo del conocimiento o de la acción, ha forjado un lenguaje peculiar, instrumento necesario para la inteligencia u expresión de lo jurídico. Su aprendizaje y manejo implica ciertas dificultades, ora porque los términos jurídicos brotan casi siempre del lenguaje común pero con sentido diferente, ya porque una misma expresión reviste a menudo las acepciones más variadas¹¹⁴.

El principio anterior, si bien en buena medida ata al intérprete, evita que se incurra en arbitrariedades. Para una correcta comprensión del tema de la autonomía

.....
114 Frente a esto se refieren: Betancourt Rey, Miguel. *Derecho privado. Categorías básicas*. Universidad Nacional de Colombia. P. 30.

privada debemos alejarnos del contenido gramatical y acoger el jurídico, en ejercicio de la llamada *Interpretación evolutiva*¹¹⁵.

Antepuesto lo dicho, a fin de hacer claridad respecto al uso del sistema lógico-jurídico; nos adentramos en el significado de la expresión *autonomía privada*.

Quizá para algunos, autonomía privada y autonomía de la voluntad signifiquen lo mismo. Empero, ello no es así, razón por la cual sobre el uso de los vocablos “autonomía de la voluntad” y “autonomía privada” se han edificado dos grandes tendencias histórico-jurídicas así:

En la llamada *tesis voluntarista del negocio jurídico*, la autonomía es la libertad de querer, se alude aquí a una voluntad, a un anhelo subjetivo interno o moral del individuo. Según este criterio se identifican autonomía de la voluntad y arbitrio, con querer o no querer, desde luego, sometido a las limitaciones y cargas legales.

La otra tesis, lejos de pensar en la concepción voluntarista entiende que la autonomía privada es *el poder que tienen las particulares, para darse de por sí, reglas en el campo de las relaciones económico-sociales*¹¹⁶. Este es el significado consagrado por el Código Italiano al definir el contrato en su artículo 1322, acogido por el Código de Comercio colombiano en su artículo 864.

Uno de los partidarios de la vieja tesis —la voluntarista— aunque la llame moderna, es el civilista chileno Arturo Alessandri. En verdad es moderna si se le compara con el Derecho Civil Romano, según el cual, no bastaba la manifestación de voluntad para obligarse —consensualismo—, sino que era esencial la solemnidad.

Nuestro Código Civil, en términos generales, está enmarcado dentro de la tesis voluntarista; sirvan como ejemplos los artículos 1602, sobre la libertad de contratar, y el 1618 que consagra la voluntad como elemento básico de la interpretación, aun por encima de la literalidad errada del mismo contrato.

La autonomía privada no sólo tiene que ver con el fondo —libertad para acordar cláusulas contractuales—, sino además con la forma de los actos. Salvo contadas excepciones existe libertad plena para exteriorizar la voluntad de quienes contratan. Desterrado ha quedado el rigorismo y el formulismo romano. De manera hermosa, casi literaria, a la vez impregnada de un contenido gráfico entendible aun para cualquier profano en la metería refiriéndose al asunto en estudio, expreso Loysel:

115 D. de Buen. *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1932, P. 430 y 431.

116 Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996. P. 16.

•El negocio jurídico•

Los bueyes se ligan por los cuernos y los hombres por las palabras y tanto vale el simple acuerdo de voluntades como la estipulación del Derecho Romano.

Desde otra perspectiva, arriba agotada, resulta extraño que la autonomía privada, entendida como libertad negocial, como uno de los principales atributos de la personalidad de cualquier sujeto, no esté protegida debidamente como un derecho fundamental en nuestra constitución, en un abierto desconocimiento de todo el bloque de constitucionalidad y en una negación de una de las partes esenciales del individuo: si el derecho a fundar una empresa que produzca empleo, a adoptar hijos en el extranjero, a adquirir una vivienda, a arrendar, a enajenar, a endeudarse o a modificar el propio patrimonio a favor de terceros, no constituyen derechos fundamentales de todos los particulares, cuesta creer que otra clase de prerrogativas puedan serlo.

Ahora bien, la mayor manifestación de la autonomía privada la constituye el negocio jurídico entendido como la declaración unilateral o plurilateral, que con arreglo a la ley, está destinada o pretende generar consecuencias o efectos jurídicos, que pueden consistir en la creación, concertación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho o una obligación, para quienes realizan esa misma declaración¹¹⁷.

Ejemplos de manifestaciones unilaterales son: el testamento en donde una sola persona manifiesta su autonomía privada¹¹⁸; el reconocimiento de un hijo, la oferta, etc. Mientras que manifestaciones de carácter bilateral son por ejemplo, los contratos de compraventa, permuta, arrendamiento, entre otros, cuya existencia requiere de la confluencia de dos voluntades. La diferencia en el derecho alemán es clara: el negocio jurídico está regulado en el parágrafo 104 y siguientes. El contrato y su iter a través de la oferta y la aceptación en el 145 y siguientes.

En consecuencia, la autonomía privada, que reemplazó la clásicamente llamada autonomía de la voluntad, es esa facultad de participación privada, reconocida

.....
117 Al respecto Hiestrosa cita: "El negocio es una conducta, y todas las obras humanas reconocidas por la practica como disposición de intereses son aptas para la celebración de negocios, salvo los casos en los que la ley subordina la validez del acto a un determinado ritual. La declaración es la forma ordinaria de vincularse un individuo, mas no la única; fuera de ella se encuentran el mero comportamiento, la omisión y la conducta concluyente como medios idóneos para la asunción de compromisos". Hiestrosa, Fernando. *Derecho Civil. Op., cit.*, P. 204.

118 Hiestrosa dice frente a esto; "La voluntad tiene una inmensa importancia en el negocio, por lo mismo que como acto humano es en general consciente y voluntario, pero su sitio, obviamente destacado, no se halla en el concepto sino en su disciplina, en la ordenación legal de la conducta particular y no en su definición". Hiestrosa, Fernando. *Derecho Civil. Op. Cit.* P. 215.

por el Estado, para que los particulares puedan darse su propio derecho, y su propia reglamentación, respecto a lo que pretenden hacer de su patrimonio y de sus derechos íntimos y personalísimos.

Los particulares entonces, pueden darse sus propias reglas en la interacción de sus intereses¹¹⁹, crear su derecho, o lo que es lo mismo contractualmente crear normas que los aten y a nivel testamentario, por ejemplo, manifestar su voluntad respecto a cómo pretenden que se distribuyan sus bienes, una vez se terminen sus días. Se es libre para contratar y testar respecto a los derechos y las obligaciones salvo que la ley no lo permita. Al respecto, el código civil en su artículo 1602 de nuestro Código Civil, en concordancia con lo expuesto, plantea que *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo, o por causas legales.*

Clasificaciones principales de los negocios jurídicos

Obligatorios y dispositivos

Esta clasificación de negocios jurídicos hace referencia al objetivo de la declaración de voluntad, dado que, si lo que se pretende es la constitución de obligaciones y derechos, se trata de negocios jurídicos obligatorios o vinculantes, pues vinculan la voluntad de las partes; obligándolas al cumplimiento de una determinada prestación; mientras que, por el contrario, si lo pretendido es extinguir una obligación, mediante el cumplimiento de la misma, se trata de negocios jurídicos dispositivos, en los que, en tratándose de prestaciones de dar, el deudor dispone de su patrimonio en favor del acreedor.

Familiares y patrimoniales

Esta clasificación, al igual que la anterior, atiende a los objetivos de la declaración de voluntad. Conforme a esta, un negocio jurídico es familiar, sin importar si tiene o no, consecuencias de tipo patrimonial, siempre que los efectos pretendidos con el mismo giren en torno a la institución de la familia; como ocurre por ejemplo en el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, pues este negocio jurídico,

119 Lehmann, Heinrich. *El Negocio jurídico*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, 2005. P. 11.

si bien produce efectos patrimoniales, como es la obligación alimentaria, no deja de ser un negocio jurídico familiar, en atención a que él mismo se relaciona de forma directa con la institución social de la familia.

En ese sentido, como resulta lógico, los negocios jurídicos patrimoniales son aquellos en los cuales la declaración de voluntad no está directamente encaminada con la familia.

La importancia de esta clasificación radica en que, en los negocios jurídicos familiares la ley limita en mayor medida la voluntad, dado que la institución familiar, por ser de vital importancia para la sociedad, ha sido objeto de amplia regulación por parte del Estado, a través de normas de orden público.

Unilaterales y bilaterales

Un negocio jurídico es unilateral o univoluntario cuando está constituido por una sola manifestación de voluntad, como ocurre en el testamento o en la aceptación o repudiación de una herencia o legado; mientras que, el mismo será bilateral o plurivoluntario, cuando conste de varias voluntades, como ocurren en todos los contratos.

Principios de configuración del contrato

Ya Ihering planteó desde sus portentosas obras, los principios que enmarcan la libertad de contratación y hoy en día el derecho de consumo europeo trata de articularlos tanto en sus sugerentes directivas, como en el derecho secundario comunitario, constituido por las decisiones judiciales que aplican a su vez ese mismo derecho comunitario legislado, entre otros.

El contrato parte de una serie de principios de configuración, similares a los principios de configuración legal y a través de ellos, siempre, en cualquier clase de contrato debe garantizarse la paridad de los intervinientes y la justicia contractual.

1. El primero de ellos es el así denominado principio de determinación de la contraparte contractual y consiste en que es el individuo mismo quien debe determinar con quien quiere celebrar el respectivo contrato, si la razón que me induce a contratar tiene que ver con que una determinada empresa ofrece los vehículos más seguros para niños, y el día en que contrato, es de notorio conocimiento que ha salido otro vehículo mucho más

seguro que el que estoy comprando producido por otra empresa, es claro que podré retractarme del contrato, sin ninguna clase de justificación y concurrir a contratar con la segunda empresa.

2. El segundo principio de la configuración contractual, se materializa en el de estipulación del contenido contractual, de manera tal que si, igualmente como consumidor no estuve en capacidad de redactar las cláusulas que una empresa me impone, debo tener la posibilidad de impugnar posteriormente esas cláusulas para que se declaren sin eficacia y en consecuencia se hagan las declaraciones necesarias para restaurar la justicia contractual. En las así llamadas condiciones generales de contratación, impuestas por una empresa es usual que una o varias de las normas impuestas por la empresa, resulten abusivas respecto de los derechos del consumidor y por lo tanto pueden demandarse ante la SIC y en toda la unión europea.

Por último, está el así llamado principio de la libertad de conclusión, por virtud de los cuales es el individuo quien exclusivamente debe decidir si concurre o no a contratar hasta el último momento. Por lo mismo, las mal llamadas cláusulas de permanencia, impuestas por las empresas de telefonía celular o de internet y televisión, hasta hace un tiempo, eran abiertamente contrarias al principio de autodeterminación contractual y por lo tanto fueron eliminadas como ineficaces e ilegales por parte de la SIC.

Ahora bien, en los contratos paritarios esos tres principios siempre están garantizados, por cuanto las partes, en igualdad de condiciones concurren a negociar minuciosamente el acuerdo, hasta perfeccionarlo, pero como no ocurre lo propio en las negociaciones de consumo, la Unión Europea, a través de sus directivas incorporó mecanismos (que en parte han sido copiados por nuestro legislador), para materializar esos requisitos de configuración contractual.

Así, no sólo puede retractarse en el plazo de dos semanas el consumidor, luego de celebrado el acuerdo del negocio mismo, sin necesidad de justificación alguna, lo que materializa los principios de libertad de conclusión y de determinación de la contraparte contractual, sino que podrá impugnar cualquiera condición, contenida en las así llamadas condiciones generales de contratación o (AGB,s, por sus siglas en alemán o *Allgemeine Geschäftsbedingungen*), dentro de los seis meses siguientes a la celebración del acuerdo, si el consumidor considera que se ha violado alguno de sus derechos patrimoniales o fundamentales. La sanción, además

•El negocio jurídico.

de la declaración de ineficacia, como ha quedado dicho, es la indemnización de todos los perjuicios que se prueben por parte del consumidor. En Colombia además se han impuesto multas, pero cabe anotar que irrisorias para los patrimonios de las empresas sancionadas.

Estos tres principios deben campear en todas las negociaciones tanto paritarias como de consumo y por lo mismo, el contrato de consumo ahora lleva implícitas esas posibilidades de impugnación que por lo demás hacen parte de las normas de orden público, inmodificables por las partes.

También denominados convenciones, según el art. 1495 del C.C., *son actos por los cuales una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser de una o muchas personas.*

De la anterior enunciación se desprenden varios puntos que vale la pena analizar así:

Primero, es una conceptualización que se acerca más a lo que se entiende por obligación. En efecto, en nuestro país se enuncia como contrato el concepto que tiene más afinidad con la obligación. Al igual que en Chile, como lo indica Alessandri Rodríguez¹²⁰, la definición del art. 1438 del Código Civil Chileno corresponde más bien a la definición de la obligación que a la de contrato, porque la obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa, respecto a otra persona; pero es claro que ello no es el contrato, pues este, es en realidad la fuente de la que surge tal necesidad.

Si bien es cierto, siempre en los contratos se encuentra algún tipo de esas obligaciones: dar, hacer o no hacer, no lo es menos que esa no es la definición más apropiada de contrato. La definición dada por nuestro legislador, antes que dar luces sobre lo que se pretende definir crea confusión a la hora de detenerse en el estudio detallado de la teoría general del contrato y de las obligaciones. En efecto,

.....
120 Rodríguez, Alessandri. *Derecho Civil de los contratos*. Volumen 2. Editorial Jurídica Ediar-Conosur. 1988.

convenimos en tener por más apropiada la definición de contrato que nuestro Código de Comercio ha creado en el artículo 864, entre otras cosas por cuanto la relación convencional o contractual está definitivamente determinada a tres cosas fundamentales: a hacer nacer, modificar o extinguir válidamente obligaciones.

De otro lado, el texto citado artículo 1495 del Código Civil señala que el contrato no tiene sino únicamente dos partes, al mencionar que una parte se obliga para con la otra. Lo anterior plasma sin más, otra imprecisión del legislador respecto de la definición de contrato, pues en todo caso pueden existir contratos en los que intervengan más de dos partes. v.g. el contrato de seguro o el fideicomiso. Sin embargo, en la teoría germana el contrato siempre es bilateral e implica un sinalagma funcional por virtud del cual las prestaciones se miran como correlativas y equivalentes, y una es causa de la otra.

La doctrina en general se ha inclinado por conceptualizar el contrato de una forma divergente a la que ha aparecido plasmada en nuestros códigos latinoamericanos. En efecto, expone Puig Peña, en su obra de obligaciones y contratos:

... podemos definir el contrato diciendo —con la moderna doctrina española— que es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen relación jurídica de carácter patrimonial¹²¹.

No obstante, el legislador ha tenido como contratos, otros negocios o actos jurídicos solemnes, que además implican obligaciones y deberes extrapatrimoniales, independientemente si de ellos se derivan relaciones jurídicas exclusivamente patrimoniales, así pues están los presentes ejemplos, el primero el que se desprende del artículo 113 del Código Civil que prescribe: *el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*.

Así pues, tenemos que, el contrato de matrimonio no regula situaciones patrimoniales únicamente, sino que se extiende a otras áreas que importa regular al derecho positivo en nuestro país, como la procreación, y el auxilio mutuo que se deben los cónyuges. Siendo llamado literalmente por nuestra legislación contrato

121 Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III obligaciones y contratos. Editorial Pirámide, España, Madrid, 1976.

•Los contratos•

de matrimonio¹²². Una corrección dogmática implicaría reconocer esa institución como un acto jurídico, por cuanto para su nacimiento se requiere la presencia frente al funcionario correspondiente, (por ejemplo un juez, sacerdote o notario en Colombia) y las derivaciones jurídicas del mismo, no son puramente patrimoniales.

De otro lado, se considera que en nuestro país la idea de contrato es absolutamente idéntica a la de convención, pues el legislador las ha equiparado en las normas anteriormente comentadas, (artículo 1494, 1495 C.C.)¹²³; caso diferente de lo que en Francia ha acontecido y a la opinión de algunos de los doctrinantes nacionales.

Otra razón para inclinarnos en este sentido, es la de que en la antigua Roma desde siempre el contrato se equiparó a la convención. Allí, se tenía a ambos como acuerdos de voluntades con el ánimo de crear, modificar o extinguir obligaciones¹²⁴.

En efecto, desde la antigüedad los conceptos de convención y contrato hacían referencia a lo mismo; sin embargo, con el transcurrir del tiempo los glosadores medievales confundieron los conceptos de convenio y convención, por lo que se generó la diferenciación que Pothier y otros doctrinantes clásicos aceptaron como cierta.

En el mismo sentido, en Francia la diferenciación aparece referenciada legalmente en el Código Civil por lo mismo que se dijo anteriormente. Por el contrario, en nuestro país la diferenciación no tiene razón de ser y es claro que el legislador en su redacción trató de eliminar la precitada diferencia. Al repetir la diferenciación doctrinaria francesa se incurre en nuestro sentir en una impropiedad.

En reiteración, los dos artículos anteriormente citados, el 1494 y el 1495, son la base fundamental, es nuestra posición. Alessandri por su parte expone que los mencionados artículos se refieren a conceptos diversos en verdad, pues las obligaciones son claramente consecuencia de los contratos.

De otra parte en el BGB (Código Civil Alemán) se emplea la palabra contrato (Vertrag) con igual sentido de convención, así entonces se tiene la necesidad de diferenciar entre los contratos llamados (o traducidos) obligatorios (*Schuldvertrag*),

122 Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 565.

123 Esta similitud es aceptada por De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus 1944. P. 254 y 255 por cuanto esas palabras conllevan la función de "constituir, regular o resolver un vínculo jurídico".

124 Así pues el *contractus* era una convención que producía una convención civil (p. VansWetter, *Op., cit.*, T. III, núm. P. 365.

o sea los que crean obligaciones; contratos liberatorios (*Liberatorischervertrag*), o los que sirven para extinguirlas (...), y los contratos de modificación (*Abwänderungsvertrag*). El Código de Derecho Privado Italiano en su artículo 1321 coincide igualmente con la definición de contrato del código alemán y con la doctrina alemana al respecto¹²⁵.

Sin embargo, la doctrina ha equiparado la noción de convención a la de negocio jurídico bilateral o plurilateral¹²⁶. Pues es obvio como lo exponen, que no pueden existir convenciones unilaterales. Así mismo, en apoyo de nuestra posición, nuestro Código llama a la transacción “contrato” cuando esta tiene como primordial función extinguir obligaciones: en efecto como lo prescribe el artículo 2469 del C.C. *La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que se disputa. Cabría la opinión, según la cual se le denomina contrato por cuanto obliga a las partes a respetar el acuerdo mediante el cual han terminado extrajudicialmente un litigio, sin embargo, es claro que la razón de ser de la transacción es definitivamente extinguir un vínculo jurídico, con efectos incluso de cosa juzgada, que ata a las partes que se valen de ella. Algo similar ocurriría con la novación, pues a la vez que extingue obligaciones, coetáneamente las crearía, generando nuevas obligaciones por las partes, con todo es un acuerdo de voluntades que extingue y crea obligaciones simultáneamente.

Por último, en nuestro Código de Comercio, mucho más influenciado por la moderna redacción de los códigos más recientes dentro del ámbito europeo¹²⁷ y mundial en general, aparece definido el contrato en el atrás mencionado artículo 864 como:

Un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.

.....
125 Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. Novena Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998. P. 50.

126 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed 8° actualizada. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2005. P. 43 y ss.

127 Como por ejemplo el Código Civil Alemán de 1900 y el Código de Derecho Privado Italiano de 1942.

Principales clasificaciones de los contratos

Consensuales, reales y solemnes

Atendiendo al momento en que se perfeccionan los contratos pueden ser consensuales, reales o solemnes. Los primeros son aquellos que nacen a la vida jurídica con el sólo acuerdo de voluntades, por otro lado, los segundos requieren que se realice la entrega material de la cosa que constituye el objeto del contrato y finalmente, los solemnes son aquellos que, por mandato expreso de la ley, requieren de una o de varias solemnidades para llegar a perfeccionarse.

Respecto a estos últimos, es necesario afirmar que existen tres clases de solemnidades, a saber, las *ad probationem*, las *ad substantiamactus* y aquellas que convienen las partes. No obstante, un contrato se considera solemne sólo cuando la solemnidad es requerida por la ley como uno de los elementos esenciales del determinado negocio jurídico, es decir, *ad substantiamactus*. Por el contrario, las otras dos clases, si bien pueden servir como prueba del contrato, no son necesarias para su perfeccionamiento.

Por otro lado, en muchos otros escenarios y coincidiendo con Valencia Zea, estimamos que en una eventual reforma del Código Civil Colombiano, los contratos reales deberían desaparecer, pues su utilidad es mínima, por el contrario, crean más dificultades prácticas que beneficios para los individuos.

Unilaterales y bilaterales

Un contrato se considera bilateral cuando ambas partes se obligan, por el contrario, el mismo es unilateral cuando sólo se obliga una de las partes. La importancia de esta clasificación radica en que en los contratos bilaterales, las prestaciones de ambas partes tienen una relación de equivalencia que, como ya se ha dicho tantas veces, en virtud del art. 1546 C.C., faculta a la parte que ha cumplido su prestación a exigir de la incumplida, la resolución del contrato o la ejecución del mismo.

Compromisos unilaterales

Estos hacen referencia a las declaraciones de voluntad que autónomamente hacen los particulares y que los obligan por el mandato legal. Dentro de ellos, podemos

iniciar reiterando el ejemplo planteado por el artículo 1494 del C.C. Primero que todo vale decir que no son actos unilaterales en su formación, sino que siempre van a requerir de por lo menos dos voluntades. Son unilaterales en cuanto a sus efectos, esto es en cuanto a la persona para la que se están creando obligaciones.

... ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y... (1494 C.C).

Así, la aceptación de una herencia obliga al aceptante a recibirla, como bien lo prescriben los artículos 1298 a 1303 del C.C. También la aceptación de las asignaciones, según los artículos 1282 a 1291 de la misma obra.

Dentro de ellas se incluyen el *animus donandi* como lo preceptúa el artículo 1443, que a pesar de enunciar a dos personas no habla de un contrato, sino de un acto, mediante el cual una transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta. Sería entonces un compromiso unilateral, en el que el donante, se compromete a transferir esos bienes a su donatario.

Pero tal vez de las más importante declaraciones unilaterales de voluntad, que obliga a quien la hace es la que se denominó y tipificó como opción en el artículo 23 de la ley 51 de 1918, que a su tenor literal prescribe:

La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir ese plazo.

La opción es entonces, una declaración unilateral de voluntad que obliga a cumplir el compromiso hecho, por quien la concede, no a quien va dirigida, pero siempre tendrá que someterse a un plazo o condición, so pena de ser ineficaz. La opción es simplemente un derecho que le concede el declarante a un tercero, para optar por la contratación respecto de algo, esa declaración válidamente hecha obligará al declarante a mantener esa opción por un plazo determinado de tiempo hasta que se cumpla con determinada condición.

•Los contratos•

De la norma citada se deduce que al año quedará desvinculado quien concedió el ofrecimiento de la persona a quien está dirigida, a menos que se haya convencionalmente pactado un plazo mayor o menor.

Tenemos entonces que la opción; según la gran mayoría de la doctrina es una forma de obligarse perteneciente a las declaraciones recepticias de voluntad; referida también por algunos autores como “promesa unilateral” en la medida en que un contratante adquiere una obligación a su cargo consistente en celebrar el contrato opcional, si y sólo si, la otra parte se decide a realizar el contrato. Es claro que esta posición es válida en la medida en que en la promesa bilateral ambas partes quedan atadas necesariamente a contratar, mientras que en opción tan sólo una de ellas está adquiriendo la mencionada obligación.

Así por ejemplo, en el contrato de compraventa puede haber opción de compra cuando el vendedor se obliga a vender si el comprador decide comprar y opción de venta en evento en que el comprador se obliga a comprar si el vendedor se decide a vender. Algunos doctrinantes han tomado al pacto de retroventa como una de las formas de aplicación de la opción como forma de generar obligaciones, otros han tomado la de la venta a prueba en el artículo 1879 del Código Civil como un ejemplo en el que se plasma o evidencia la mencionada opción; con todo, es claro que los mencionados artículos son anteriores a la norma en comento que reguló lo atinente a la opción, con lo que si bien es cierto pueden coincidir los efectos de las normas en cita, no lo es menos que el espíritu legal de las mismas es obviamente diverso.

Existe entonces en virtud de la opción una obligación de mantenerla para tratar de contratar, sin embargo, a su vez esta debe depender por mandato legal de un plazo o condición expresa, como atrás ha quedado dicho.

Promesa de contrato

En nuestro país aparece regulada en el artículo 1611 del Código Civil, que fue subrogado por la ley 153 del 1887 en su artículo 89¹²⁸.

.....
128 Dicha norma expresa:

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1ª.) *Que la promesa conste por escrito*

Así pues, en nuestro sentir se está regulando expresamente el contrato de promesa, pues de él se derivan, como se desprende claramente del texto legal transcrito, obligaciones. Claro está, para que ello sea así necesariamente deben reunirse las ciertas formalidades que son las que están prescritas por esa norma legal.

De otro lado, cabe hacer ciertas precisiones como la de que esa promesa ha de constar por escrito si las partes quieren obligarse, esto es que la promesa es un contrato solemne, ya que para que pueda generar obligaciones es necesario que las partes manifiesten en un escrito dicha voluntad. Esta regla, aunque está claramente expresada en la norma en mención, no es absoluta, ya que en el área mercantil las partes pueden celebrar un contrato de promesa con su simple manifestación de voluntades, en el aspecto mercantil el contrato de promesa es consensual y no solemne. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Consensualidad. Independientemente de la forma de perfeccionar el contrato de promesa mercantil, debe reunir las condiciones propias de la promesa en general, es decir, los requisitos para la existencia y validez de los contratos, el señalamiento de un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido y la determinación del contrato prometido, de tal modo que no quede faltando para su perfeccionamiento sino la tradición¹²⁹.

De otro lado, en el ordinal segundo de la mencionada norma, debió citarse el artículo 1502 y no el 1511, así mismo deberá tenerse en cuenta que el contrato de promesa deberá incluir una condición o plazo determinado para que el contrato prometido se celebre, lo anterior en concordancia con el principio de que *nadie puede estar atado eternamente a algo*.

2ª) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil.

3ª) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4ª) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicaran a la materia sobre que se ha contratado.

129 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 12 de septiembre del 2000. Magistrado ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

El argumento más fuerte para plantear que no se habla de promesa de contrato, sino de contrato de promesa, —evitando caer en juegos de palabras inoficiosos y confusos— es el enunciado en el ordinal 4° de la norma en comentario; pues, como ya se refirió, el contrato se determinara de tal suerte que sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Lo anterior significa, sin más, que los dos o más contratantes deberán estar prestos a cumplir con esas formalidades legales o con, por ejemplo, la tradición de la cosa a efecto de cumplir el prometido contrato, y en esa medida surgen obligaciones para ambas partes, pues no solamente se tendrá que entregar, sino que el recepcionante deberá allanarse a recibir, a efecto de perfeccionar el contrato en cuestión.

Así mismo, válido parece reiterar que, la promesa de contrato que no cumpla con los requisitos enunciados por el artículo 1611 de nuestro ordenamiento civil, no obligará a ninguna de las partes intervinientes en ella, y por consiguiente, no tendrá ningún piso ni fundamento jurídico en contra de cualquiera de las mismas.

Principales y accesorios

Un contrato se considera principal cuando su existencia es autónoma e independiente de otros negocios jurídicos, por el contrario, el mismo es accesorio, cuando su existencia se encuentra subordinada a otro negocio jurídico, como ocurre por ejemplo con la hipoteca o la prenda que garantiza un crédito, en este caso, el contrato principal es el mutuo y el accesorio es el gravamen hipotecario y en consecuencia, cuando se extinga el primero se extingue el segundo.

Típicos y atípicos

Un *contrato típico* es aquel, cuyos elementos esenciales se encuentran regulados en la ley de forma integral y sistemática, si no ocurre esto, el *contrato es atípico*.

La importancia de esta clasificación radica en la determinación del marco jurídico aplicable a los contratos atípicos, que carecen de normas supletivas de la voluntad para llenar los vacíos que dejan las partes en sus estipulaciones contractuales. Este problema no es de fácil solución y por el contrario, distintos juristas se han pronunciado señalando la que ellos consideran, debe ser la pirámide normativa aplicable.

Conmutativos y aleatorios

Un *contrato es conmutativo* cuando se conoce el alcance de las prestaciones de ambas partes y estas se consideran equivalentes, por el contrario, cuando no se conoce tal alcance, porque una o ambas prestaciones están sometidas al azar, se trata de un *contrato aleatorio*. De esta manera el Código Civil en su artículo 1498 expresa:

El contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama *aleatorio*.

Entonces, para que un contrato sea considerado conmutativo deben concurrir tres requisitos: a) que sea oneroso o útil para todas las partes; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento de la celebración del contrato; y c) que produzca prestaciones que se miren como equivalentes¹³⁰. De otro lado, la característica fundamental de los contratos aleatorios estriba en la imposibilidad de estimar, desde el primer momento, una o más prestaciones que produce, por depender estas del azar¹³¹.

La importancia de esta clasificación radica en la funcionalidad de sinalagma planteado por las partes contratantes y entre otras, por ejemplo, en que la figura de la lesión enorme, solamente es posible predicarla de los contratos conmutativos y nunca de los contratos aleatorios.

De ejecución instantánea y de tracto sucesivo

Un contrato es de ejecución instantánea cuando es susceptible de agotarse en un sólo momento, como en la compraventa diaria en un supermercado, es de tracto sucesivo cuando sus prestaciones requieren del transcurrir del tiempo para poder cumplirse, como en el arrendamiento, y es de cumplimiento escalonado, por

.....
130 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Segunda reimpresión de la séptima edición. Bogotá: Temis. 2014. Pág. 63.

131 *Ibid.*

•Los contratos•

ejemplo, cuando en una compraventa las partes acuerdan que el pago del precio se realice por cuotas, dado que, si bien se trata de una obligación cuyo cumplimiento podría darse en un sólo momento, las partes acuerdan que el mismo se dé de forma periódica¹³².

Esta clasificación, si bien es encontrada inútil por algunos doctrinantes¹³³, se considera válida por las consecuencias que se indican a continuación:

- i. La teoría de la imprevisión sólo aplica a los contratos de tracto sucesivo y a los contratos de cumplimiento escalonado.
- ii. Los contratos de tracto sucesivo sólo pueden terminar con efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro; mientras que los contratos de ejecución instantánea y los de cumplimiento escalonado se pueden resolver con efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos.

Elementos de validez del contrato

En todo negocio jurídico, de conformidad con el art. 1501 C.C. es posible distinguir tres clases de elementos, a saber:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la **esencia** de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la **naturaleza** de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son **accidentales** a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Resaltado fuera del texto).

Como se observa, esta clasificación es muy importante, porque señala los aspectos que la ley exige imperativamente para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos (esenciales), los aspectos que ella entra a regular de manera supletiva (de la naturaleza) y la posibilidad que tienen las partes de agregar cuantas estipulaciones contractuales consideren pertinentes (accidentales).

132 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Bogotá. Editorial Temis, 1953.

133 Ospina Fernández, Guillermo. *Op., cit.*, P. 74.

No obstante, cuando se habla específicamente de contratos, en la actualidad, es necesario distinguir otra clase de elementos, que bien podrían explicarse como requisitos de tres etapas de un test de eficacia, en el cual, primero, se busca establecer si el contrato ya nació a la vida jurídica; posteriormente, si el mismo es válido de acuerdo con el ordenamiento jurídico y por último, si sus efectos son oponibles a terceros. En ese sentido tenemos que estos elementos son:

1. Los elementos de existencia, también llamados esenciales, que son los necesarios para que el contrato nazca a la vida jurídica.
2. Los elementos de validez, que hacen referencia a las condiciones requeridas de cada uno de los elementos de existencia, para que el determinado contrato, se encuentre adecuado a la ley y no sea susceptible de alguna sanción de ineficacia.
3. Los elementos de oponibilidad, que son los necesarios para que el contrato pueda surtir sus efectos frente a terceros, es decir, frente a sujetos distintos a las partes.

Ahora bien, respecto a los elementos de oponibilidad es claro que ellos sólo se presentan en determinados contratos, que exigen de la inscripción en un determinado registro, como por ejemplo, la constitución de una garantía mobiliaria o la venta de un inmueble.

Por el contrario, los elementos de existencia y de validez se presentan en todos los contratos y la delimitación entre unos y otros es motivo de una álgida discusión, que se relaciona a su vez, con la discusión sobre la inexistencia y la nulidad, por lo que se considera pertinente posponer la enunciación de cada uno de estos elementos, al momento en que se aboque el estudio de las sanciones de ineficacia de los negocios jurídicos.

No obstante, en aras de brindar claridad y sin entrar a discutir por ahora los elementos de existencia de los contratos, es posible afirmar que los elementos de la validez de todo contrato son la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito y la causa lícita. A continuación se abordará el estudio de cada uno de ellos y posteriormente, cuando se aboque al estudio de las sanciones de ineficacia del negocio jurídico, se retomará la discusión en torno a la nulidad y a la inexistencia.

Capacidad

Definición y clases

La capacidad es la aptitud que reconoce el ordenamiento jurídico para ejercer derechos y contraer obligaciones¹³⁴ y, es ostentada tanto por las personas naturales, como por las personas jurídicas. La capacidad se clasifica en capacidad de goce o jurídica y capacidad de ejercicio o negocial; la primera consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos y la segunda en la aptitud para obligarse de manera directa.

A continuación hablaremos primero de la capacidad de las personas naturales y a continuación de la capacidad de las personas jurídicas.

Capacidad de las personas naturales

Las personas naturales tienen la capacidad de goce desde el momento de su nacimiento, mientras que la capacidad de ejercicio se tiene desde que se llega a la mayoría de edad, que en Colombia son los dieciocho años¹³⁵.

No obstante, este límite de los dieciocho años implica para el ordenamiento jurídico el establecimiento de dos presunciones, una de derecho (*iure et iure*) y otra de hecho (*iuris tantum*), la primera consiste en que “todo menor de dieciocho años se presume incapaz mentalmente de obligarse por sí mismo”, mientras que la segunda, consiste en que “todo mayor de dieciocho años se presume mentalmente capaz de obligarse por sí mismo”. Esta última, como se dijo, es una presunción de hecho y por ende permite que, mediante un procedimiento judicial, se declare a un mayor de edad incapaz de contraer negocios jurídicos por sí mismo. Vale acotar que de acuerdo a la más inveterada jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se presume la capacidad del adulto, lo que debe probarse es la incapacidad a través de la sentencia judicial ejecutoriada respectiva.

134 Corte Constitucional Sentencia C-534 de 2005.

135 Hinestrosa define a la capacidad como; “La capacidad es un modo de ser natural del sujeto, su actitud intrínseca para ser titular activo o pasivo de una relación jurídica, al tiempo que para modificarla por sus propios medios, sin la colaboración o la actividad sustitutiva de otra persona”. Hinestrosa, Fernando. Derecho Civil. *Op., cit.*, P. 294.

Causales de incapacidad de las personas naturales

Incapacidades provenientes de la edad

Si bien, todas las personas desde su nacimiento cuentan con la capacidad de goce, en cuanto a la capacidad de ejercicio, las personas pueden ser incapaces atendiendo a su edad o a su estado mental. En observancia del primer criterio se tiene que:

1. Las personas entre los cero y los doce años, denominadas niños y niñas¹³⁶, de conformidad con el art. 53 de la Ley 1306/09 y el art. 3 del Cód. de la Infancia y Adolescencia, son incapaces absolutos y en consecuencia, los negocios jurídicos celebrados por ellos se consideran viciados de nulidad absoluta.
2. Las personas entre los doce y los dieciocho años, denominadas adolescentes, son incapaces relativos y en consecuencia, los negocios jurídicos celebrados por ellos se consideran viciados de nulidad relativa a menos que interceda por ellos su representante legal.

Con todo, estas incapacidades tienen varias excepciones específicas a saber, el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales y la administración del peculio profesional, que son negocios jurídicos, que a pesar de ser celebrados directamente por un adolescente mayor de catorce años, son válidos, en virtud de que son fenómenos que ocurren con frecuencia en la realidad social y, mal actuaría el ordenamiento jurídico si no atendiera a esta.

Incapacidades provenientes del estado mental

Por otro lado, a causa de su estado mental, las personas también pueden ser incapaces absolutas o relativas, dependiendo de si son discapacitados mentales absolutos o discapacitados mentales relativos, los primeros son quienes sufren una afectación o patología severa o profunda de aprendizaje o de comportamiento y los segundos son quienes padecen deficiencias de comportamiento, prodigalidad

.....
¹³⁶ Por el contrario, Valencia Zea, indica que entre los cero y los siete años, la capacidad se considera "inexistente" y en consecuencia los Negocios Jurídicos celebrados por sujetos entre estas edades, también llamados infantes (art. 34 C.C.), se consideran inexistentes. Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil: Parte general y personas. t. i. Decimoseptima Edición. Bogotá D.C. Temis. 2011.

•Los contratos•

o inmadurez negocial y, que como consecuencia de ello, puedan poner en riesgo su patrimonio¹³⁷.

Para que una persona sea considerada discapacitada mental, o para que pierda esta condición y vuelva a ser capaz, es necesario que exista una sentencia judicial¹³⁸ que así lo declare¹³⁹.

La sentencia que declare a una persona interdicta, lo incapacita para celebrar cualquier negocio jurídico, a menos de que lo realice por intermedio de un curador. Mientras que la sentencia que declara a una persona inhábil, lo incapacita a celebrar sólo determinados negocios jurídicos de enajenación que superen los 15 SMLMV¹⁴⁰, sin la previa autorización de un consejero legítimo.

Capacidad de las personas jurídicas

Para que una persona jurídica tenga capacidad de goce y de ejercicio se requiere que esta haya tenido un proceso de constitución regular, el cual, si bien está sujeto a varias consideraciones propias del derecho societario, se puede resumir en tres pasos: i) La realización del negocio jurídico plurilateral (que no contrató) de constitución; ii) el cumplimiento de la formalidad requerida por la ley, que puede consistir en elevar aquel negocio jurídico a escritura pública o, como ocurre con las S.A.S., puede agotarse simplemente con un documento privado, así mismo, el respectivo registro mercantil¹⁴¹.

Una vez se encuentra regularmente constituida, la persona jurídica cuenta con capacidad de goce y de ejercicio, pero esta última requiere siempre de la actuación de su representante legal, el cual se determinará de conformidad con lo indicado, ya sea en los estatutos y la ley.

Con todo, es necesario señalar que la capacidad de las Personas Jurídicas, tanto la de goce como la de ejercicio se encuentra determinada por su objeto social y

.....
137 Estas definiciones son las mismas que establece la Ley 1306 de 2009 en sus arts. 17 y 32.

138 Art. 1503 C.C.

139 El procedimiento a seguir en este caso es de los de Jurisdicción Voluntaria, señalado en los arts. 577 y ss. C.G.P.

140 Art. 36, Ley 1306 de 2009.

141 Art. 5, Ley 1258 de 2008.

en definitiva por los estatutos, salvo en tratándose de s.a.s. y de empresas unipersonales que cuentan con plena capacidad¹⁴².

El consentimiento y su formación

El consentimiento es la unificación y concurrencia de dos voluntades en un sólo querer, por lo que únicamente se presenta en los contratos, pues requiere para su formación de mínimo dos voluntades distintas.

Es preciso, en este punto, recordar que dentro de los contratos cada parte puede estar compuesta por uno o varios sujetos, no obstante, el acuerdo entre todos los sujetos de una parte no da lugar al consentimiento, pues todos ellos conforman una sola voluntad; por el contrario, la unión de aquella voluntad con otra diferente en un sólo querer sí da nacimiento al consentimiento.

Ahora bien, para que surja el consentimiento se requiere de la existencia de una oferta y una aceptación, cada una con requisitos y condiciones particulares que a continuación se enunciarán.

La oferta

La oferta es otra de las llamadas declaraciones recepticias de voluntad dirigida a una o varias personas determinadas o destinatarios ciertos. Es un acto preparatorio que precede a la formación del contrato, y por mandato legal es irrevocable. Está dentro de esos actos preparatorios del contrato también llamados tratos preliminares.

Es, así mismo, un negocio jurídico unilateral; en virtud del cual una persona se dirige a una o varias personas determinadas, o en materia comercial, al público en general, (en el caso de la oferta pública también llamada policitud); indicando las estipulaciones de un contrato de manera apta y por un medio de comunicación adecuado.

La oferta está regulada en nuestro ordenamiento mercantil por los artículos 845 y ss, del Código de Comercio, sin embargo, y en concordancia con el artículo 8 de la ley 153 de 1887, se aplica por analogía en la materia civil.

.....
142 Art. 3 Ley 1258 de 2008.

La oferta está definida por el artículo 845 del C. Co., como:

...El proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, y que deberá contener los elementos esenciales del negocio. En nuestro país estos son, (remitiéndolos a la legislación civil, por orden expresa del artículo 822 del C.Co.), los prescritos por el artículo 1501 del C.C., así “son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente...” en el caso específico de la compraventa, por ejemplo, deberá contener esa propuesta por lo menos la claridad suficiente respecto a la cosa y al precio; en el arrendamiento, se debe tener claridad suficiente sobre la cosa y el canon a pagar por el uso y tenencia de esa misma cosa, sin lo cual no produciría efecto alguno, como lo prescribe el mismo artículo 845 del C.Co. Sin embargo, se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer a ese mismo destinatario. Así pues son medio idóneos una llamada, o una comunicación telegráfica, o un mensaje vía internet, también la declaración entre presentes.

También puede mirarse como una propuesta, una invitación que una o más personas hacen a otra u otras para celebrar una convención o contrato. Debe contener esa invitación, como ya lo dijimos, por lo menos las condiciones esenciales del negocio que son las preceptuadas en el artículo 1501 del C.C., en el que aparecen referenciadas como tales.

A lo largo del desarrollo doctrinario sobre el tema, se ha tenido especial cuidado respecto de esas formas de comunicación de la propuesta u oferta, siempre que es a través de estas, que esa especie de declaración de voluntad nace a la vida jurídica. Se ha planteado que, para que alguien se obligue a través de su propia voluntad, es necesario que haya una declaración libre de ese alguien o de los contratantes en el caso de las declaraciones multilaterales, que esas personas declarantes sean capaces, que esas declaraciones tengan una causa legalmente válida y recaigan sobre un objeto o finalidad contractual (artículo 1502 C.C.).

Al respecto, grande ha sido la preocupación de la seriedad y rectitud de las declaraciones de voluntad, pues como es claro, uno o varios de los contratantes a pesar de reunir a cabalidad las características citadas por la ley, podrían simular su verdadera intención. De esta manera, la doctrina y la jurisprudencia han planteado que además de los requisitos planteados por la legalidad, para que alguien se obligue de forma válida, es necesario. 1) interpretar las normas dentro de la

inteligencia de las mismas y de la codificación en la que se encuentren y que por encima de ello; 2) esa declaración debe ser recta y seria; en el sentido de tener la intención de obligarse en la real forma de su declaración¹⁴³.

Teorías

Específicamente, respecto de la oferta se ha planteado por una parte de la doctrina que esta deberá contener todos los elementos del contrato, al punto que para que se perfeccione el contrato sólo falte la aceptación de la otra parte¹⁴⁴.

La oferta, de otro lado, es la primera declaración completa que una parte le comunica a la otra, donde le manifiesta su intención de contratar, por esto, desde los tiempos de la Codificación Civil Francesa, existió gran preocupación respecto de esas conductas precontractuales. En efecto, los romanistas franceses, mejor de las galias y germanía de la época medieval (y aun los modernos), vieron en esas declaraciones unilaterales de voluntad el más importante germen de la obligaciones civiles, por cuanto de ellas era que se desprendía cualquier futura forma de contratación.

Teoría clásica

También denominada francesa, hace referencia a que juristas como Pothier y otros contemporáneos suyos consideran que la oferta no era obligatoria o vinculante, pues los negocios jurídicos tenían que ser el resultado de una convención o un acuerdo bilateral de voluntades, pues según ellos, no podían imponerse unilateralmente a otros derechos y obligaciones. En el caso específico de la oferta, esta sólo generaría derechos y obligaciones una vez fuera aceptada, no antes. Para los mencionados juristas no constituía una fuente de obligaciones ni de derechos. Podía ser revocada (como aun lo es hoy, en algunos países) antes de que el destinatario la aceptara. Así, entonces, no podía accionarse por perjuicios causados

143 Saleilles, *De la declaración de voluntad*. P. 5 y, al respecto también Windsheid y Puig Peña.

144 Por ejemplo Enneccerus y A. Von Tuhr. Sin embargo en la doctrina contemporánea o por lo menos un poco más avanzada, hay mayor consenso con respecto a la posición de que sólo es necesario determinar los elementos esenciales del contrato que se ofrece. Por ejemplo Carbonnier J., además porque la celeridad del mundo moderno, solicita del derecho una mayor rapidez y que las relaciones jurídicas, no sólo comerciales sino civiles, sean más expeditas, sin que por ello se le restarle seguridad o eficacia a las mismas. Nuestro Co.Co. toma partido por esta posición, como ya lo hemos referido.

antes de la aceptación, en últimas, podía ser terminada sin ninguna consecuencia jurídica para el oferente.

Otro problema que enfrentaron los romanistas, al referirse al tema de si podía incurrirse en responsabilidad u obligación por una oferta, fue aquel según el cual tradicionalmente sólo se reconoció la responsabilidad en dos únicas modalidades, la contractual y la extracontractual. El problema surgía porque cuando simplemente mediaba una propuesta, oferta o promesa unilateral, no podría hablarse de ninguna de las dos, pues no era contractual en la medida en que no se había concretado el concurso de voluntades; y tampoco era extracontractual por cuanto mediaba un ánimo de obligarse y existía en todo caso una relación de voluntariedad entre quien hacía y quienes conocían de la declaración.

Por último, como una visión soluble al problema, se planteó que los contratos o convenciones requerían de la declaración autónoma de por lo menos dos partes, mientras que declaraciones como la oferta, eran simplemente declaraciones receptivas de voluntad, como ya lo planteamos atrás, que conformaban actos preparatorios a ese contratar. Dentro de ellas se encontraban varias especies, de las cuales ya hemos visto algunas: la promesa, la opción (en algunas legislaciones), la oferta y, para alguna parte de la doctrina, la aceptación.

Se planteó, igualmente, que esa primera declaración completa, que permitiría el nacimiento de un contrato, debía generar lo que se denominó *la culpa in contrahendo* o en contratando, como clara posibilidad de la eficacia jurídica de la promesa unilateral, como derivación y modalidad de la responsabilidad contractual¹⁴⁵.

El nuevo parágrafo 311 del BGB preceptúa y reconoce *la culpa in contrahendo* como una fuente adicional de las obligaciones, incluso a favor de terceros que han sufrido daños, por virtud de las negociaciones iniciadas entre las partes contratantes.

Teoría moderna

A partir de la segunda mitad del siglo XIX la doctrina replanteó ampliamente sus posiciones respecto de la que, hasta ese momento, era la mínima controversia sobre la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales de voluntad, contrariándose

.....
145 Fue el gran Rudolph Von Ihering quien destino su tesis de grado a un primer estudio detenido del problema y canalizó por vez primera los diversos posicionamientos en tendencia a crear la denominada responsabilidad al contratar o *in contrahendo*.

ampliamente aquel parecer generalizado según el cual no podrían generar obligación alguna.

La primera posición indicó que la conjugación de voluntades casi nunca era simultánea, sino sucesiva; conducía a esta posición, el hecho de que el sujeto obligado a una acción u omisión determinada no lo estaba por la imposición de otra persona, sino por su propio convencimiento; posteriormente se planteó que así lo demandaban los supuestos más modernos del derecho y manifestaba ello en los intereses del tráfico. Por ejemplo, en las promesas de contrato, las promesas de fundación y recompensa, los títulos a la orden y al portador y las estipulaciones para otro, esos principios sirvieron de inspiración para las codificaciones alemana, suiza, brasilera, peruana y muchas otras que se consolidaron durante el siglo xx.

En España, por ejemplo, durante la segunda mitad del siglo xx se acogió jurisprudencialmente la nueva posición doctrinaria y se confirmó que el oferente quedará obligado conforme a los términos en que la oferta ha sido producida y a las reglas generales sobre contratación, pues si bien la oferta no puede ser por sí misma vinculante, en tanto no exista correlativa aceptación de la parte a quien va dirigida, para producir una obligación contractual, la misma si es suficiente para admitir que en ella nace una situación jurídica de la que pueden derivarse consecuencias relevantes para el Derecho, ya que crean en el mundo jurídico transformaciones que dinamizan los vínculos que las personas poseen, al crear, modificar o extinguir obligaciones. (Sentencia de 28 de abril de 1966 del Tribunal Supremo Español).

Todo lo anterior fue una lentísima y gradual reincorporación de una posición que si bien es cierto no era la regla general en el Derecho Romano, si fue aceptada por el mismo como una de las posibilidades de contraer obligaciones y generar derechos para dos partes atadas o unidas por una declaración, no por un vínculo obligacional, sino por la simple declaración de un persona que dentro de su fuero interno a bien tenía obligarse. Los romanos racionalizaban por regla general que las obligaciones eran originadas por el acuerdo de las partes contratantes, y planteaban como excepción, el escenario en que dichas obligaciones surgieran de la declaración de una sola persona. Nuestro Código de Comercio acogió las más modernas posiciones respecto de muchos temas de amplia discusión mundial sobre el derecho privado; de todos ellos podemos destacar la oferta como una de las

formas claras que se incorporaron y readecuaron en la legislación de forma vanguardista y en nuestro sentir, bastante más adecuada.

Ya hemos visto como el art. 846 del Código de Comercio se plantea la irrevocabilidad de la oferta, siempre que una vez hecha el oferente deba mantenerla, so pena de incurrir en responsabilidad *in contrahendo*. Criterio este traído de la legislación y de la doctrina europea de los siglos XIX y XX.

La responsabilidad *in contrahendo* está fundamentada en el principio de la buena fe o *bonusfides* de los romanos, que hace referencia a que quien alega la mala fe de alguien, deberá probarla¹⁴⁶. Nuestra Constitución tipifica la presunción de la buena fe en el artículo 83 que a su tenor literal dice:

Art 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Ello simplemente implica que toda actuación y declaración de los particulares es de buena fe hasta que simplemente se demuestre lo contrario en virtud de una prueba válida.

La responsabilidad *in contrahendo* tiene muy en cuenta esa buena fe de los particulares y tiende a afirmar el hecho de que los particulares contratan con la intención de obligarse de forma válida y de acuerdo a sus declaraciones. Esa responsabilidad *in contrahendo* se divide en dos partes a saber:

1. Interés de cumplimiento o positivo.
2. Interés o responsabilidad de confianza o negativo.

El primero de ellos hace referencia a que los contratantes, o en el caso particular, el destinatario, tienen la plena confianza de que el contrato a ejecutar o prometido se va a cumplir de acuerdo a lo que se ha pactado o de acuerdo a lo que el oferente ha declarado. Esa expectativa claramente genera derechos. Rodolfo de Ihering, el insigne maestro durante toda su vida de la Universidad de Göttingen en Alemania, fue el primer jurista que se ocupó de este tipo de interés;

.....
¹⁴⁶ Cabe especificar que el principio de buena fe, va más allá de probar la mala fe. Es una presunción que goza toda persona que se encuentra en el mudo jurídico, y que permite entre otras cosas originar la confianza legítima entre contratantes, ya que se entiende que cada uno actúa de manera recta y acorde a las leyes y a los patrones razonables de la sociedad.

planteando que debería haber un tipo especial de responsabilidad respecto de los precontratantes, basada simplemente en el principio según el cual si los contratos y las declaraciones de voluntad debían ejecutarse de buena fe, así también debían serlo en su formación¹⁴⁷. Cabe advertir que de este planteamiento es que surgió para el mundo jurídico, la conceptualización y el estudio de la responsabilidad precontractual.

Así pues, el interés de cumplimiento se refiere a que el contratante o el destinatario de la oferta en su caso, guardará en la inteligencia del contrato a que su co-contratante le cumpla completamente, en el tiempo estipulado y de forma íntegra en la que se obligó, mientras que la responsabilidad negativa o de confianza es una simple expectativa en la que el supuesto contratante confía en que la otra parte va a celebrar el contrato o a aceptar la oferta, es simplemente una expectativa de que no se causara daño alguno. Pero si por esta confianza una de las partes incurre en gastos, o se ve abocada a realizar algún tipo de esfuerzo o acto con el cual pretenda contratar, y no es posible, por la revocatoria de la propuesta inicial, la parte que causó esa confianza y ese detrimento tendrá que verse obligada a resarcir los gastos sufragados, con el ánimo de restituir las cosas a su estado inicial.

Requisitos de la oferta

Como ya lo hemos enunciado, los requisitos de la oferta deberán ser básicamente dos: uno, contener los elementos esenciales del negocio o contrato que se ofrece, y dos, ser comunicada en debida forma al destinatario; o lo que es lo mismo a través de medios idóneos¹⁴⁸.

Sin embargo, a efectos de precisar, es importante decir que deberá ser, como es natural, una manifestación de voluntad real, consciente, libre y que se exteriorice, teniendo un objeto lícito y una causa igual. De otra parte, no como requisitos jurídicos, sino de su inteligencia, deberá ser una oferta en firme, inequívoca, y precisa, y completa. Lo anterior porque de no ser así, simplemente no podría hablarse de oferta. No porque de pronto no reúna los requisitos legales, sino porque simplemente se haría incomprensible para el al destinatario.

147 Al respecto hay discusión en la doctrina pues Ihering en principio sostuvo que la responsabilidad era simplemente contractual, y De Ruggiero plantea que esta responsabilidad surge del principio *Neminem laedere*, con lo que se inclinaría más hacia la responsabilidad de tipo extracontractual.

148 Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. *Op., cit.*, P. 102.

Teorías generales del perfeccionamiento de la oferta

Existen tres teorías diversas del perfeccionamiento de la oferta.

Ya planteamos antes, que la oferta tiene que ser adecuadamente comunicada, debe usarse un medio de comunicación que sea captado por el destinatario. Debe ser inequívoca la manifestación de voluntad del oferente, tiene que ser clara porque las partes deben tener la seguridad de qué contrato es el que se va a llevar a cabo y cómo, esto es de qué forma y porque medios.

La primera de las tres teorías plantea que conocida por el destinatario la declaración receptiva de voluntad, el negocio se perfecciona. Esta teoría consiste en que el simple conocimiento de la oferta por parte del destinatario la perfecciona. No es necesario que este conozca el contenido de la oferta, con el simple acto de saber de su existencia la perfecciona. La segunda teoría, por su parte plantea que la oferta se perfeccionará una vez se haya emitido la propuesta en cuestión, su fundamento radica en que la oferta se perfecciona cuando sale de la esfera del proponente. La tercera y última teoría plantea que la propuesta se perfeccionará con el acto de conocimiento por parte del receptor, esto es por parte de la persona que recibe la propuesta o destinatario. Esta postura afirma que la oferta sólo se perfecciona cuando dicha propuesta llega al dominio del destinatario, cuando efectivamente la oferta entra en su esfera de control y el destinatario la conoce y entiende cuál es su esencia.

Entre ausentes, y cuando es por documento escrito (art. 851 C.Co.) la oferta se perfeccionará cuando el escrito ha llegado a manos del destinatario y ese tiene conocimiento del contenido del mismo.

La emisión no perfecciona, en este sentir, la oferta, por ejemplo, si se envía una carta y esta es recibida por el destinatario, pero no es leída, no se podría decir que en dicho acto se perfeccionó la oferta, ya que el destinatario aún no comprende las implicaciones de la propuesta formulada por el oferente. Sólo si el destinatario se entera a plenitud de las condiciones y elementos propios contenidos de la oferta, se considera que se cumplió el requisito *sine qua non* para que se perfeccione la oferta. En este ejemplo, para que el receptor se obligue, se tiene seis días para decidir, más el término de la distancia, como lo plantea la norma enunciada atrás, más el término de la distancia si el destinatario no reside en el mismo lugar o ciudad, municipio, etc.

Perfeccionamiento de la oferta en el derecho colombiano

Como ya lo hemos expuesto, comulgamos abiertamente con la posición según la cual la oferta se perfecciona cuando se ha verificado el acto de conocimiento por parte del destinatario, esto es cuando la parte a la que estaba dirigida la oferta ha tenido claro entendimiento de lo que el oferente pretende. Así entonces, el acto de conocimiento puede identificarse o no con el de recepción de la oferta, pero se perfecciona cuando inmediatamente al recibirla, el destinatario accede a conocerla al leerla o aprehenderla por su entendimiento¹⁴⁹.

Ocurre cosa diversa cuando transcurre un tiempo entre esa recepción por parte del destinatario y el momento de conocimiento de la misma oferta. Por ejemplo, cuando la carta ingresa a la esfera de dominio del destinatario por llegar la misma al domicilio o residencia del destinatario, pero este no tiene conocimiento de ella sino hasta varios momentos, días o incluso meses después, cuando revisa su correspondencia.

Se cree que la simple emisión no perfecciona la oferta, por cuanto esa emisión no garantiza que vaya a llegar a destinatario alguno, máxime cuando ese acto de conocimiento es un acto autónomo del destinatario, quien puede o no llegar a acceder al mismo, sin intervención alguna del oferente o sin que esa emisión tenga algún tipo de relevancia en el momento de ejecutarse ese conocimiento. Así mismo, también la legalidad ha previsto y la doctrina se ha preocupado por el perfeccionamiento de otras declaraciones.

Excepciones a la irrevocabilidad

Las excepciones a la irrevocabilidad de la oferta están dadas por la misma legalidad comercial en nuestro país y ellas son¹⁵⁰:

149 Al respecto cabe señalar que; "En general, el oferente no puede revocar intempestivamente la oferta durante el tiempo que sea necesario para que el destinatario declare si la acepta o la rechaza. Existe, pues, la obligación de mantener las ofertas una vez que han llegado a su destino". Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. *Op., cit.*, P. 104.

150 Cabe anotar que si el retiro de la oferta no se ampara bajo ninguna justificación que avale el ordenamiento jurídico, se entra en el campo de la responsabilidad. Al respecto Valencia Zea y Ortiz Monsalve han reiterado; "En consecuencia, la oferta adquiere cierta sustantividad en el sentido de que el oferente no puede revocarla sin comprometer su responsabilidad. Por lo tanto, la oferta sigue en pie aun en caso de muerte del proponente o de la incapacidad sobreviniente, pues la obligación de mantenerla se trasmite a los herederos". Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. *Op., cit.*, P. 104.

1° Que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria, cuando el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo que medie entre la expedición de la oferta y su aceptación (art. 846 C.Co.). Por ejemplo, cuando Juan ofreció un buen premio a quien le confeccionara el mejor vestido que usaría en su graduación, y emitida la oferta y antes del día de la graduación Juan fallece; o cuando se realizó una oferta de contratar con el mejor contador de la ciudad, que en el tiempo concedido para la aceptación cae en interdicción por un accidente; por ser un contrato de los dos llamados *intuitopersonae*, la oferta se desvanecerá. Específicamente, no es que la oferta se haya revocado, sino que simplemente los herederos de Juan o el destinatario contador u oferente, ya no tienen obligación alguna y por ende no incurrir en responsabilidad.

2° Cuando existía una justa causa para revocar la propuesta (art. 857 C.Co.), esto es que cuando de la inteligencia de la oferta y de los usos normales acostumbrados, se desprenda una razón lógica y valedera para deshacer la propuesta. Sin embargo, ello no tendrá aplicación respecto de las personas que hayan cumplido las condiciones de la oferta antes de su revocación. Al respecto es muy *sui generis* la ejemplificación que pueda hacerse, consideramos que quedará al arbitrio del juez considerar si se configura una justa causa o no para deshacer jurídicamente la oferta.

Esa revocatoria deberá ponerse en conocimiento de idéntica forma que la propuesta u oferta o en su defecto, por un medio equivalente. Creemos así mismo, que esa imposibilidad de hacer la comunicación de la revocatoria de igual o idéntica forma, deberá estar probada, ello en garantía de la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones entre los sujetos.

Al respecto, creemos que refiriéndonos a la irrevocabilidad de la oferta, únicamente tenemos esas dos posibilidades prescritas por nuestra legalidad.

Diferencias entre promesa, oferta y precontrato

Entre la promesa, la oferta y el precontrato existen diferencias que ya han quedado planteadas someramente atrás, pero que vale la pena reiterar a efecto de hacer claridad.

- El precontrato es un género en el que se enmarcan las declaraciones y tratos que tienen la finalidad de generar consecuencias jurídicas para dos o más posibles contratantes que quieran hacer uso de la autonomía de la voluntad.

Encierra este a las especies que ya han quedado mencionadas como la oferta, la opción o promesa unilateral, la promesa y para algunos la misma aceptación, que es el límite exacto entre la terminación de los actos precontractuales y el contrato en sí mismo considerado. Su finalidad, a fuerza de reiteración, es crear un “ambiente propicio” para las eventuales partes, ambiente en el cual se genere un deseado contrato.

- La oferta es una declaración receptiva de voluntad que pretende la creación de un contrato o negocio jurídico, en la que se generan obligaciones y responsabilidades para el oferente, como ya ha quedado dicho. La oferta es la primera declaración completa que tiende a la realización de un contrato y por lo mismo se crean para quien realiza deberes y obligaciones. Correlativamente crea expectativas y eventuales derechos para un destinatario que puede o no aceptarla.
- La promesa de contrato es en nuestra legislación un contrato en sí mismo, que genera para las partes derechos y obligaciones, específicamente crea una obligación de hacer, la de contratar en las condiciones estipuladas por los prometedores contratantes.

La aceptación

A su vez, cabe mencionar que esos contratos o convenciones pueden perfeccionarse de diversos modos, así, nuestra legalidad reconoce la aceptación expresa y tácita¹⁵¹. La aceptación expresa se refiere a manifestación de voluntad inequívoca y clara para aceptar el negocio, y el potencial nacimiento del contrato. La aceptación tácita al respecto está establecida en el artículo 854 del código de comercio, el cual la consagra como la conducta *manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho (...)*. Al respecto, basta sintetizar que la aceptación tácita es el acto significativo por el cual se deduce de la conducta la intención real de contratar y llegar a vincularse. De lo anterior, se deduce que la aceptación no siempre debe ser expresa, y que se puede configurar

.....
151 “Es expresa cuando el destinatario manifiesta mediante signos inequívocos la aceptación de las condiciones del contrato. (...) Es tácita cuando la respuesta se hace consistir en un acto del cual se deduce la aceptación, como cuando el destinatario comienza la ejecución del contrato”. Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. Op., cit., P. 106.

por el amplio margen que genera la manifestación del comportamiento al querer perfeccionar un contrato. Es importante también considerar que, cuando la aceptación se realice con una condición o se ejerza extemporáneamente, se considerará como una nueva propuesta. Este postulado está consagrado en el artículo 855 del mismo código.

Realizando una observación es necesario advertir que no siempre la aceptación tácita es pertinente, esta no resulta válida en los casos en que la ley exige la manifestación expresa de la voluntad, o cuando los contratantes han estipulado que sin la exteriorización enunciada no se producirán obligaciones. Un ejemplo de esto, es la modificación de las pautas que rigen un contrato de prestación de servicios.

Otro ejemplo ilustrativo es el que se establece en el artículo 2151 C.C., que regula por ejemplo la aceptación del mandato, respecto de las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos. Dándole cabida a la aceptación tácita o la expresa, como formas válidas de perfeccionar el contrato de mandato, e imponiendo la obligación de aceptar en un plazo determinado de tiempo o pena de incurrir en responsabilidad.

Perfeccionamiento de la aceptación

De otro lado, la aceptación se perfecciona cuando expresamente se aviene o se plega la voluntad de ese destinatario con la del oferente, y se ejecuta lo que previamente se había ofrecido, sin modificación alguna; pues si hay modificación de esta, se está en presencia de una nueva oferta, como atrás se planteó. En ese mismo momento podríamos decir que ha muerto la oferta para dar paso al nacimiento del contrato en sí mismo.

La aceptación puede tornarse también tácita cuando con actos se da comienzo a la ejecución del contrato que se había ofrecido, o a lo que previamente se había tenido como cierto en los actos preparatorios del contrato o tratos preliminares, este tipo de perfeccionamiento se dará cuando el oferente tenga conocimiento por cualquier medio idóneo de que su destinatario ha comenzado a ejecutar ese contrato que los dos, oferente y destinatario, pretendían naciera a la vida jurídica.

Sin embargo, creemos que si entre el conocimiento de la ejecución por parte del destinatario de la oferta y el acto de conocimiento por parte del primigenio oferente, ha transcurrido un tiempo, la aceptación, mas no el contrato se habrá

perfeccionado desde el comienzo de la ejecución de este por parte del contratante que antes era destinatario de la oferta. Surge la cuestión respecto de si retroactivamente el oferente, ahora contratante enterado, deberá atenerse a lo que previo a su enteramiento se haya ejecutado el mismo contrato; al respecto creemos que sí deberá atenerse a lo que su ahora co-contratante haya realizado; siempre y cuando el destinatario obre de buena fe y de acuerdo a lo pactado y siempre y cuando haya concurrido diligentemente a evitar la propagación no sólo de los perjuicios, sino del riesgo. Esto para terciar en interesantes discusiones arbitrales que se dan en nuestro medio.

Requisitos de la aceptación

Los artículos 850 a 855 del Co.Co. regulan detenidamente lo referente a la aceptación. La propuesta hecha entre presentes, deberá aceptarse o rechazarse en el acto de oírse, y se asimilará a la propuesta entre presentes, la hecha por teléfono. De otro lado, si la propuesta es hecha por escrito, esta deberá aceptarse o rechazarse dentro de los seis días siguiente a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, se sumará a los seis días anteriores el término de la distancia.

Al respecto, esa tipificación legal obedeció a lo imbricado de las comunicaciones, en el momento de expedirse nuestro Código de Comercio, que a su vez se fundamentó en códigos que a pesar de ser modernos, regían en países con problemas de comunicación en el momento de su expedición¹⁵². En virtud de todo lo anterior, para nosotros es claro que el término de la distancia se calculará dentro de la inteligencia, según el medio de comunicación empleado por el proponente para comunicar su propuesta u oferta (art. 852 Co.Co).

Sin embargo, las partes podrán pactar o en la oferta contener términos diferentes de aceptación. Nótese como estas normas no tienen el carácter de normas de orden público, sino meramente supletivas, y por lo mismo, pueden ser reemplazadas por la autonomía privada de los intervinientes en las negociaciones. Así mismo, y en concordancia con lo preceptuado en nuestro ordenamiento civil, se

.....
¹⁵² Así por ejemplo el BGB en Alemania que se expide en el año 1900, en el que la crisis política se veía venir a pasos agigantados o el Código de Derecho Privado Italiano que entra en vigencia en el año de 1942, en plena Segunda Guerra Mundial, en concordancia con ello nuestro país en el año de 1971, tenía no pocos problemas de comunicación terrestre, como bien lo dejan ver claro las actas de la comisión redactora.

•Los contratos•

tiene como posible la aceptación tácita de forma válida. Estará dada esta, cuando por hechos inequívocos se de ejecución al contrato o negocio propuesto, siempre que tales hechos sean debidamente comunicados al proponente o por lo menos él tenga, de alguna forma, conocimiento de ellos; y se dará, entonces, iniciación al contrato (art. 864 Co.Co.).

La aceptación extemporánea o emitida luego del plazo pactado se ve en nuestra legislación como una nueva oferta; pues las modificaciones hechas por el primer destinatario, dentro de su nueva oferta, extinguen la antigua oferta y crean una nueva, en la que ese destinatario se convierte en oferente y el primigenio oferente en destinatario; del mismo modo, la aceptación condicional se ve como una nueva oferta.

La policitación

El artículo 848 del C. Co plantea lo referente a la oferta pública también llamada por alguna parte de la doctrina *policitación*¹⁵³. Como ya lo advierte la norma, esas especies de ofertas, que hagan los comerciantes, serán obligatorias mientras esas mismas mercancías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al anuncio.

Respecto de la policitación es necesario decir que fueron también los romanistas de la época de la codificación francesa quienes se refirieron de nuevo ampliamente al tema y retomaron la figura en sí. En efecto, en la antigua Roma, era una de las dos escasas posibilidades en que se reconoció fuerza vinculante a una declaración de voluntad unilateral. La *pollicitatio* era una promesa hecha a un municipio a causa de un honor recibido o en virtud de una justa causa; junto con el *votum*, que consistía en otra promesa unilateral a favor de una divinidad o dirigida a un fin piadoso. Estas constituían tal vez las dos únicas excepciones a esa generalizada regla que propendía por el concurso de voluntades para que surgieran obligaciones y derechos.

.....
153 El artículo mencionado a su tenor literal:

Art. 848. Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, será obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público, también lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio.

Ese criterio absolutista se mantuvo con más fuerza, ya que esas dos excepciones, (el *votum* y la *pollicitatio*), fueron desapareciendo y ante su ausencia se tuvo una inmejorable base para proponer en las codificaciones, como única fórmula consagrada de crear obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad, el concurso de las mismas. Contrario a la creencia que tenían los doctrinantes de esa época, esa pollicitación no es obligatoria, a menos que, como lo plantea nuestra legalidad ese pollicitante al hacerla, claramente manifieste su voluntad de comprometerse en favor de quien la acepte, o de otro lado, se cree un término o condición para que esa misma oferta pública se extinga.

La simple pollicitación está definida también como la invitación a personas indeterminadas a formular ofertas respecto del negocio de que se trata; por su parte la pollicitación compromisoria es aquella en la cual el pollicitante se obliga de antemano a aceptar la oferta que reúna las condiciones enunciadas, o a obligarse con la primera en formularse y que las reúna.

Podemos enumerarlas así:

1. La propaganda escrita, siempre y cuando reúna los requisitos del Artículo 848 ya transcrito.
2. Las exhibiciones de mercancías.
3. Las licitaciones públicas y privadas.
4. La promesa de premios.

Al respecto cabe anotar que, si al momento de la aceptación se han agotado las mercancías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por una justa causa reconocida obviamente por nuestra legalidad.

En este punto cabe anotar que, disintiendo de las doctrinas dominantes en nuestro país, creemos que si existe una teoría del negocio jurídico en Colombia que permite hablar de declaraciones de voluntad unilaterales dirigidas a lograr el perfeccionamiento o la conclusión de los contratos.

Si bien no es muy sistemática la regulación, pues se ha de estar yendo entre la regulación de la oferta y la aceptación del código de comercio y la del contrato contenida en el código civil, se puede plantear claramente que existe una teoría del contrato que presupone una teoría del negocio jurídico unilateral, como la oferta o la aceptación. Las dos deben ser entendidas y articuladas correctamente, para que los estudiantes puedan tener un mínimo dominio de la complejidad normativa y negocial.

Algunas consideraciones sobre los vicios del consentimiento

Dentro de nuestro estudio vale la pena subrayar la importancia de algunos de los institutos que son trascendentes para entender la dinámica obligatoria actual. Al respecto, el dolo con el que una empresa puede obrar respecto de un consumidor es de vital importancia.

Disuadirlo, obligarlo a contratar. Temor reverencial no basta para viciar el consentimiento (art. 1513), para que el consentimiento se vicie no es necesario que la fuerza sea ejercida por aquel que es el beneficiario (art. 1514).

Dolo

Se encuentra regulado en el *artículo 1515* y puede ser *de una de las partes*. No vicia el consentimiento sino cuando proviene de alguna de las partes y cuando queda absolutamente claro que, sin el dolo no se hubiera contratado. Cuando la contraparte en mala intención lo obliga a contratar en perjuicio de sus beneficios.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él. El dolo se debe probar y se presume en un caso específico (art. 1519). Es importante manifestar que esta norma debe articularse con la ley 1480 de 2011 o estatuto del consumidor.

Clasificación del dolo

El dolo puede ser positivo o por acción, o puede ser negativo por omisión. Existe también un dolo incidental (no mala fe), dirimente (mala fe) o tolerado. Parece importante mencionar que el dolo cometido por una empresa, si tiene una regulación, que es precisamente la que se está comentando y por lo mismo, no le asiste razón a quien afirma que esas situaciones no han sido previstas claramente por el nuevo estatuto. Al respecto, cabe mencionar que la interpretación sistemática del ordenamiento debería permitir al fallador, en este caso a la Superintendencia de Industria y Comercio, acudir a esta normatividad general para complementar la especial que se contiene en el estatuto.

Objeto

Requisitos

Entramos a analizar los requisitos de validez de la prestación. En primer lugar, la prestación debe considerarse como posible, en segundo, esta debe tener el carácter de *lícita*, en tercer lugar, debe ser determinada o determinable y por último debe ser la prestación susceptible de ser evaluada en dinero¹⁵⁴. Es decir, la patrimonialidad de la prestación se hace un requisito indispensable para que esta pueda nacer a la vida jurídica.

Posibilidad

La prestación para que pueda finalmente llevarse a cabo (pues por tal razón es que las partes se obligan) debe ser enteramente posible; posibilidad que se aprecia mejor cuando se demuestra la imposibilidad de los hechos. La imposibilidad puede apreciarse desde dos puntos de vista, el primero de ellos hace caso a las leyes de la naturaleza y, a lo que se nos es imposible dado el orden físico sobre el que el universo descansa, es tal la imposibilidad física, v.gr; establecer como prestación una conducta que ignore las leyes de la gravedad o las restricciones físicas del hombre como pretender volar; el segundo, hace referencia a la imposibilidad jurídica o imposibilidad de derecho, como cuando se pretenden prestaciones que no pueden surtir efectos o ni siquiera nacen a la vida jurídica, por ejemplo la venta en Colombia de armas por parte de un particular, ya que el ordenamiento establece que todas las armas son del Estado, por lo cual, él es el único que potencialmente podría celebrar dicho negocio.

La imposibilidad de la prestación debe ser absoluta, es decir, que no sea posible para persona alguna; tal consideración se apoya en el principio romano *ad impossibilia nemo tene tur*, esto es que a lo imposible nadie está obligado; pues el derecho es ante todo lógico y por tal razón no puede amparar los pactos que contravienen el sentido común. La imposibilidad absoluta también ha sido llamada imposibilidad *objetiva*, puesto que no hace apreciación alguna ya sea en cuanto a las personas o

.....
154 Cabe resaltar que no en todas las ocasiones el avalúo de la prestación se hace propiamente en dinero, este es el caso del daño moral.

•Los contratos•

en cuanto a las condiciones o circunstancias, simplemente es imposible para todo el mundo. Este tipo de imposibilidad se contrapone a la imposibilidad *subjetiva*, que sólo involucra a una persona determinada puesta en condiciones específicas, ejemplo de tal es la insolvencia, ya debido a que al deudor se le hace imposible cancelar la deuda contraída ya a circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afecten la viabilidad del pacto respectivo. Aun así, reiteramos que sólo tiene cabida desde lo jurídico la imposibilidad absoluta.

Alguna parte de la doctrina ha deslindado la imposibilidad en otras clasificaciones como son, la imposibilidad *originaria o subsiguiente*, la originaria es la misma imposibilidad jurídica o física ya manifiesta en el momento en que se están obligando las partes, la subsiguiente es aquella que surge con posterioridad al nacimiento del vínculo jurídico, como cuando se ha pactado una obligación de género determinado y por causas externas este desaparece, ejemplo tal; la entrega de cien barriles de petróleo del oleoducto x, los cuales debido a la destrucción total del oleoducto por motivos inesperados se hacen imposibles de ser entregados.

La imposibilidad del objeto de la obligación, en sentir de una parte de la inveterada doctrina¹⁵⁵, puede deberse también al acaecimiento de circunstancias que hagan excesivamente onerosa la obligación, ya que se produce una alteración de la situación en que se estaba al momento de realizarse el contrato debido a hechos imprevisibles e irresistibles. Y aunque esta tesis ha sido objeto de persistentes críticas, sus defensores encuentran sólidos argumentos en lo que se ha llamado la Teoría de la Imprevisión¹⁵⁶.

La teoría de la imprevisión busca hacer una revisión de las condiciones en que se obligaron las partes, de tal modo que si se presentan circunstancias que trastocan la finalidad para una de ellas, el negocio se dé por no celebrado, o se modifiquen las condiciones en las que fue celebrado, pues actualmente las partes se encuentran en una situación en la que jamás hubiesen contratado o lo habrían hecho de

.....
155 *Ibidem*.

156 Confrontar: Castro Ayala, José. *De la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos de mutuo pactados en UPAC: análisis jurídico de la procedencia de la institución*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005. ISBN: 9588255155.

y; Castro Ayala, José. *Aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves comentarios al caso colombiano*. Universidad Católica de Colombia. 2013 ISBN: 978-958-8465-48-7.

forma distinta y que representa para el cumplimiento de la prestación una carga excesivamente onerosa, siendo esta realmente imposible para la parte obligada.

Aunque son muchos los argumentos que buscan derribar esta manera de considerar la imposibilidad de la prestación, y sin ser objeto del texto, es conveniente citar al menos uno de ellos, siendo fundamental aquel que se justifica en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor se establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales. Siendo así, es factible que pueda considerarse imposible la realización de la prestación según la discrecionalidad que maneje el juez del caso, quien es a quien le compete hacer el análisis sobre el tema.

También se ha planteado la imposibilidad *total o parcial*, según recaiga sobre toda o parte de la prestación. Puede darse imposibilidad parcial en el caso en que una prestación tenga por objeto dos objetos de especie o cuerpo cierto y uno de ellos desaparezca, al ser considerado un objeto de cuerpo cierto como aquel totalmente individualizado de tal modo que no pueda confundirse con los otros de su misma especie y la pérdida del mismo hace imposible el cumplimiento de la prestación. En caso de que la prestación sea de género, en caso de perecer el objeto, la obligación puede cumplirse.

Licitud de la prestación

La prestación debe ser ante todo lícita para que sea capaz de producir efectos jurídicos. Una prestación es ilícita cuando trasgrede las normas jurídicas, la moral y las buenas costumbre. Es así, como estos parámetros determinan la licitud o ilicitud de las acciones humanas y por ende de las prestaciones; cuando una norma jurídica prescribe determinada acción, la ilicitud se presenta de forma clara y precisa. En cuanto a las dos últimas, la doctrina ha pronunciado lo siguiente:

La noción de buenas costumbres se refiere esencialmente a la moral jurídica, es decir, a los principios morales practicados por los ciudadanos que obran con lealtad y honradez. El derecho difiere de la moral, pero ello no indica que se desinterese de la moral media practicada por el pueblo¹⁵⁷.

157 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, Tomo I.

La ilicitud de la prestación puede deberse a que contienen objeto ilícito, ejemplos de esto son los siguientes artículos, el 1519 del Código Civil define el objeto ilícito como todo aquello que contraviene al derecho público de la nación, es decir, todo aquello que va en contra de la normatividad jurídica. El artículo 1520 establece como objeto ilícito el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva aun con la aceptación de esta última¹⁵⁸, y el artículo 1521, que es el que más ha trabajado la jurisprudencia nacional, establece el objeto ilícito en las enajenaciones de las cosas que se encuentran fuera del comercio, de los derechos o privilegios personalísimos y las cosas que han sido embargadas por decreto judicial.

La prestación también puede considerarse ilícita por el hecho de que la contraprestación de una de las partes es ilícita, o porque contiene una causa ilícita, es decir, el motivo que induce al acto o contrato está en contradicción con la ley, las buenas costumbres y el orden público, como la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral (art. 1524).

Determinación

La prestación debe estar totalmente determinada, de este modo se le impedirá al acreedor exigir caprichosamente o arbitrariamente una prestación cualquiera, excepto cuando se trate de obligaciones facultativas o alternativas, y se evitará que el deudor se libere de la obligación con una prestación irrisoria o ínfima. Si las partes en el momento que el negocio nace a la vida jurídica no determinan la prestación (*ab initio*), pueden al menos establecer las pautas para que la prestación sea determinable (*a posteriori*).

Se considera una prestación determinable cuando las partes han estipulado que la prestación será determinada por la designación que haga de esta un tercero cuya facultad puede otorgársele restringida o ampliamente, también puede darse una determinación *a posteriori* si se establece la prestación con referencia a otro hecho, por ejemplo, la determinación del precio de cien sacos de café dependerá del valor con que cierre la bolsa de una ciudad dentro de quince días.

Puede darse el caso en que una de las partes tenga la facultad de determinar la prestación, siempre y cuando lo haga con base en unas pautas previamente

.....
 158 El Código General del Proceso se estableció la figura de la partición de patrimonio en vida.

establecidas y en razón del equilibrio y la equidad que debe mediar entre el interés del acreedor y el del deudor.

Patrimonialidad de la prestación

La patrimonialidad de la prestación tiene que ver con el hecho de que necesariamente esta sea susceptible de ser evaluada en dinero, este requisito encuentra su fundamento en que de no ser así el acreedor, ante el incumplimiento de su deudor, no podría exigirle su equivalente en dinero o no podría acceder al patrimonio del mismo.

Sin embargo, algunos autores han estimado que no debe la patrimonialidad constituirse como requisito esencial, pues no siempre el interés del acreedor es de índole económico, sino que puede tener un fin extrapatrimonial como beneficiar a un tercero, separándose así del interés de acrecentar su patrimonio. Con relación a este criterio que niega la patrimonialidad de la prestación, la doctrina advierte que debe distinguirse entre el interés del acreedor por la prestación y la prestación misma. Es pues aceptable, que el interés del acreedor por la prestación pueda tener un carácter extrapatrimonial como el hecho de obtener beneficios para otros, no obstante, la prestación misma no puede separarse de su apreciación en dinero por los motivos inicialmente expuestos.

Otra parte de la doctrina considera que la duda quedaría totalmente esclarecida, si se tuviesen en cuenta los momentos que comprende la obligación, es decir, el débito y la *responsabilidad*, ya que el débito puede por lo general carecer de un interés patrimonial, pero en términos de responsabilidad se hace imperativa la apreciación del dinero, ya que si el deudor es responsable debe indemnizar al acreedor, indemnización que sólo puede concebirse en términos económicos, bajo el instituto del subrogado pecuniario, más los demás perjuicios ocasionados a la víctima. La indemnización de perjuicios al tenor del artículo 1613 del Código Civil está comprendida por el daño emergente y el lucro cesante, que se entienden, el primero como la pérdida sufrida y el segundo como la ganancia frustrada, todo como consecuencia del incumplimiento de la obligación (art. 1614 C.C.). Estos dos conceptos obedecen sin excepción alguna a una valoración patrimonial, razón por la cual no puede negarse la patrimonialidad como requisito substancial.

Con relación a este tema, ha llegado inclusive a decir la doctrina, que en el vínculo obligacional no es el deudor como persona quien debe a otra acreedora, sino que es un patrimonio que debe a otro determinado patrimonio; y las personas entre las que parece surgir el vínculo no son más que órganos representantes, subrogables por otros¹⁵⁹. De tal forma que si se falta con la prestación adquirida, quien sufre la carga de la indemnización es el patrimonio del incumplido, no siendo más que un bien económico el objeto de la prestación. Por supuesto no compartimos tales apreciaciones, pues las obligaciones y los derechos se establecen siempre entre sujetos particulares, pero la cita es pertinente para reducir el requisito de la patrimonialidad de la prestación a un elemento puramente descriptivo.

En síntesis, si bien el acreedor puede tener un interés extrapatrimonial en la prestación, la prestación como objeto de la obligación se expresa necesariamente en dinero, ya que este equivalente le permite al acreedor hacer que su prestación sea sustraída del patrimonio del deudor incumplido, así lo establece el artículo 1615 al estipular que se debe la indemnización de perjuicios desde el momento en que el deudor se ha constituido en mora o desde que ha contravenido la obligación de no hacer.

Imposibilidad jurídica: Derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona

Las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. No se puede enajenar la totalidad del patrimonio, es un negocio nulo.

Causa (teoría de la consideración)

Exige la ley, adicionalmente, que todo negocio o contrato tenga una *Causa* (real y lícita), para anotar a renglón seguido que la mera liberalidad es causa suficiente de los contratos. Así, carecen de causa, en los ejemplos más utilizados por la dogmática nacional el *pago de una deuda inexistente, la recompensa por la realización de un crimen*.

.....
159 Polaco, Delladazione in pagamento. Citado por Álvaro Pérez Vives en: *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 1957. P. 6.

La causa es el motivo que induce al acto o contrato que no esté prohibida por la ley, o sea, contraria a las buenas costumbres y al orden público. No es necesario expresarla, la mera liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Causa real verificable judicialmente.

No hay derecho de repetición o restitución, de lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas (art. 1525).

Sanciones al negocio jurídico

Cuando falta algún elemento esencial del contrato: consentimiento, capacidad, objeto, causa o alguna formalidad, surge la impugnación. El juez civil es el que conoce de ella y será declarada, incluso de oficio, cuando se trata de objeto ilícito o causa ilícita, ausencia de formalidades, o incapacidad absoluta. Los demás vicios acarrearán sólo la nulidad relativa y únicamente puede ser declarada a petición de parte y en beneficio de esa misma parte.

La nulidad deberá, cuando es absoluta, ser declarada en el marco de un plenario que exigía incluso otras pretensiones, en referencia al contrato. Así, cuando en un proceso declarativo de resolución de contrato, el demandante haya pedido que se restituyan las cosas al estado anterior a la celebración del mismo contrato incumplido, si el juez advierte una causal de nulidad absoluta, deberá declararla oficiosamente (y deberá hacerlo) a las voces el artículo 1742 del C.C., apartándose de conceder las solicitudes hechas por el demandante.

Los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan o en el evento que se renuncie a la acción de nulidad.

Acción de simulación

Esta acción, que prescribe a los 10 años de haber sido descubierta, puede ser alegada por las partes o terceros relativos que tengan un interés cierto, directo y patrimonial: acreedores, causahabientes, cónyuge, sobre los efectos patrimoniales del negocio ficto. La simulación se derivó del artículo 1766 del Código Civil y comporta no sólo el paradigma de las acciones de impugnación de terceros frente a negocios jurídicos fraudulentos, sino también un principio de libertad probatoria. Fue el gran Luis Muñoz Sabaté quien desarrollo toda la teoría de la Heurística, por

virtud de la cual el juzgador puede llegar a hechos desconocidos, a través de reglas de la experiencia, que concurren en casi todos los actos y negocios simulados.

La simulación se diferencia de la reserva mental, en que la primera es un acuerdo defraudatorio entre dos o más personas, para fingir una negociación que siendo espurea, brinda ventajas patrimoniales a una de ellas o a las dos. Como cuando v y c deciden vender simuladamente un inmueble para distraerlo del patrimonio de v quien tiene una deuda inmensa con A. De manera tal que A no podrá ya perseguir el bien inmueble que ha salido del patrimonio de v, por cuanto de manera ficta y mentirosa ese bien fue puesto a nombre de C, quien estuvo de acuerdo en defraudar de esa manera la confianza de A. La reserva mental por su parte es individual, no requiere de un *concilium fraudis*, sino que se concreta en la divergencia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad real de un particular; y si bien hemos dicho que de acuerdo al artículo 1618 del C.C. debe prevalecer la intención real de los contratantes sobre la literalidad de las palabras, no es menos cierto que en términos objetivos es muy difícil probar la verdadera intención del sujeto equívoco.

Así, la simulación, puede entenderse como un negocio jurídico ficto cuyos efectos jurídicos no son queridos por las partes, existe una divergencia consciente entre la voluntad real y la voluntad declarada.

Por último, cabe anotar que el principio de la relatividad de los contratos, se ha modificado en parte, pues si bien clásicamente comportaba que el contrato sólo afecta a las partes y ellos eran los únicos que podían exigir el cumplimiento o la resolución del mismo, hoy día, por lo menos en materia de consumo, o a través de las acciones populares y de grupo de la ley 472 de 1998 o de las así llamadas *action class*, pueden los jueces interferir en la validez, comprensión, interpretación y ejecución de otros contratos de consumo. Lo propio es autorizado por la ley 1480 que contiene el estatuto del consumidor. Así, un producto que presenta defectos comprobados en juicio, como los frenos defectuosos de algunos vehículos Toyota, pueden dar lugar a que los jueces tomen la iniciativa de investigación y correspondientemente condenar no sólo a indemnizar la totalidad de los perjuicios causados a los consumidores, sino al retiro de los productos defectuosos del mercado y a un compromiso verificable de eliminación de los defectos peligrosos para los particulares, sólo por mencionar un famoso ejemplo en Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica. Algo similar ocurrió con la reposición de minutos

ordenada a todos los usuarios de los sistemas telefónicos celulares en Colombia. Se insiste en la idea: esos mecanismos deberían estar fortalecidos por la comprensión de la autonomía privada, como principio constitucional y por supuesto, como derecho fundamental.

Obligaciones puras y simples

En principio toda obligación es pura y simple, es decir, aquella obligación con efecto inmediato e inminentemente exigible desde el momento en que mediante la autonomía privada de las partes o por cualquier otra fuente de las obligaciones nace a la vida jurídica. Cuando no se dan de esta forma se considera que la obligación está sometida a modalidades, circunstancias especiales o acontecimientos que pueden ocurrir o no ocurrir y que modifican tanto el nacimiento, extinción, ejercicio o exigibilidad de la obligación. La modalidad es una de las excepciones a la norma general que toda obligación es pura y simple; la modalidad se constituye entonces como excepción que puede nacer tanto de la ley como del convenio de las partes.

De acuerdo con lo anterior, las modalidades son ciertos acuerdos accidentales que se insertan en una obligación para modificar sus efectos, sin embargo, en el comercio jurídico actual se puede apreciar que la actividad humana cotidiana crea obligaciones que en su mayoría están sometidas a modalidades, estableciéndose así más como regla general que como excepción. Un ejemplo de esto, es la exigibilidad del pago entre comerciantes que operan en los centros de abastecimiento de las grandes ciudades del país, es común que la parte que adquiere los productos no cancele inmediatamente el costo de los productos que adquirió, sino que está sujeto a un tiempo determinado, el cual está previamente acordado entre las partes.

Las modalidades se dividen en tres clases: *Condición, Plazo; Carga o Modo*.

Plazo

El plazo o término también está compuesto por dos elementos, un hecho futuro y la certeza respecto a este último. El artículo 1551 del Código Civil define el plazo como la época fijada para el cumplimiento de la obligación. Esta definición con respecto al plazo suspensivo. No obstante, del plazo también puede pender la extinción de un derecho, siendo el caso del plazo resolutorio. Así, el suspensivo se da cuando se pactan 30 días para que el pago de una suma de dinero prestada se haga exigible, pero es extintivo cuando en un contrato de prestación de asesoría profesional se dice que tiene vigencia de un año. Luego de ese año, no tendrá la empresa asesorada que seguir pagando las sumas acordadas con el asesor.

El plazo puede ser como lo describe el artículo anteriormente mencionado, *expreso*, si lo estipulan las partes en el contrato ya sea de manera verbal o escrito, o *tácito*, si a pesar de no haber sido pactado se desprende de la relación en que se encuentran las mismas, ya que es absolutamente indispensable para que el deudor cumpla su obligación, de lo contrario, puede incluso convertirse en una obligación natural. Plazo tácito es el absolutamente indispensable para que el deudor pueda cumplir su obligación. El plazo *legal* es el señalado expresamente por la ley. El plazo judicial es el que señala el juez cuando la ley lo autorizase para ello, según el inciso 2° del artículo 1551 el juez tiene la facultad para fijar el plazo cuando este sea totalmente ambiguo o sobre él difieran las partes.

Dentro del plazo *voluntario* se encuentra tanto el plazo expreso o tácito, es decir, se constituye como el que las partes han fijado. Plazo *determinado* es el que se sabe cuándo va a verificarse o cumplirse. Plazo *indeterminado* es el que no se sabe cuándo pero hay certeza respecto al acaecimiento del hecho, inexorablemente debe cumplirse. Ejemplos de tal es la muerte de cualquier sujeto puesto que es un hecho cierto, aunque no se sabe el día exacto en que ocurra.

Sin embargo, la clasificación más importante se divide en *Plazo Resolutorio* el cual libera hacia el futuro al deudor de la obligación pactada y *Plazo Suspensivo*, el cual detiene o suspende el cumplimiento y la exigibilidad de la obligación.

El acreedor no puede exigir el pago de la obligación antes de haber expirado el plazo, no obstante, existen ciertas excepciones para que la obligación aun así

sea exigible (Art. 1553 C.C.); en primer lugar, cuando el deudor se haya constituido en quiebra o en una evidente insolvencia; en segundo lugar, cuando al deudor se le han extinguido o hayan disminuido de valor las garantías o cauciones, en este último caso el deudor podrá pedir el beneficio del plazo y renovar o mejorar sus cauciones.

Empero, en el plazo sí existe obligación y por lo tanto esta ha nacido a la vida jurídica. Si dado el caso, el deudor paga antes de cumplirse el plazo, este no tiene derecho a repetición, puesto que el pago realizado es totalmente válido ya que se está frente a la existencia de una deuda. Esto obedece a que el plazo se establece inicialmente en favor del deudor, por lo que puede renunciar a él por mandato del artículo 1554 del Código Civil, a menos que exista estipulación en contrario o la renuncia contrarie los intereses del acreedor.

Caso 9: una persona recibió una tarjeta de crédito con el propósito de activarla si lo consideraba necesario. Meses después se comunicó con el banco para informar sobre la solicitud de activación de la tarjeta de crédito, sin embargo, la entidad determinó que esto no era posible pues se había encontrado que la actividad que él desempeñaba (como pastor de una iglesia cristiana) se encontraba dentro de las excluidas en las políticas de crédito fijadas por la subgerencia de crédito. Esto ocurrió cuando en el banco C sí le autorizaron dos tarjetas de crédito, sin aducir que su actividad era óbice para el uso de estas¹⁶⁰.

Indicación Corte Constitucional. Sentencia T-763 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Llama la atención que los créditos hipotecarios adquiridos con la finalidad de adquirir vivienda no hayan podido ser cancelados anticipadamente en nuestro país bajo el argumento de que el plazo no estaba pactado sólo a favor del deudor, sino también del banco prestamista. Al respecto, cabe iterar la reflexión de que un Estado social y democrático de derecho, que no haya incorporado políticas sociales serias, debe tener dentro de su justicia constitucional instrumentos que permitan la realización de los DESC, y por lo mismo, los jueces civiles y constitucionales deben procurar la posibilidad de que los usuarios del sistema financiero que se endeuden

.....
160 Corte Constitucional. Sentencia T-763 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

para materializar su derecho a una vivienda digna, puedan tener tratos especiales, entre otras, con respecto a la interpretación de los plazos y los abonos anticipados.

El plazo puede encontrarse al igual que la condición en un estado pendiente o cumplido, sólo que a diferencia de esta, no se encuentra en un estado fallido puesto que respecto al plazo no hay incertidumbre, siempre habrá de cumplirse. Si hablamos del plazo extintivo mientras está pendiente, la obligación es pura y simple; una vez cumplida la obligación se extingue, sin que se produzcan efectos *ex tunc* o *ex nunc* puesto que no hay incertidumbre al respecto y la obligación tenía tal límite de tiempo para su desaparición de la vida jurídica.

Con relación al plazo suspensivo, mientras se encuentra en estado pendiente, la obligación no será exigible, por lo tanto, no hay lugar a que corra la prescripción ya que la inacción del acreedor es obligatoria; no pueden compensarse las prestaciones, ya que uno de los requisitos para que opere la compensación es que se trate de prestaciones exigibles¹⁶¹; además, el acreedor puede entablar medidas conservativas. Una vez cumplido el plazo la obligación es pura y simple.

El plazo se extingue por vencimiento, renuncia o caducidad. El vencimiento ocurre cuando el plazo se ha cumplido, es decir, que la época fijada ha llegado y se hace exigible o se extingue la obligación. La renuncia sucede cuando el deudor decide cumplir antes del plazo o termino fijado para su prestación, claro está, si no existe estipulación contraria o la renuncia del plazo no afecta los intereses del acreedor. Por ejemplo, la renuncia anticipada del plazo en el mutuo con interés afectaría la posibilidad del acreedor de devengar un beneficio adicional al préstamo de dinero.

Por último, se da la caducidad cuando el plazo se extingue anticipadamente a la fecha convenida, las causas para que el plazo caduque tienen que ver con el rompimiento de la confianza que el acreedor deposita en el deudor y que no le es posible mantener al primero, ya que sus intereses se ven afectados debido a la quiebra o insolvencia del deudor y, o, a la disminución o extinción de las cauciones como anteriormente se había anotado.

.....
161 Cabe advertir que este fenómeno ocurre en la mayoría de las ocasiones, pero hay casos en lo que no se puede ejercer la compensación, como por ejemplo en la liquidación, en donde por más que se exige una obligación esta no podrá ser compensada.

La caducidad del plazo se da una vez el deudor haya sido declarado en quiebra,¹⁶² o como actualmente se denomina, insolvencia. Se considera a una persona en estado de insolvencia cuando, aunque su pasivo sea inferior a su activo, el capital que posee se encuentra materializado en bienes con los que le es imposible cancelar deudas; es decir, que puede declararse como una persona en estado de insolvencia aun siendo capital, pero ilíquido¹⁶³.

En cuanto a la segunda causa para que caduque el plazo; se considera a un deudor insolvente cuando su pasivo es superior a su activo, la insolvencia es susceptible de ser declarada judicialmente y puede abrirse concurso de acreedores contra el deudor a la vez que se solicita la declaración de exigibilidad de la obligación aun así no se haya vencido el plazo (art. 1553 C.C.). Con relación a la última causa de caducidad del plazo es posible que aunque el deudor no posea un estatus de prestigio entre los comerciantes, el acreedor acceda a conferir un crédito al deudor en razón a las cauciones con las que este respalda la deuda. La disminución del valor o extinción de las cauciones por culpa o hecho del deudor afectan la garantía del crédito en favor del acreedor, sin embargo, aun siendo así, el deudor posee un beneficio de plazo, tiempo en que puede renovar o mejorar sus cauciones.

Estas cauciones no abarcan toda la prenda general de garantía que tiene el acreedor en el patrimonio del deudor, sólo se refieren a cauciones determinadas como son la prenda y la hipoteca; si no se da de esta manera el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento del plazo, a menos que el deudor se encuentre en estado de liquidación forzosa o insolvencia notoria.

Condición

El término condición tiene diferentes sentidos o acepciones desde el punto de vista jurídico. Puede ser considerado como condiciones de existencia del Negocio Jurídico, requisitos esenciales a los que hace referencia el artículo 1501 del Código Civil; también este vocablo hace relación en la órbita jurídica a las condiciones de validez consagradas en el artículo 1502 del Código Civil y, por último, puede corresponder a las condiciones de eficacia del negocio jurídico, en la medida en

162 La expresión quiebra fue sustituida por la ley 222 de 1995 en donde se reemplazo la por la liquidación forzosa u obligatoria. Esta ley a su vez es este aspecto fue cambiada por la ley 1116 del 2006.

163 No sólo por esta figura una persona puede declararse en insolvencia, también lo puede hacer si entra en un estado de cesación de pagos, o aun teniendo bienes está en una incapacidad de pagos inminente.

que en este se pacten cláusulas que devengan interés sólo para las partes y que puedan producir efectos jurídicos que no están prohibidos de forma imperativa.

En síntesis, se puede hablar de condición en términos jurídicos en dos sentidos totalmente diversos: el primero de ellos es aquel del que surgen las normas jurídicas generales y abstractas que el legislador tiene en cuenta para pensar, realizar y expedir la legislación, V.g., en materia penal se exige la condición de que alguien incurra en una de las conductas punibles determinadas por el correspondiente código, para que se haga acreedor a la sanción para esa conducta ha previsto el Estado desde esa misma legislación. Así, si alguien mata a otro se hará acreedor a la sanción legal correspondiente, de donde se desprende sin más, que la condición legislativa es primordial para poder determinar la responsabilidad penal de una persona¹⁶⁴.

Pero la voz, condición como modalidad de la obligación, hace referencia a *un hecho o acontecimiento futuro e incierto del que depende la consolidación o extinción de un derecho* (art. 1530 C.C.). La condición está entonces formada por dos elementos que se hacen indispensables: el primero, un hecho futuro y el segundo, la incertidumbre del mismo. Este último requisito radica en un hecho objetivo que realmente es incierto¹⁶⁵. Si se trata de una obligación positiva respecto a un hecho pasado, entonces esta se entenderá como pura y simple.

La condición puede ser tanto positiva como negativa si consiste en el acontecer de una cosa, o en la abstención o no acontecimiento de un hecho. Además, la condición positiva debe ser física y moralmente posible para que pueda ser viable su cumplimiento, así lo preceptúa el artículo 1532 del Código Civil; se considera físicamente imposible cuando contravienen las leyes naturales y la lógica humana en ese momento establecidas, así por ejemplo, si hace varios siglos se hubiera hecho un contrato en el cual se garantizaba el transporte aéreo de cualquier mercancía, se hubiera considerado imposible, pero en la actualidad es un contrato que esta ajustado a las reglas de la experiencia normal de la vida mercantil. Cabe decir

.....
164 En ese sentido existe doctrina que menciona que además de ese requisito es necesario que al autor del delito se le haya sometido a un juicio justo, lo que es una condición, no legislativa en estricto sentido, sino procesal y más que todo de política judicial.

165 Hinestrosa Forero, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. Volumen 1. Universidad Externado de Colombia. Colombia 2002. P. 422.

•Modalidades de las obligaciones.

además, que se considerará que la condición no es ejecutable cuando acarrea un hecho constituido como ilícito u opuesto a las buenas costumbres y al orden público.

La imposibilidad desde el punto de vista jurídico debe ser absoluta, significa esto, que no sea posible para persona alguna, o persona determinada como en los contratos con *intuito personae*. En materia de obligaciones este punto hace referencia al principio *Ad Impossibilia Nemo Tenetur*, a lo imposible nadie está obligado. Si se pacta una condición negativa de un hecho físicamente imposible, la obligación que surge del convenio se entenderá como pura y simple; si por el contrario reside en una condición positiva en imposible, tal disposición se tendrá como nula.

Pueden también clasificarse las condiciones según las causas a las que obedece, es decir, en condición *potestativa*, *casual* y *mixta*. Se entenderá una condición potestativa o facultativa aquella cuya causa depende de cualquiera de las partes contratantes, ya sea del acreedor o del deudor. Causal, será la condición que obedece a la voluntad de un tercero o a cualquier causa ajena y mixta se denominará condición que se sujeta a la voluntad de un tercero o un acaso y a la vez a una de las partes.

El artículo 1535 del Código Civil establece como nula aquella condición puramente potestativa por parte del deudor, es decir, que la causa se suspende única y exclusivamente a la persona que se obliga. Aun así es válido si la condición depende de una causa cualquiera como el hecho voluntario de alguna de las partes.

La condición también puede ser *determinada e indeterminada*, la primera es una especie de conjunción entre la misma condición y el plazo, es decir, la realización de un hecho incierto dentro de un término que por ser así es obviamente cierto, un ejemplo de tal puede ser: una invitación a almorzar antes de las 12 del día siempre y cuando no llueva, hay un hecho cierto que es la hora fijada y un hecho incierto que es que llueva o no. La condición indeterminada es aquella que no se enmarca dentro de un plazo fijo para su acontecimiento, y que no se sabe si acontecerá en el mundo fáctico.

No obstante, la clasificación en condición *suspensiva y resolutoria* es la más relevante, puesto que de ellas pende no sólo el cumplimiento y exigibilidad de la obligación, sino también el nacimiento de esta si se encuentra sometida a la suspensiva; esta última suspende la adquisición misma del derecho. La condición resolutoria es por el contrario el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de la obligación, una vez acaecido el hecho, el derecho se suprime de la vida jurídica.

La condición resolutoria consagrada en el artículo 1546 puede ser tanto expresa como tácita, pero aun así no se pacte, surte efectos ya que es implícita en los contratos bilaterales. Cabe anotar que esa redacción calcada del código civil francés es bastante desafortunada, pues no existe una condición en el hecho del cumplimiento de las prestaciones de la contraparte, para cumplir las propias o allanarse a ello. Lo que consagra equívocamente el artículo 1546 es la materialización del sinalagma funcional, donde la prestación conmutativa con la contraprestación habilita al contratante cumplido a exigir o la ejecución o la resolución del pacto, siempre con indemnización de perjuicios. Pero, salvo esa precisión conceptual, no puede desconocerse el texto legal, que si bien peca por impreciso conceptualmente no deja de ser muy coherente en términos de derecho comparado.

Este tipo de condiciones deben poder ser consideradas tanto física, como legal y moralmente posibles, de lo contrario, si se trata de una condición suspensiva se tendrá como fallida y si se habla de una condición resolutoria se entenderá como no escrita.

Todas las prestaciones son susceptibles de ser sometidas a condición con base en la autonomía privada que tienen las partes; empero, existen algunas obligaciones que por ser de orden público no son susceptibles de estar bajo condición, por ejemplo: las obligaciones conyugales no pueden someterse a condición, puesto que la normatividad que regula el matrimonio es de orden público. Así mismo, se encuentran reglamentadas las obligaciones alimentarias, las obligaciones nacidas de las asignaciones forzosas y la acción rescisoria por lesión enorme.

La condición puede encontrarse en tres estados; los cuales son: *pendiente, cumplida y fallida*. Si se trata de una condición suspensiva mientras está en estado pendiente no hay obligación, su nacimiento se encuentra netamente suspendido por tratarse de un hecho futuro e incierto y por ende tampoco puede ser exigible. En este caso el acreedor tiene a su favor la posibilidad de entablar medidas conservativas sobre las cosas que se deben (art. 513 C.G.P.), pueden hablarse en este caso de un germen de derecho, ya que si el deudor se presenta como un posible disipador o dilapidador que pone en peligro su prenda general de garantía y de esta forma se insolvente perjudicando a su acreedor, este último encuentra razón para impetrar las providencias conservativas necesarias, según lo prescribe el inciso 3 del artículo 1549 del Código Civil.

Si esta obligación sometida a condición suspensiva se encuentra en estado cumplida, la obligación nace a la vida jurídica pura y simple, es entonces cuando se hace exigible, pudiendo el acreedor constreñir a su cumplimiento ya que el derecho se ha consolidado plenamente. Cuando la condición suspensiva ha acaecido tendrá efectos retroactivos, *ex tunc*, esto significa que se considera pura y simple desde el día de haberse perfeccionado el contrato. Si la obligación consistía en la dación o entrega de una cosa, estos efectos favorecen al acreedor de la cosa, ya que puede demandar al deudor por no conservar la cosa si esta perece¹⁶⁶.

Otros efectos del cumplimiento de la condición suspensiva son; tanto el derecho como la obligación se hacen transmisibles; quedan resueltas las enajenaciones, servidumbres u otros derechos similares que el deudor haya constituido mientras estuvo pendiente la condición; los frutos de la cosa son del acreedor y reiteramos, cumplido el hecho se entiende haber existido desde el principio. Si por el contrario, la obligación se encuentra en el estado fallido la obligación no nace a la vida jurídica.

Respecto a la condición resolutoria mientras está en estado pendiente es pura y simple; aun así la incertidumbre no se ha desvanecido ya que no se ha dado una completa consolidación a la obligación, y es posible que este llamada a desaparecer. Si está en estado cumplido la obligación se extingue con efectos retroactivos, *ex tunc*, desapareciendo los efectos que la obligación pudo generar en el pasado. Si la condición resolutoria es fallida, la obligación se consolida completamente sin que haya lugar a incertidumbre.

El artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria para los contratos bilaterales en caso de que una de las partes no cumpla con lo pactado, o cumpla defectuosamente. Además, agrega este artículo; que el contratante cumplido puede pedir tanto la resolución del contrato, como el cumplimiento del mismo; más la indemnización de perjuicios para los dos casos¹⁶⁷. Si la parte cum-

.....
 166 Hiestrosa Forero, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. Volumen 1. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002. P. 423.

167Alguna parte de la doctrina ha considerado que los perjuicios pueden ser demandados prescindiendo de la demanda de resolución o cumplimiento del contrato. En contraposición, la otra parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, argumenta que para obtener la indemnización de perjuicios debe demandarse de manera accesoria la acción resolutoria o de cumplimiento según el caso. Los primeros arguyen lo dicho fundamentándose en el principio de quien puede lo más puede lo menos. Así lo plantea: Romero Díaz, Héctor. *Responsabilidad civil general y del notaria*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2000. Pág. 71.

plida impetra la acción de cumplimiento, acompañan a esta acción los perjuicios moratorios, si la acción invocada es la resolución del contrato se habla de perjuicios compensatorios, los cuales se dividen en daño emergente y lucro cesante¹⁶⁸.

Esta condición, reiteramos, puede ser tanto expresa, si fue pactada por las partes, o tácita, si las partes no dicen nada respecto a esta, pero aun así surte efectos puesto que va implícita en todos los contratos bilaterales. Es ejemplo de condición resolutoria expresa el pacto de retroventa¹⁶⁹ estipulado en el artículo 1939 del Código Civil, mediante el cual se reserva al vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando al comprador la cantidad estipulada o el precio de la compra.

Para que prospere la pretensión de resolución del contrato, el demandante debe probar en primer lugar el contrato mismo, como segundo requisito debe allanarse a cumplir ante el juez o probar que se allanó o cumplió con su prestación y, por último, debe probar (alegar) el incumplimiento por parte del demandado. El demandado por su parte, para que sea exitosa su excepción debe probar que cumplió o que se allanó a cumplir. Este régimen probatorio se deslinda del principio consagrado por el artículo 1757 del Código Civil, *incumple probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o está*” el cual hace una estrecha eufonía con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

Por último, la condición se entiende fallida cuando se ha constituido un hecho que indica que la condición no se va a cumplir; cuando se constituye un hecho contrario, es decir, siendo positiva se produce el hecho negativo o viceversa y, cuando la condición ha debido acaecer dentro de cierto termino que ha expirado. En sentido contrario, la condición se cumple con el acaecimiento del hecho futuro

168 Acción de resolución o cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios (*jurisprudencia Cas. Civ. 13 de junio de 1946, reit. 28 de febrero de 1959.*) “la acción de cumplimiento de un contrato (C.C.; 1546 inciso 2°) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones ha que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual el contrato bilateral le imponía o que estaba pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el principio en el artículo 1609 del C.C.; que traduce en formula positiva el aforismo de que “la mora purga la mora”, y como dice el profesor Alessandri Rodríguez, si el comprador tienen un plazo para pagar, y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora, porque la mora del uno purga la mora del otro”.

169 Valencia Zea. Ortiz Monsalve. *Derecho civil. Parte General y Personas*. Tomo I. Decimoquinta edición. Temis. Bogotá. 2000. P. 550.

e incierto, es decir, según la inteligencia de lo pretendido por los contratantes de acuerdo al artículo 1618 del Código Civil. Puesto que esto obedece a que hay que entender la instancia de lo deseado por las partes.

Cuando la condición ha fallado ocurre el desvanecimiento del derecho y la obligación, se entiende como si no hubiese existido jamás. Si falla la condición, se extingue la obligación condicional y también toda relación entre el deudor y el acreedor; por lo tanto, quedan sin efecto las medidas conservativas que el acreedor haya impetrado, todo lo que se hubiere dado o pagado podrá repetirse y, tanto los gravámenes como la enajenación caducan de modo definitivo¹⁷⁰.

Obligaciones con carga o modo

Las obligaciones modales o con carga se definen en el artículo 1147 del Código Civil de la siguiente manera: *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. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.*

Por consiguiente, el modo es la manera en que se debe cumplir la obligación; en materia de asignaciones modales si el legatario no cumple con el modo, está en la obligación de restituir la cosa y los frutos, lo anterior se ha denominado cláusula resolutoria puesto que se extingue el derecho del legatario, y por ende todo vínculo que lo ate con la persona que le delegó un determinado bien o derecho.

Gran parte de la doctrina ha incluido dentro de este tipo de modalidad las obligaciones *propter rem* por considerar, que entre estas últimas y la carga o modo no reside, existe diferencia relevante que haga imperativa la distinción. Las obligaciones *propter rem* son aquellas que surgen no de una persona, sino de un determinado bien, así por ejemplo, el dueño de un bien inmueble tiene que verse abocado a pagar unos tributos específicos por ser el propietario de este, si decide vender su propiedad, el comprador será el que adquiera dicha obligación, y así sucesivamente. Las obligaciones *propter rem* son, como ha quedado planteado arriba, las que se originan por ser el dueño de un determinado bien.

.....
170 Valencia Zea. Ob. Cit; Tomo I. P. 30 y ss.

La obligación *propter rem*, como todo vínculo jurídico, implica la presencia de un sujeto pasivo, este último se encuentra plenamente determinado, puesto que al ser titular de un derecho real se ve obligado a la realización de una prestación en favor del sujeto activo o acreedor. La obligación *propter rem* es entonces accesoria al derecho real principal, es por tal razón que también recibe el nombre de obligaciones real. Esta clase de obligación está en cabeza de quien ostente el dominio o la posesión de la cosa, debido a esto, si hay transferencia de dominio el nuevo propietario será también el nuevo deudor en la obligación real.

El sujeto titular del derecho real se encuentra en la obligación de llevar a cabo ciertas prestaciones constituidas por mandato legal, aunque nuestra legislación no elabora un listado de las obligaciones *propter rem*, los elementos y consideraciones proporcionados por la inveterada doctrina hacen destacar algunas de ellas. El artículo 855 del Código Civil, establece que el usufructuario debe soportar las cargas periódicas, pensiones y cánones, con los que haya sido anteriormente gravada la cosa y los que se devengan durante el usufructo. También corresponde a este la cancelación de impuestos periódicos fiscales y municipales que graven el usufructo sin importar el tiempo en que se hayan establecido.

Así mismo, el artículo 2327 *ibidem* impone como obligación *propter rem* aquella que tienen los comuneros a contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota. El artículo 916 del Código Civil establece que las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento estarán a cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos. Podrán exonerarse de este cargo abandonando su derecho siempre y cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia.

No obstante, alguna otra parte de la doctrina considera que puede haber una distinción entre la carga o gravamen y las obligaciones *propter rem*, puesto que, mientras las primeras obligan al pago de los cánones anteriores, las segundas sólo obligan al pago de cánones originarios después de haberse adquirido el derecho real, así mismo, mientras las cargas reales sólo hacen responsable al titular hasta el monto del bien gravado, tratándose de obligaciones *propter rem* si se responde con todo el patrimonio¹⁷¹. Pero aun así, estas diferencias han sido revaluadas por detenerse en sutilezas irrelevantes.

.....
171 Valencia Zea. *Op., cit.*, Tomo I. P. 3 y ss.

De igual manera, hay quienes consienten que la clasificación de obligaciones con carga o modo es inexacta, sostienen esta apreciación con fundamento en que, tomando el artículo 1147 del Código Civil como ejemplo, lo verdaderamente modalizado es el derecho mas no la obligación adquirida. Con base en esta justificación, sostienen estos últimos que las obligaciones con carga o modo no existen y que es preferible analizar el artículo mencionado desde las obligaciones *propter rem*.

Obligaciones positivas y negativas

Se consideran obligaciones positivas aquellas cuya prestación es de dar o hacer, por el contrario, cuando la misma es de no hacer, se trata de una obligación negativa. La importancia de esta clasificación radica en que ciertas figuras sólo tienen cabida en las obligaciones positivas, la *mora*, por ejemplo, sólo puede darse en las obligaciones positivas, en este tipo de obligaciones el acreedor ante el incumplimiento del deudor puede pedir tanto los perjuicios compensatorios o moratorios, en cambio, en la obligación negativa sólo puede exigir los perjuicios compensatorios.

Obligaciones de hacer

La obligación positiva de *hacer* consiste bien sea en la ejecución de una prestación positiva, que implica la prestación de un servicio, o la entrega de una cosa cuando no se transfiere el dominio. El artículo 1610 estipula las facultades del acreedor cuando la obligación es de hacer y el deudor se ha constituido en mora, frente a este incumplimiento el sujeto activo además de reclamar perjuicios moratorios puede: constreñir al deudor para que ejecute su obligación de hacer; solicitar al acreedor la autorización para que él mismo ejecute la prestación a favor de un tercero y exigir al deudor a que se le indemnice los perjuicios producto de la infracción del contrato.

Es importante recalcar la diferencia respecto a las obligaciones de hacer y las obligaciones de dar; en cuanto a aquellas, la utilidad percibida por parte del acreedor proviene del acto al cual se encuentra obligado el deudor, en cambio en estas, el provecho se obtiene de la cosa respecto de la cual se quiere transferir el dominio.

En las obligaciones de hacer, el deudor se encuentra obligado a realizar estrictamente lo pactado en el contrato, es decir, que conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (art. 1618 C.C.). Así mismo, el artículo 1603 establece que los contratos en principio deben ejecutarse

de buena fe y por lo tanto, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenece a ella, como por ejemplo, el contrato celebrado de una empresa con un consumidor, por más que al momento de la venta de un bien no se señale expresamente que este debe estar en buen estado, se desprende de la misma naturaleza del contrato que esta debe estarlo. En conclusión, la obligación de hacer presupone tanto lo pactado por las parte como todo aquello que se infiere de la prestación a realizar.

Obligaciones de no hacer

La obligación de no hacer consiste, como ya lo mencionamos, en una abstención u omisión a la que el deudor se ve obligado; es la inhibición por parte del sujeto pasivo de ejecutar un hecho previamente determinado. Si no intercediera pacto entre las partes, el deudor podría realizar plenamente los hechos a los que ha renunciado.

El artículo 1612 del Código Civil establece que cuando se ha contravenido una obligación de no hacer y la cosa no puede deshacerse, tendrá derecho el acreedor a la indemnización de perjuicios. Pero si es factible que se deshaga la cosa hecha y la destrucción de la misma es necesaria para que pueda cumplirse el objeto del contrato, el acreedor estará facultado para forzar al deudor a deshacerla o podrá pedir autorización para hacerlo a expensas del deudor. Si el acreedor destruye o desase la obra que claramente el deudor estaba en obligación de no ejecutar, sin comunicarle al deudor o sin obligarle judicialmente, será este el que asuma los gastos, y muy posiblemente se vea obligado a pagar una indemnización al ejecutar un hecho prohibido por la norma. Si se considera que el objeto del contrato puede cumplirse por otros medios, es decir, sin necesidad de destruirse la cosa, el deudor que se allane a prestarlos será oído.

Obligaciones de cuerpo cierto y género

Las obligaciones de especie o cuerpo cierto son aquellas que tienen por objeto una cosa totalmente singularizada de tal modo que no pueda confundirse con otras similares; las obligaciones de género son aquellas cuya prestación tiene como objeto una cosa incluida dentro de una amplia clasificación, es decir, cuando el objeto es indeterminado de una clase o género determinado (art. 1565 C.C.).

Esta clasificación encuentra su fundamento en los efectos que surgen tanto de una como de la otra, ya que en las obligaciones genéricas el vínculo obligacional es mucho más viable realizarlo por cuanto el deudor de la cosa puede liberarse con la entrega de un objeto dentro del género definido, siempre y cuando esté en buen estado, y tenga la misma calidad en la que se pacto que fuera, en cambio, en las obligaciones específicas el deudor sólo puede extinguir la obligación mediante el pago con la cosa individualizada y singularizada. Para lograr un mejor entendimiento, es conveniente analizar los efectos de una y otra.

Efectos de obligaciones de especie o cuerpo cierto

En primer lugar, el artículo 1627 del Código Civil establece que el pago de la prestación se hará de conformidad al tenor de la obligación, es decir, que tratándose de obligaciones de cuerpo cierto, el acreedor sólo podrá exigir la cosa que inicialmente se convino como objeto de la prestación, excepto si se trata de una obligación alternativa o facultativa. A su vez, el deudor sólo podrá extinguir la obligación entregándole al acreedor la cosa pactada; el deudor no podrá liberarse del vínculo obligatorio por medio de cosa distinta, no puede sustituirla, así esta posea un valor igual o mayor a la de aquella.

El artículo 1605 *ibidem* obliga al sujeto pasivo de una obligación de dar a entregar la cosa; cuando dicha obligación tenga por objeto una cosa de cuerpo cierto y especie, el deudor deberá conservar la cosa hasta la entrega, esto significa que deberá cuidar de la cosa, pues de lo contrario estará constreñido al pago de perjuicios al deudor acreedor que no se constituyó en mora de recibir.

Como el objeto de la prestación es una cosa específica y singularizada, si después de haber nacido la obligación a la vida jurídica, dicho objeto perece o la cosa es sustraída del comercio legalmente; la obligación se extingue, sin perjuicio de la responsabilidad que tenga el deudor en cuanto a la pérdida o deterioro de la cosa. El deudor sí será responsable si fue por culpa de él, que el bien pereció o fue puesto en venta y con ello se le causó un perjuicio al acreedor, o a un tercero de buena fe.

Si la cosa perece fortuitamente, el deudor se libera del vínculo porque la obligación se extingue, puesto que no puede restituirse la cosa determinada y singularizada que ha perecido por medio de otra, ya que esta última no sería objeto de la obligación inicialmente convenida si no que sería objeto de otra distinta. Siendo así, es el acreedor quien debe sufrir la pérdida del cosa (art 1729).

No obstante, si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación no se extingue sino que en este caso varía de objeto, ya que el deudor se encuentra en la obligación de indemnizar al acreedor y al precio de la cosa. Sin embargo, si el deudor se encuentra en mora y el cuerpo cierto perece por caso fortuito que habría sobrevenido de igual manera en manos del acreedor, el deudor sólo deberá indemnizar los perjuicios moratorios; pero si la cosa perece por un caso fortuito que hubiese sobrevenido en manos del acreedor, el deudor deberá tanto el precio de la cosa como los perjuicios moratorios¹⁷².

Efectos de las obligaciones de género

Estando la obligación bajo este régimen, el acreedor no podrá exigir de su deudor una cosa específica o individualizada; el deudor por su parte podrá liberarse de la obligación entregándole al acreedor un objeto cualquiera del género pactado, siempre y cuando tal ostente una calidad según lo pactado, o por lo menos una de mediana calidad (art. 1566). Es el deudor quien tiene el derecho de elección de la cosa, elección que no puede salirse del género estipulado; en ningún momento podrá el acreedor aspirar a que la elección de la cosa este a cargo suyo. Empero, esta facultad que tiene el acreedor no puede ser arbitraria, debe ser el *justo medio entre el interés de acreedor y el suyo propio*¹⁷³.

En contraposición con la obligación de cuerpo cierto, si algunas cosas del género que se debe perecen, la obligación no se extingue, y si el deudor las enajena o destruye el acreedor no podrá impedirselo siempre y cuando existan otras como del mismo género con las que pueda llevarse a cabo la obligación. Así lo estipula el artículo 1567 del Código Civil, del cual se infiere que en las obligaciones de género no tiene el deudor el deber de conservar la cosa, ya que como el género no perece (*genera non perunt*), el obligado puede hacer el pago con otra cosa del mismo género y de mediana calidad. Esto, reitera, en cuanto la cosa de género presenta características comunes con otras, de las cuales cualquiera puede ser idónea para lograr el fin contractual.

172 Alguna parte de la doctrina ha considerado a las obligaciones de cuerpo cierto o especie como regla general, ya que el hecho de que el objeto reúna ciertas características específicas, es lo que mueve al acreedor a la celebración del negocio para satisfacer sus exigencias.

173 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Sexta Edición. Temis. Bogotá. 2000.

Algunos doctrinantes han considerado que existe un tipo de obligaciones llamadas de *género limitado*, como en el caso de que la cosa debida esté incluida dentro de una singularizada cantidad de cosas comunes, por ejemplo cien sacos de café de la hacienda margarita, en cuyo caso, el deudor estará obligado a entregar la cosa, siempre y cuando esta haga parte de la porción de género señalada. Así mismo, sólo podrá extinguirse la obligación bien sea por el pago con una de las cosas indicadas, o porque fortuitamente ha desaparecido en su totalidad el género limitado, por decir algo, que en nuestro ejemplo anterior perezca toda la hacienda margarita debido a una inundación inesperada.

También, respecto a esta clase especial de obligaciones, ha dicho la doctrina que el deber de cuidado de la cosa que incumbe al deudor, mientras no ha sido entregada, corresponde a las obligaciones de cuerpo cierto; no siendo así en las de género, pero en materia de obligaciones de género limitado sí existe en parte esta obligación; vigilar y cuidar en lo posible la parte determinada del género. En cuanto a la validez de este tipo de obligaciones, los requisitos de posibilidad, determinación, licitud, se miraran con respecto al género que se ha estipulado.

Obligaciones dinerarias y de valor

Las deudas de dinero en general son aquellas que tienen como finalidad la entrega o dación de sumas de dinero, constituyéndose el dinero como uno de los bienes de mayor relevancia en el tránsito jurídico actual, más específicamente en el obligacional. El dinero como bien tiene la finalidad de acrecentar el patrimonio de los sujetos, ya que es susceptible de producir frutos civiles mediante la explotación por medio de la realización de negocios e inversiones. El dinero es el bien a través del cual se pueden extinguir las obligaciones por antonomasia.

La forma más común de realizarse este tipo de obligaciones es determinando el monto o cantidad de dinero, es decir, adquiriendo el régimen de una obligación de género, pero el hecho de que las obligaciones de dinero no hagan parte de aquellas, se debe en principio a que mientras en las de género se obedece tanto a intereses cualitativos y cuantitativos, en las de dinero lo único que importa es el carácter cuantitativo, por esta razón se incluye en un régimen especial.

Las obligaciones dinerarias, en términos de la doctrina, son aquellas que son sólo deudas de cantidad, es decir, se está en la obligación de devolver la misma cantidad recibida; sólo poseen un valor nominal, esto significa que el acreedor

debe conformarse con la cantidad que se le entrega al cabo de un plazo, sin importar si el dinero se ha devaluado¹⁷⁴.

Las obligaciones de valor, por el contrario, son aquellas que fijan su atención en valores adquisitivos contantes o valores en curso de la moneda con la finalidad de que no pierdan el poder adquisitivo en el mercado económico. La pérdida del poder adquisitivo encuentra su razón en la desvalorización de la moneda o en la valorización de los bienes y servicios dados por la incidencia de los efectos económicos.

En nuestro régimen, hacen parte de este tipo de obligaciones, aquellas contraídas con base en salarios mínimos o en unidades de valor real (UVR), valores que van ajustándose en proporción a la devaluación de la moneda para no perder su valor adquisitivo. Estas obligaciones también han sido denominadas obligaciones de valor real o efectivo puesto que expresan al momento de ser canceladas su valor adquisitivo en el mercado y no una cantidad ya devaluada, presuponen entonces una corrección monetaria, la cual pretende recuperar el valor intrínseco de la obligación.

La corrección monetaria o indexación permite que se cumpla a cabalidad el artículo 1566 del Código Civil, ya que en las obligaciones de género y por supuesto las de dinero, el deudor está obligado a pagar individuos del mismo género, a condición de que tales individuos sean de mediana cantidad. Cuando se adquieren deudas que serán canceladas dentro de cierto lapso de tiempo, el envilecimiento de la moneda, durante el transcurso del tiempo, hace que el dinero con el que se pretende pagar, si el término es considerable, pierda su valor adquisitivo debido a los cambios inflacionarios, pero conserve su calidad¹⁷⁵.

Así mismo, ha considerado la jurisprudencia que la corrección monetaria *no es un privilegio o una ventaja para el acreedor, es simplemente reconocimiento de la realidad económica y freno a una injusticia sin causa alguna: es una medida que no exige orden expresa o implícita del legislador, pues su aplicación dimana de los principios o reglas generales del derecho*¹⁷⁶.

174 Garriges. *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II. Madrid 1940. P. 230.

175 Salvamento de Voto. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 21 de marzo de 1995. Magistrado Ponente, Dr. Javier Tamayo Jaramillo. Jurisprudencia.

176 Salvamento de Voto. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 21 de marzo de 1995. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Hinesrosa. Salvamento con el cual se pretende contradecir a quienes consideran la corrección como

Para concluir, resulta necesario reconocer que este tipo de obligaciones son las que más tránsito tienen en la cotidianidad de la sociedad moderna, al respecto el jurista Fernando Hinestrosa decía:

Sin ir más lejos, es inusitado el contrato que no las contiene, cualquiera que sea el nombre de la prestación: precio, porte, canon, prima, tasa, regalía. A lo que se agrega lo ya anotado repetidamente en cuanto a la exigencia de que la prestación que no sea pecuniaria ha de ser, indefectiblemente, apreciable en dinero a fin de asegurar la afectividad del deber del deudor (perpetuatioobligationis) por medio del subrogado pecuniario del debito primario, que, como se sabe y se ha repetido, es la vía más socorrida para asegurar la satisfacción del interés del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, así sea indirectamente¹⁷⁷.

Pluralidad de prestaciones

En líneas anteriores se había mencionado a las obligaciones alternativas y facultativas, ha llegado el momento oportuno de estudiar detenidamente este tipo de obligaciones. Estas obligaciones son las que en su objeto no se limitan a la realización de una prestación, sino que al contrario su objeto, su prestación es múltiple y versa sobre varias.

Obligaciones alternativas

Estas obligaciones son en las que existe una multiplicidad de prestaciones, en las que la realización de una sola de ellas exonera del cumplimiento de las demás. Al respecto el Código Civil en su artículo 1556 define: *Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras.*

De lo anterior se entiende que en las obligaciones alternativas la materialización de una de las prestaciones debidas, suprime la obligación de realizar las

un beneficio o recompensa, y que por tal razón no puede ser viable en materia de restitución cuando el negocio se ha deshecho en virtud de la condición resolutoria; pues sería recompensar a quien ha incumplido.

177 Hinestrosa Forero, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. Volumen 1. Universidad Externado de Colombia. Colombia 2002. P. 148.

demás, pero ahora surge la siguiente pregunta, ¿quién escoge la prestación a cumplir?, para esto, el código civil plantea dos escenarios, una donde la elección depende del deudor, que es la regla general y la que se desprende naturalmente de este tipo de obligaciones, y la segunda corresponde a la elección del acreedor que debe estipular desde un inicio.

El código también señala que si la elección es del deudor, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de una determinada obligación, sino en la medida que el deudor de su elección. De esta forma, si la elección de determinar la prestación está en cabeza del deudor este podrá enajenar o destruir, por ejemplo, cualquiera de las cosas que tenga a su cargo y que está comprometida como una posible prestación, siempre y cuando este posea cosas que la puedan reemplazar y garantizar la escogencia de la otra prestación que está dada como alternativa. Esta facultad esta otorgada por el artículo 1559 del mismo código, y cita: *Si la elección es del deudor, está a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas*. Del artículo anterior en su inciso segundo, también se desprende la consecuencia si la elección de la escogencia de la obligación es del acreedor, se manifiesta que si por culpa del deudor cualquiera de las prestaciones que está en su arbitrio escoger no se realizar por culpa del deudor, este podrá exigirle el precio de la cosa si se trata de un bien, o en la que se determine que vale la prestación, además de la indemnización correspondiente. Tanto el precio como la indemnización pueden escogerse conjuntamente, o sólo una al arbitrio del acreedor.

Si por cualquier circunstancia las prestaciones a las que está obligado el deudor se convierten en imposibles, como por ejemplo la destrucción de la cosa debida, el deudor estará obligado a garantizar la obligación con las demás obligaciones a las que se comprometió, y si llegase el caso en que sólo podrá cumplir con una determinada prestación, podrá ser obligado por el acreedor a ejecutarla.

En el caso de que el deudor se vea imposibilitado a cumplir con cualquiera de las prestaciones a las que se comprometió por circunstancias fuera de su voluntad, como por ejemplo, la destrucción de todas las cosas a las que se había comprometido de forma alternativa por causa de un terremoto, este no será obligado a su ejecución, ya que la obligación se habrá extinto. Pero si el caso anterior se presenta, con culpa del deudor, este será obligado al pago de cualquiera de las cosas que escoja siempre y cuando la elección de la prestación recaiga sobre él. Si

la prestación recae en la escogencia del acreedor este será el que escoja el pago de la cosa.

Obligaciones facultativas

Las obligaciones facultativas en contraposición a las obligaciones alternativas, no recaen en una multiplicidad de prestaciones que con la ejecución de una permite la liberación de las demás. Las obligaciones facultativas son las que determinan una sola prestación para su materialización, pero que en el caso que no se puedan ejecutar, se podrá reemplazar con otra. En otras palabras, las obligaciones facultativas son aquellas cuyo objeto puede ser remplazado por otro *en el momento del pago*, a voluntad del deudor¹⁷⁸, como si yo debiera dar un automóvil pero se me otorga la facultad de pagar un millón de pesos en lugar de este. Estas obligaciones son de objeto simple, porque solamente tienen una prestación debida (*in obligatione*), sin perjuicio de que otra u otras prestaciones que están fuera del vínculo obligatorio (*in facultate solutionis*) también puedan servir para el pago. De suerte que las únicas verdaderas obligaciones de objeto plural son las alternativas, en las cuales el deudor sí debe dos o más prestaciones, pero se libera pagando una sola de ellas¹⁷⁹.

En este tipo de obligaciones el acreedor no tiene la facultad de pedir a su arbitrio la prestación que desea que se ejecute, sino que esta decisión recae en manos del deudor. Al respecto, el Código Civil en su artículo 1563 establece: *El acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado, y si dicha cosa perece sin culpa del deudor de haberse este constituido en mora, no tiene derecho a pedir cosa alguna*. De este artículo se deduce también que si la prestación no puede ejecutarse sin culpa del deudor, y sin este hallarse en mora, será el acreedor el que pierda la prestación. Para un mejor entendimiento se explicará con un ejemplo, supóngase que Juan le debe a Pedro un vehículo automotor el cual le entregará el miércoles, pero el lunes una inundación repentina destruye el vehículo, aun cuando Juan había adoptado las mejores medidas para conservar el bien. Se entiende que la cosa perece para el acreedor, si el deudor no está en mora y no es por culpa suya.

178 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Octava edición. Bogotá: Temis. 2008. P. 25.

179 *Ibid.* P. 26.

Para terminar, cabe recalcar que cuando surja una duda de si una obligación es alternativa o facultativa, se supondrá que es alternativa. Esta disposición está consagrada en el artículo 1564 del Código Civil. En resumen, la nota característica de la obligación alternativa, y que la diferencia con la obligación facultativa, consisten en que todos los objetos de aquella entran en el vínculo obligatorio (*in obligatione*), pero sólo uno de ellos obra en el pago (*in solutione*)¹⁸⁰.

Obligaciones con pluralidad de sujetos

El artículo 1495 del Código Civil define el contrato o convención como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas. De tal concepto se deduce que tanto la parte activa —acreedores— como su extremo opuesto, la parte pasiva —deudores— puede estar integrada por varias personas; en estos casos se habla de obligaciones con pluralidad de sujetos.

La pluralidad de sujetos puede ser, *originaria*, si se consolida con varios sujetos tanto en el aspecto activo como en el pasivo desde el inicio de la obligación, y esta a su vez puede ser convencional o legal si nace a la vida jurídica, ya sea por convenio entre las partes o por disposición legal. Ejemplo de lo último es la obligación de alimentos que tienen los padres para con sus hijos, frente a la cual responden solidariamente.

También puede ser *derivativa*, si inicialmente surge a la vida jurídica con un solo sujeto, pero dadas ciertas circunstancias se vuelve plural. Un ejemplo de este caso puede ser si Pedro es deudor y muere teniendo 5 hijos, ahora los deudores son 5, y cada uno pagará una quinta parte por considerárseles deudores en una obligación simplemente conjunta, ya que este tipo de obligación se presume en materia civil como más adelante lo veremos. Si Pedro fuera acreedor cada hijo cobra una quinta parte del crédito.

Las obligaciones con pluralidad de sujetos se dividen en obligaciones *conjuntas* o también llamadas obligaciones *mancomunadas* o *proindiviso*; obligaciones *solidarias* y obligaciones *indivisibles*. En principio, en el Derecho Civil toda obligación es conjunta o mancomunada, esto significa que el peso de la obligación se reparte a prorrata bien sea entre los acreedores o deudores, siguiendo de

.....
180 *Ibid.*

esta manera el principio romano *concurso partes fiunt*¹⁸¹ consagrado en nuestra legislación en el artículo 1568 del Código Civil: *...cada uno de los deudores, en el primer caso es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito*. Siendo así en materia de derecho civil se presume en todo caso que las obligaciones se asumen conjunta o mancomunadamente si no se dice o no existe estipulación en contrario.

Obligaciones simplemente mancomunadas

Las características fundamentales de la obligación mancomunada, son pluralidad de sujetos, unidad de prestación cuyo objeto es material e intelectualmente divisible. En materia de Derecho Procesal, en esta clase de obligaciones, para constreñir a la parte pasiva a que cumpla con la totalidad de la prestación, se habla de litisconsorcio necesario, ya que no se debe demandar a un solo deudor, sino que debe ser a todos, si sólo un deudor fuese forzado a cumplir, este respondería por su cuota en el crédito. Así mismo, si se trata de pluralidad de acreedores, debe formarse un litisconsorcio necesario por activo, pues si sólo uno de los acreedores demanda, este sólo tendrá derecho a reclamar su parte. En conclusión, hablar de pluralidad de sujetos en materia civil (y comercial) es equivalente a hablar de litisconsorcio en materia procesal.

En cuanto a los efectos de la obligación mancomunada, uno de ellos es, reiteramos, que cada acreedor no puede exigir sino la parte que le corresponda en el crédito y a su vez el deudor sólo está obligado a pagar la cuota que le corresponda. En cuanto a la mora, si uno de los deudores se constituye en mora esto no afectará a los otros; y en cuanto al aspecto activo sólo beneficiará al acreedor que la ha solicitado, tal provecho no extenderá a los otros acreedores.

La extinción de la obligación para uno de los acreedores o deudores no afecta ni beneficia al resto de los primeros y los segundos. Cuando uno de los deudores se constituye como insolvente, su cuota no se transmite a los otros. En cuanto a la prescripción sólo beneficia al deudor que la realiza y afecta al acreedor frente al cual es excepcional. Si por causa justificada se concede la declaración de nulidad o

181 Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español. Obligaciones y Contratos*. Tomo III. Ediciones Pirámide. Madrid. 1976.

rescisión, sólo afecta a quien en cuyo favor se estableció o a quien en contra suya fue declarada, sin que se extienda a los demás acreedores y codeudores. Así mismo, la culpa de uno no afecta a los otros, ni por el aspecto pasivo ni por el activo.

La fianza, puesto que se trata de una figura exclusiva del derecho civil, puede constituirse como uno de los ejemplos más sobresalientes de las obligaciones conjuntas, ya que el fiador quien cauciona el crédito para otro y se obliga a responder si este no cumple no solidariamente, sino por el contrario lo hace de manera mancomunada. El fiador, en primer lugar, tiene el beneficio de excusión, el cual consiste en que el acreedor debe perseguir primero los bienes del deudor principal junto con las garantías reales con las que cuente. Si la fianza está conformada por uno o más sujetos, estos gozarán del beneficio de división, en virtud del cual la deuda se fragmenta en cuotas, siendo así, sólo es posible exigir a cada fiador su parte en el crédito.

Obligaciones solidarias

El segundo caso de obligaciones con pluralidad de sujetos son las obligaciones solidarias, la solidaridad es el vínculo jurídico en el cual existe pluralidad de sujetos acreedores o deudores, en donde uno de los acreedores puede exigir la totalidad de la obligación del deudor y donde uno de los deudores está en la obligación de cumplir íntegramente con la prestación. La solidaridad puede darse tanto por activa, si existe pluralidad de acreedores, y en el extremo opuesto un sólo deudor o puede ser pasiva si existe la pluralidad de deudores y un sólo acreedor. Pero también puede existir solidaridad mixta, si tanto en el aspecto activo y en el pasivo hay pluralidad de acreedores y deudores respectivamente.

Aparte de la pluralidad de sujetos como requisito indispensable, la obligación solidaria posee como requisitos¹⁸²: a) la unidad de prestación, es decir que la prestación debida sea una misma, esto es, que sea idéntica y b) la divisibilidad natural de la prestación, que sin embargo, en principio no se fracciona entre los acreedores o deudores puesto que por mandato legal o por convenio de las partes se debe responder solidariamente. Un ejemplo en los que la ley establece una obligación solidaria es en la materialización de un delito, ya que los responsables serán solidariamente deudores de la víctima cuando deban indemnizarla. Son entonces la ley

182 Vodanovic, Antonio. *Derecho de obligaciones*. Ediciones periodísticas y estadísticas. 1970. Págs. 83-84.

y el acto jurídico las fuentes de solidaridad, plasmadas en el inciso 2° del artículo 1568 del Código Civil. Como último requisito debe existir pluralidad de vínculos jurídicos, entre deudor y acreedores o entre acreedor y codeudores.

En materia de Derecho Civil la solidaridad no se presume, las obligaciones en este campo del derecho como anteriormente lo mencionamos se suponen adquiridas mancomunadamente, este es el principio general, sin embargo, pueden existir excepciones. El artículo 2344 del Código Civil establece que si por dolo o culpa dos o más personas ocasionan un daño, estas responderán solidariamente; la solidaridad en materia civil se constituye entonces como la excepción. En Derecho Comercial sucede lo contrario, por mandato del artículo 825 del Código de Comercio frente a los negocios mercantiles se responderá solidariamente, claro está, si las partes no dicen nada o no existe estipulación en contrario.

En materia de derecho procesal, cuando hay pluralidad de sujetos que responden solidariamente en la órbita del derecho civil, se habla de Litisconsorcio voluntario o facultativo, es decir, no es necesario demandar, si se trata de pluralidad de sujetos por el aspecto pasivo, a todos los deudores, pueden entonces ser requeridos tanto uno, algunos o todos los deudores, ya que aunque sólo se demande a uno de ellos, este debe responder por la deuda absoluta. Si se está exigiendo el cumplimiento de una obligación solidaria, esto hace que no haya necesidad de integrar el litisconsorcio.

La doctrina española la hace en precisión que permite identificar el rasgo característico de la obligación solidaria, al señalar que aunque cada acreedor solidario tiene una titularidad *plena* de cobro y cada deudor una obligación *plena* de pago, aun así, no debe entenderse que el deudor deba toda la deuda o el acreedor ostente todo el crédito, ya que para este tipo de obligaciones los conceptos de débito y responsabilidad encajan perfectamente y deben ser imperativamente aplicados, puesto que si bien es cierto que un sólo deudor puede ser responsable respecto a toda la obligación, en últimas este no la debe completamente ya que si cumple con la totalidad de la obligación tiene el derecho de exigir las cuotas restantes a sus codeudores¹⁸³. El deudor que cancela la totalidad de la deuda se subroga en los derechos del acreedor, lo cual lo faculta para perseguir a las personas con las cuales compartía la deuda solidaria. Cada acción que el deudor subrogado realice

.....
183 Puig Peña, Federico. *Op., cit.*

será de carácter individual frente a cada una en las personas que se convirtieron en sus deudoras, ya que la deuda se convierte en mancomunada.

Para ampliar lo dicho, recientemente, es necesario divisar los efectos de las obligaciones solidarias, que por conveniencia, deben analizarse desde su aspecto activo y su aspecto pasivo. Tales efectos se justifican en lo que ha denominado la doctrina moderna representación recíproca o mandato tácito entre los coacreadores y codeudores¹⁸⁴, que supone que los efectos que le suceda a uno perseguirá a los demás, así por ejemplo, si el acreedor interrumpe la prescripción de uno de sus deudores solidarios, instantáneamente se interrumpirá la de los demás deudores.

Solidaridad activa

Los efectos de la solidaridad activa son tanto externos, aquellos que envuelve relaciones coacreadores y deudor, como internos, los cuales incluyen las relaciones entre los coacreadores.

En cuanto a los primeros, el acreedor, insistimos, tiene derecho a exigir la totalidad de la prestación, a su vez puede extinguir la obligación por cualquiera de los modos figurados en el artículo 1625 del Código Civil, (pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, etc.) o por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones que no se hayan consagrados en dicho artículo. Por seguridad jurídica la legislación francesa ha restringido la facultad de acreedor para extinguir la prestación mediante la condonación, ya que puede darse el caso, que el acreedor que no condonó la deuda sea insolvente y no puedan sus acreedores gozar del crédito. No obstante, la legislación colombiana (art. 1570) y la española (art. 1143) facultan al acreedor para extinguir la obligación por cualquier medio, incluyendo la condonación o remisión.

El deudor tiene la facultad de pagarle la obligación al acreedor que elija, siempre y cuando no haya sido demandado por uno de los acreedores. En cuanto a la prescripción, la interrupción que favorece a uno de los acreedores favorece a los otros; y si el deudor se encuentra en mora frente a uno de los acreedores, se constituye como deudor moroso frente a los demás.

.....
¹⁸⁴ Esta teoría, si bien es cierto ha sido definida por grandes juristas como Planiol y Josserand, a su vez ha sido foco de arduas críticas defendidas por también reconocidos y ponderados juristas como Colin y Capitant. Estos últimos consideran que el mandato tácito es insuficiente para explicar los casos de solidaridad legal puesto que al no existir concurrencia de la voluntad de las partes, se hace imposible inferir un mandato tácito.

De acuerdo a los efectos internos, el acreedor que extinga la obligación por cualquier modo debe responder a sus coacreedores, será obligado a darle a cada uno de sus coacreedores la cuota que le corresponde de dicho crédito.

Solidaridad pasiva

Existe cuando hay pluralidad de sujetos deudores y cada uno de ellos está en la obligación de responder por la totalidad de la deuda. El hecho de que una obligación se constituya solidaria por el aspecto pasivo brinda garantías importantes al acreedor, puesto que ante la insolvencia de uno de los deudores, el acreedor puede satisfacer su crédito con el patrimonio de otro. El fin práctico de la solidaridad pasiva es vigorizar o reforzar económicamente el crédito, servirle de garantía¹⁸⁵. La solidaridad pasiva es entonces un ejemplo del ideal pragmático que fundamenta al derecho.

En este caso también se habla de efectos externos, aquellos que implican las relaciones entre el acreedor y los codeudores, e internos, los que corresponden a las relaciones ente los codeudores solidarios.

Entre los primeros, se encuentra la facultad que tiene el acreedor de exigir la prestación completa a cualquiera de los deudores sin que pueda excepcionarse el beneficio de división del crédito. El acreedor puede dirigirse bien sea contra un sólo deudor o contra algunos o todos, su elección es discrecional, y si sólo demanda a uno o a algunos no pierde el derecho de dirigirse contra los demás, siempre y cuando la deuda no haya sido cancelada por las demandas anteriores, ya que se entiende extinguida la deuda sólo por el pago total.

El pago hecho por uno de los deudores extingue la obligación respecto a todos los codeudores, el vínculo que une al acreedor con el resto de los deudores desaparece, así mismo, si la extinción de la obligación se efectúa mediante cualquier otro modelo como la compensación, la confusión o la novación. Se exceptúa la condonación o remisión si el acreedor condona la deuda todos los codeudores la obligación se extingue, pero si sólo la condona a uno de ellos, los demás deudores se mantienen como responsables solidarios, claro está, con rebaja de las cuotas en proporción a la cuota condonada.

.....
¹⁸⁵ Vodanovic, Antonio. *Op., cit.*, Pág. 92.

El tratamiento que recibe la condonación en materia de obligaciones solidarias es una excepción al principio general de la solidaridad, puesto que la condonación implica un *animus donandi* en consideración a la persona. Con relación a la compensación, esta no puede excepcionarse por quienes no sean titulares del crédito frente al cual el acreedor es también deudor, salvo que el titular haya cedido el crédito a sus codeudores.

Entre el acreedor y los codeudores pueden darse varias clases de vínculos jurídicos. Es posible que el acreedor mantenga una obligación sometida a plazo o condición con uno de los deudores, mientras que con los demás codeudores las obligaciones contraídas sean puras y simples. La existencia de obligaciones sometidas a modalidades, ya sea plazo condición, no destruye la solidaridad, pues antes de que una obligación sometida a condición se haga exigible a uno de los deudores o a este mismo, de ninguna manera podrá constreñir al cumplimiento de aquella que no es exigible, pues frente a esto se excepcionará el no acaecimiento de la condición o el no cumplimiento del plazo.

Siendo así, si uno de estos vínculos se encuentra viciado, la obligación se hace anulable, sin que se extienda al resto de los codeudores solidarios, y si uno de estos vínculos se extingue para uno de los deudores, no se entiende extinguida la obligación para los otros, ya que cada vínculo aunque está atado son independientes.

Los efectos, anteriormente enunciados, han sido señalados por la doctrina como efectos principales, y como efectos secundarios los siguientes, respecto a la prescripción, interrumpida frente a uno de los deudores se interrumpe respecto a los demás codeudores (art. 2540 C.C.); y si alguno de los deudores se constituye en mora, esta se extiende a los codeudores; si la cosa objeto de la prestación ha perecido por culpa de uno de los deudores solidarios todos están en la obligación de responder solidariamente por el precio. Pero la acción de perjuicios que da lugar a la mora o culpa sólo se interpondrá contra el deudor moroso o culposo (art. 1578).

En cuanto a las excepciones que pueden proponer los codeudores solidarios en virtud de las cuales se desconocen la existencia de la obligación o se quiere que la declaración de la extinción de la obligación sí existió, es conveniente hacer una enunciación preliminar de las clases de excepciones. Las excepciones pueden ser tanto previas como de fondo, las primeras buscan detener el proceso,

por el cual para este caso sólo importa las excepciones de fondo, que pueden ser reales y personales¹⁸⁶.

Las reales son excepciones relativas a la parte de la obligación solidaria, pueden justificarse en los vicios que acarrea la fuente, es decir, están dirigidas contra la naturaleza de la obligación en sí. Son excepciones reales: la falta de objeto o el objeto ilícito, la causa ilícita, los vicios de formas según la naturaleza del acto. Hay excepciones reales fundadas en ciertos modos de extinción de las obligaciones de pago, novación, confusión, prescripción. Es usual que sean denominadas excepciones reales comunes, puesto que pueden alegarlas todo los codeudores solidarios.

Las excepciones personales son las que se fundan en los vicios de la fuente, como la incapacidad o los vicios del consentimiento, sin embargo, sólo pueden ser excepcionadas por el beneficiario de la nulidad, es decir, en cuyo favor de quien debe ser declarada. Algunas otras excepciones personales corresponden también a ciertos modos de extinción de las obligaciones, pero sólo son susceptibles de ser alegadas por el deudor beneficiado. Con relación a los efectos internos, una vez disuelta la obligación, el deudor solidario que cancela la totalidad de la deuda se subroga en los derechos del acreedor, (*art. 1668 n.3º*), frente a este los demás codeudores deben responder conjuntamente por la deuda, es decir, fragmentada en cuotas, como anteriormente lo mencionamos, en la prestación existen dos momentos, débito y responsabilidad, con base en esto, insistimos, el hecho de que un deudor lo sea con respecto a toda la obligación no significa que deba su patrimonio soportar la deuda entera. Este reparto puede hacerse a prorrata en partes iguales o desiguales, siempre y cuando se obedezcan las cláusulas del convenio fuente de la solidaridad.

Si entre los codeudores uno de ellos es declarado insolvente, la cuota de este se transmite a los deudores, aumentándose las cuotas de los demás excluyendo como es natural a quienes el acreedor haya exonerado de la deuda. Se establece de esta manera ya que la adquisición de una obligación solidaria conlleva a responder por la totalidad de la deuda y por ende, el deudor tiene el derecho de exigirla completa, de modo que la insolvencia de uno de los deudores afecta a los codeudores pero no tiene incidencia en el derecho que adquiere el acreedor.

.....
186 Autores como Vodanovic incluyen además un tercer grupo de excepciones, además de las comunes (o reales) y las personales, las denominadas excepciones mixtas, que son aquellas que no obstante ser personales pueden hacerse valer por aquellos que no las poseen. Vodanovic, Antonio. *Op., cit.*, P. 104-105.

Hemos señalado como última obligación con pluralidad de sujetos la obligación *indivisible*, en esta, aunque la prestación no se adquiere solidariamente, no puede cumplirse por partes debido a que la naturaleza del objeto lo impide, pues si la división se realizara, el objeto perdería su esencia o utilidad. Empero, si la obligación tiene un objeto naturalmente divisible, aun así la prestación puede ser indivisible, ya sea en virtud de la ley o del convenio de las partes, encontrándonos ante un caso de indivisibilidad intelectual. La indivisibilidad sólo se da en el caso en que en uno de los extremos del vínculo obligatorio exista pluralidad de sujetos, es decir, único acreedor, pluralidad de deudores o único deudor, pluralidad de acreedores.

En concordancia con lo anterior la indivisibilidad puede ser tanto natural, como legal y contractual. En el primer caso, en donde lo que importa es la naturaleza del objeto, se encuentran las obligaciones de hacer y no hacer. En cuanto a las primeras, la construcción de una casa, por ejemplo, presupone la casa totalmente finalizada para que pueda prestar una utilidad, aunque el trabajo puede dividirse por partes la prestación final es indivisible. Respecto a las obligaciones de no hacer, la mínima contravención de ellas supone un incumplimiento. Siendo así, es imposible esperar un cumplimiento parcial de estos dos tipos de obligaciones porque la ejecución del acto debe ser completa.

La indivisibilidad legal, obedece en principio a razones de equidad y conveniencia, hacen parte de este criterio las obligaciones de construir servidumbres, porque aunque son naturalmente indivisibles, si la ley autorizara a los propietarios a construcción de manera separada, el predio dominante podría verse afectado ante la construcción inconclusa o imperfecta o ante la falta de acuerdo de quienes se ven obligados. En materia de derecho civil español, las obligaciones de dar alimentos están legalmente consideradas como indivisibles, ya que aunque los deudores dividen la pensión en cuotas, el juez, en caso de extrema necesidad, puede exigir a uno de los deudores el cumplimiento total de la prestación¹⁸⁷.

Cuando la indivisibilidad proviene del acto jurídico, se presume que aunque la prestación es perfectamente divisible, esta asume el carácter de indivisible porque las partes así lo han convenido. Las partes en la mayoría de los casos buscan revestir la obligación de esta manera para poder así obtener mayores garantías y respaldos frente al cumplimiento de la obligación.

.....
187 Puig Peña, Federico. *Op., cit.*

La voluntad de las partes, bien se sabe, puede ser tanto expresa como tácita, respecto a la primera no hay mayores inconvenientes, el numeral 4°, inciso 2° del artículo 1583 del Código Civil al proscribir el pago por partes, está estipulando expresamente que el cumplimiento de la prestación en este caso indivisible. Cuando la voluntad es tácita, deben analizarse las condiciones que rodean el motivo del acto jurídico y, se presumirá indivisible cuando la naturaleza misma de la obligación sea incompatible con la división. Retomando el ejemplo de la construcción de la casa, ya mencionado, si las partes no dicen nada, la misma naturaleza de la prestación hace inferir la indivisibilidad por los motivos que frente a este caso específico hemos expuesto. De igual manera, la entrega de un terreno se presume indivisible puesto que la escisión de la prestación puede ocasionar perjuicios al futuro propietario, si este espera realizar una construcción o negocio en un tiempo mínimo.

Los efectos de la indivisibilidad, al igual que los efectos de la solidaridad, deben analizarse desde su aspecto activo y pasivo. En cuanto a la parte activa, cada uno de los acreedores posee la facultad para exigir el cumplimiento total de la obligación (art. 1584 C.C.), este derecho puede ser transmitido por los acreedores a sus herederos, quienes también podrán constreñir la ejecución íntegra de la prestación. Se excepciona lo anteriormente dicho en el caso de la indivisibilidad convencional, aquí los herederos de los contratantes sólo podrán exigir la obligación conjuntamente.

Aunque la obligación sea indivisible, cuando existe pluralidad de acreedores, cada uno de ellos goza de una parte de la prestación, por lo cual es permitido que uno de los acreedores condone su parte en la deuda o reciba, en cambio de la cuota que le corresponde, algún dinero a modo de dación en pago. No obstante, ninguno de los acreedores está en el derecho de condonar o recibir algún precio a cambio de la totalidad de la deuda. En cuanto a los modos de extinción de las obligaciones, la totalidad de obligación indivisible sólo es susceptible de extinguirse mediante el pago o la prescripción.

La interrupción y suspensión de la prescripción que favorece a uno de los acreedores se extiende a los otros. No existe norma expresa que determine esta disposición, sin embargo, tal consideración encuentra su fundamento en dos tesis: la primera, se justifica en el artículo 943 del Código Civil que dispone que en materia de servidumbres si un predio pertenece a varios propietarios y uno de ellos se beneficia o se perjudica con la prescripción, de esta manera, se entenderá para todos; la segunda, advierte que la tesis anteriormente mencionada incurre en

un error al equiparar derechos reales con derechos personales; el hecho de que la prescripción beneficie o perjudique a los propietarios se deslinda del régimen al que pertenecen las obligaciones indivisibles, ya que si sólo se beneficiara a uno de los acreedores, este último podría exigir la obligación y negarse a transferirla a sus coacreedores argumentando que para ellos la acción ha prescrito.

Los efectos por el aspecto pasivo alcanzan una considerable similitud con las obligaciones solidarias, así mismo, cada uno de los deudores está en la necesidad de cumplir con la obligación absoluta, sin embargo, a diferencia de la obligación solidaria, el deudor demandado goza del beneficio de plazo, tiempo en que puede ponerse en contacto con sus codeudores para que contribuyan en el cumplimiento de la obligación. Pero este beneficio de plazo es de carácter restrictivo, ya que sólo puede ser invocado por el deudor demandado en la medida en que la prestación para su cumplimiento requiera de la concurrencia de voluntades de todos los deudores, si la prestación exigida puede llevarse a cabo sólo por el deudor demandado, este no puede respaldarse en el beneficio de plazo, sólo en la acción indemnizatoria contra sus codeudores.

Respecto a los codeudores, es decir, donde sólo el aspecto pasivo se encuentra con pluralidad de sujetos y el activo con un único acreedor, si es posible que los codeudores con consentimiento de este extingan la obligación por cualquier modo, pues el interés de los deudores es que queden libres frente a la obligación sin importar el modo que la extinga. La mora y la culpa, a diferencia de la solidaridad no se transmiten a los codeudores, ya que la indivisibilidad del objeto, o lo convenido o estipulado legalmente, no repercute en la acción de indemnizar los perjuicios de forma conjunta, sino que será el deudor responsable del incumplimiento el que deba indemnizar el daño, pero si se ha estipulado cláusula penal, el acreedor podrá exigir el monto de los perjuicios a cualquiera de los deudores.

El artículo 1583 C.C. enuncia los casos en que se exceptiona la divisibilidad en la obligación, algunos de ellos ya han sido mencionados, sin embargo, es conveniente estudiar los casos restantes. En materia de garantías se considera la obligación indivisible, ya que el deudor ha pagado parte de la deuda sólo podrá recobrar la cosa hipotecada o empeñada mediante la cancelación total de esta. Así mismo, si lo que se debe es un objeto de cuerpo cierto no puede darse cumplimiento a la prestación por partes.

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Se habla de transmisión de las obligaciones cuando uno de los sujetos de la obligación transfiere su posición en el vínculo obligatorio a otro sujeto; aquellas son susceptibles de ser transmitidas, tanto por el aspecto activo, si es el acreedor quien transmite su crédito, o por el aspecto pasivo, si el deudor traspasa su deuda; en ambos casos, la obligación permanece intacta; siendo la misma tanto antes como después de la transmisión.

Así mismo, la causa de la transferencia puede venir por razones *mortis causa* o *inter vivos*, la primera es ampliamente tratada en el libro III de nuestro Código Civil, que trata de la sucesión por causa de muerte, la segunda, hace referencia a cuando las partes por medio de la autonomía de la voluntad deciden transmitir las obligaciones a otro sujeto para solventarlas, cederlas o librarse de ellas; siendo así, sólo nos detendremos a analizar la transmisión *inter vivos*.

La transmisibilidad de las obligaciones es en principio una incursión del derecho moderno. Antiguamente, remitiéndonos exclusivamente al Derecho Romano, el vínculo obligatorio no podía ser sustituido puesto que estaba revestido de una concepción enteramente personal, ya que la obligación surgía en consideración a los sujetos que la adquirían, es decir, en razón a las calidades de los obligados, siendo en un inicio toda obligación *intuitupersonae*, además, la obligación poseía un sentido material puesto que una vez adquirida se ataba a la persona y en caso de incumplimiento esta era perseguida fiscalmente (*Manusinjectio*).

No obstante, el dinamismo del tránsito jurídico chocaba con la rigidez del formalismo romano, es entonces, cuando comienza a apreciarse que la obligación es eminentemente patrimonial y que los sujetos sólo adquieren una posición formal, aun así, la transmisibilidad no se incluye en los preceptos romanos.

Cesión de créditos

Formalidades

La cesión de créditos es el traspaso que hace el acreedor a otro sujeto mediante un contrato, del derecho de crédito que posee, ocupando este último su posición en el vínculo obligatorio. Quien traspasa su derecho se denomina, *Cedente*, y quien adquiere el derecho, *Cesionario*. La Corte Suprema de Justicia en su sala civil ha manifestado:

(...) Constituye esta figura [la cesión de créditos] una convención, que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que sólo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (artículo 1964 del Código Civil), convención en la que no es esencial el consentimiento ni la intervención del deudor porque para sus relaciones con el nuevo acreedor basta la notificación de la cesión (artículo 2960, *ibidem*) (...)¹⁸⁸.

En Roma, no estuvo presente esta figura por los argumentos anteriormente expuestos, empero, cuando se hizo imperativo la sustitución de una de las partes, surgió la *novatio* en cuanto a la persona, pero la novación, diferente a la cesión, implica la extinción de la obligación primitiva al ser reemplazada por la nueva (1625 C.C.); de tal forma que la obligación pierde todas sus garantías, afectando así al beneficiario. También se acudió a la *representación procesal*, el cedente nombraba un procurador (cesionario) para que hiciese el cobro del crédito, facultándolo para retener lo pagado. La representación procesal era realmente un

.....
188 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1940. Magistrado Ponente Dr. Liborio Escallón. P. 496 a 502.

mandato, siendo posible que el procurador (cesionario) estuviera en desventaja ante el carácter revocable del mismo.

Ante los inconvenientes que presentaban las anteriores figuras, se le concede al cesionario *procurator in rem suam*, la *actioutilis* por medio de la cual podía ejercer las mismas acciones que poseía el titular del crédito, pudiendo dirigirse contra el deudor de una forma totalmente independiente, en la que no se reportaba ningún beneficio para el acreedor.

A pesar de que el Derecho Romano, de forma alguna dio paso a que uno de los extremos de la obligación fuese sustituida, sólo lo hizo de manera indirecta y por medio de instituciones intermedias que no concibieron la transmisibilidad de las obligaciones en su sentido pleno, se tuvo que esperar hasta el Código de Napoleón para que la cesión de créditos se perfilase y adquiriera matices propios.

La cesión de créditos en nuestro régimen jurídico, es una institución contractual deslindada totalmente de otros tipos contractuales. En materia de derecho civil español y francés, la cesión es vista dentro del título de la compraventa, y por tal razón puede involucrarse con otros negocios como la permuta, la donación y el usufructo. La doctrina española, en específico, reconoce el error de su ordenamiento al admitir que se confunde la cesión con la causa o el contrato del cual proviene, aunque este constituya en si mismo su forma y regla sustanciales¹⁸⁹.

Efectos entre las partes

La cesión de créditos, se encuentra regulada en el artículo 1959 del Código Civil, subrogado por el artículo 33 de la ley 57 de 1887. Tal precepto establece los requisitos que la institución debe reunir para nacer a la vida jurídica; la cesión ha sido considerada como un acto con doble formalidad, puesto que para que surta efectos se necesita, en primer lugar, la *nota de cesión* en el título que se transfiere, la cual contiene la designación del cesionario y la firma del cedente, y en segundo lugar, la entrega del título. Si el título no consta en un documento, el cedente debe otorgar necesariamente uno al cesionario (art. 1961 C.C.).

En virtud de la cesión, el acreedor que traspasa su derecho de crédito queda totalmente abstraído del vínculo obligacional, sin embargo, si la cesión no ha sido notificada al deudor y este último paga al acreedor creyendo que es el titular del

189 Puig Peña, Federico. *Obligaciones y Contratos*. Tomo III. Ediciones Pirámide, Madrid. 1976.

crédito, el pago es válido, ya que esta amparado por el principio de la buena fe de acuerdo al artículo 1634 del Código Civil. De igual manera, los acreedores del cedente pueden embargar el crédito y en virtud de no existir notificación no podrá oponerse frente a terceros (art. 1963 C.C.). También corresponden al cesionario, los frutos, intereses, provechos, daños, y gastos que pretenda con el crédito adquirido.

El nuevo acreedor (cesionario) entra a ocupar la misma posición en la obligación, estando en las mismas condiciones del primero y siendo beneficiario de las mismas garantías de la obligación, ya que transmitida la obligación, así mismo se traspasan sus accesorios. El artículo 1964 *ibidem* estipula que la cesión comprende las fianzas, privilegios e hipotecas. Frente a esta norma la jurisprudencia y la doctrina se dividen, puesto hay quienes consideran que el mencionado artículo hace una enumeración *taxativa* y por otro lado hay quienes arguyen que se trata de una enumeración *enunciativa*. Estos últimos citan como ejemplo la cesión que hace el vendedor de su crédito por el precio de la cosa, quedando también cedida la acción resolutoria en caso de que el comprador incumpla. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha reiterado:

(...) la cesión de un crédito “transmite todo lo que constituya la realidad del crédito mismo y tenga conexión con él: la fianza, privilegios e hipotecas, la acción ejecutiva de que esté revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que le corresponde al mismo, y, en general, cuanto pertenezca al crédito en cabeza del cedente, de quien el cesionario es un verdadero sucesor. Lo único que no transfiere la cesión son las excepciones personales del cedente¹⁹⁰.

De igual manera, ha surgido la controversia de que si la cesión cuando traspasa un derecho hipotecario requiere ser registrado nuevamente, quienes consienten esta tesis argumentan que el artículo 1964 del Código Civil, si bien, menciona la cesión que un derecho hace el traspaso con sus accesorios, hipoteca, fianza, o privilegios. No se refiere la norma a cómo debe hacerse la cesión cuando se trata de transmitir a su vez la garantía hipotecaria, y en obediencia al artículo 756 que vendría a completar el mencionado anteriormente, no habría que necesariamente

.....
190 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 12 de 1950. Magistrado Ponente Dr., Pedro Castillo Pineda, p. 55.

hacerse la inscripción para su perfeccionamiento¹⁹¹. Al respecto de este punto la Corte Suprema ha manifestado:

Esta Corte ha sostenido siempre que la cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada. En sentencia de 31 de agosto de 1920 dijo lo que sigue: “Aun cuando un crédito esté garantizado por hipoteca, la cesión de él no requiere escritura pública. Transmitido el crédito en virtud de la entrega del título con la nota de cesión, lleva consigo todos sus accesorios. No se pueden exigir más formalidades para que la hipoteca sea traspasada al nuevo acreedor, que las que se exigen para el traspaso del crédito al cual accede, porque de otro modo, se convertiría lo accesorio en principal, lo que no ha querido la ley”. En sentencia de 21 de febrero de 1925 dijo esto: “El existir al pie de la escritura registrada la nota de cesión y hallarse la escritura en poder de cesionario, constituye la prueba de la cesión y el hecho de haber quedado ella consumada¹⁹².”

También ha dicho:

... la cesión de un crédito asegurado con hipoteca anotada no necesita anotarse de nuevo por razón de esta, pues lo que se cede es la acción principal, o sea, el derecho a percibir y cobrar dinero, cosa mueble; y a esta acción o derecho personal, principal, sigue la seguridad hipotecaria...¹⁹³.

Siguiendo el tenor del artículo 1964, su última parte estipula que por medio del contrato de cesión del crédito no se traspasan las excepciones personales del cedente, en el caso del artículo 1743 del Código Civil, no podrá alegar la nulidad relativa, ya que esta sólo puede ser invocada por la parte en cuyo favor ha sido establecida¹⁹⁴, ya que se entiende que la única persona que podría invocar dicha

191 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen III. Segunda Edición. Universidad Nacional de Colombia. 1957.

192 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente: Liborio Escallón. P. 835 a 839.

193 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de julio de 1890.

194 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de julio de 1941, reiterada por la Sentencia del 12 de septiembre de 1950.

presunción sería la parte que tuvo la relación contractual directa, y no una parte que posteriormente se involucra como es el caso de la cesión de créditos.

El contrato de cesión de crédito presupone la responsabilidad del cedente, según el Art. 1965 del Código Civil, este debe garantizar la existencia del crédito al momento de la cesión, es decir, que el cedente es el acreedor real del vínculo obligatorio y que su deudor realmente ha contraído una deuda con él; no obstante, el cedente no se hace responsable por la solvencia futura de su deudor, si tal responsabilidad se pacta, el cedente sólo será responsable de la solvencia presente. Aun así, pueden las partes convenir expresadamente en que el cedente responderá por la solvencia futura del deudor, si dado el caso, el deudor se presenta como insolvente, según sea solvencia presente o futura, el cedente deberá responder por la deuda a su cesionario.

Efectos frente a terceros

Para que la cesión de créditos pueda ser oponible a terceros, es decir, a aquellos que no representen interés alguno en la celebración del contrato, entre los cuales se encuentra el deudor de la obligación, se requiere indispensablemente la notificación al deudor (siendo que acepte o no), o la aceptación de este (art. 1960 C.C.), la aceptación por parte del deudor puede ser tanto expresa o tácita, la primera cuando lo acepta explícitamente y la segunda cuando hace un intento de pago del crédito.

La aceptación por parte del deudor puede hacerse sin reservas, en cuyo caso no podrá el deudor excepcionar la compensación por los créditos que antes de la aceptación hubiese podido oponer al cedente. En el caso contrario, es decir, cuando la cesión no ha sido aceptada, el deudor podrá oponer en compensación todos los créditos, así sólo sean exigibles después de la notificación. Frente a esto la Corte Suprema ha dicho:

Dos formas consagra la ley civil para que el deudor quede vinculado a la operación de cesión; la notificación judicial de la cesión o la aceptación de ella. Al crearse el lazo de instancia entre el actor y el demandado en un proceso se verifica esa notificación judicial de la cesión, con vista y presentación del título respectivo, sin que pueda alegarse que tal notificación judicial no se hizo porque el deudor demandado se opuso a la cesión o no convino en las pretensiones del actor demandante, en el hecho o en el derecho. Acéptese o no la cesión, los fundamentos de la acción

incoada, el fenómeno de la notificación queda cumplido y desplazado el crédito de manos del acreedor cedente a las del cesionario¹⁹⁵.

Como ya se mencionó, si no se hace la notificación, el pago que haga el deudor al cedente es válido y aquel no podrá oponerse frente a terceros o al embargo que del crédito quieran hacer sus acreedores, aunque ya haya sido cedido, ya que la notificación es el instrumento con el cual se entiende que el cedente ha dejado de poseer el dominio sobre dicho crédito, y si este acto no existe, se entiende que aún sigue ejerciendo actos de dueño, por lo cual sus acreedores podrían perseguir en búsqueda de garantizar el cumplimiento de sus créditos. En cuanto al cesionario, quien ostenta el crédito cedido, si no media notificación, sus acreedores no podrán beneficiarse del nuevo activo que ha ingresado a su patrimonio.

Títulos valores

El artículo 619 del Código de Comercio estipula el concepto de Títulos Valores, al tenor de la norma, son aquellos documentos necesarios que legitiman el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Nuestro ordenamiento a diferencia del español, si contiene una definición concreta de título valor, la doctrina española ante esta carencia, confunde las expresiones título valor y título de crédito, duda que en nuestro régimen se encuentra completamente dilucida por norma expresa.

Los títulos valores poseen cuatro características indispensables, *autonomía, literalidad, incorporación, y legitimación*. La primera hace referencia a que una vez entre el título en circulación, este se depende de la causa por la cual fue emitido, la autonomía sólo opera en la circulación del título y no antes de esta, pues en este último caso puede excepcionarse frente a las causas, pero la regla general es que estando el título en el tránsito jurídico, este se separa del contrato inicial, se entiende que hay una separación del negocio subyacente, donde la causa por la que se emitió dicho título valor se desvanece frente a los siguientes cedidos o endosantes, lo cual imposibilita a que estos puedan alegar cualquier tipo de irregularidad referente a la causa del negocio del cual se desprendió dicho título valor.

.....
195 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 24 de marzo de 1943. Magistrado Ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez. P. 242.

El carácter literal del título se relaciona con el hecho de que lo contenido en él es certero, haciendo una limitación del derecho que ostenta el acreedor; si el importe que contiene el título aparece en palabras y en cifras y, estas difieren, sólo será válido el monto escrito en palabras, si dado el caso hay varias cantidades tanto en número como en palabras, valdrá sólo la suma menor expresada en palabras (art. 623 C.Co.).

La incorporación tiene que ver con el hecho de que el derecho está inmerso en el título valor, el derecho sólo existe mientras existe el título, si el título valor desaparece no puede exigir el acreedor al deudor el cumplimiento de la prestación, ya que el ejercicio del derecho incorporado requiere de la exhibición del mismo. El derecho está materialmente plasmado en el documento, quien tiene el título valor tiene el derecho y no quien tiene el derecho tiene el título. Respecto a este punto, la doctrina española ha hecho una apreciación importante con respecto a los títulos valores, *en ellos, la comunidad del destino entre el título (cosa corporal) y el derecho (cosa incorporal) es absoluta...*¹⁹⁶, donde el ejercicio del derecho que proviene del título, está totalmente condicionado a la posesión del documento.

No obstante, existe una excepción a este principio de incorporación, ya que si un título valor se destruye o deteriora, siendo imposible su circulación, quien era tenedor del mismo puede exigir jurídicamente por medio de la reposición, si aun conserva los datos suficientes para la identificación del mismo, que este sea reconstruido. También puede en caso de que una de las firmas de los suscriptores sea tachada o destruida, pedir que estos firmen nuevamente el documento (art. 802 C. Co.).

La legitimación hace referencia a los requisitos que debe reunir una persona para poder exigir y esperar la protección legal cuando se está frente a un título valor. “Desde este punto de vista, entonces el título valor cumple una función documental adicional: la de servir de documento de legitimación para identificar a aquel que está dotado para demandar el cumplimiento de la prestación y, en general, para ejercer cualquier derecho derivado del documento¹⁹⁷”.

El título valor debe llevar como obligación, tanto la descripción del derecho allí incorporado, como la firma, sello o contraseña de quien lo crea (art. 621 C.Co.);

196 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III. Temis 1987. Bogotá.

197 Martínez Gaitán, *Lecciones sobre títulos valores*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2009. P. 83.

se presume, si no lo mencionan las partes, que el cumplimiento de la obligación se efectuará en el domicilio de quien ha creado el título; si se estipulan varios domicilios, el tenedor tendrá el derecho de elección (art. 621 inc. 4).

Clases de títulos valores

Los títulos valores pueden ser de tres clases, *Nominativos*, *A la orden* y *Al portador*. Son títulos nominativos aquellos cuyo tenedor es determinada persona, pues quien figure en este será reconocido como el legítimo tenedor, por lo tanto, están destinados a permanecer en manos del titular. Esta clase de títulos valores requieren para su circulación del registro, el endoso y la entrega, la firma y el registro. La negociación de este tipo de título no produce efectos inmediatos sino entre el endosante y el endosatario, sólo pueden producir efectos frente a terceros por medio de la inscripción.

Son títulos a la orden, aquellos que no requieren de registro, se transfieren por medio del endoso y la entrega del respectivo título, sin embargo, la posesión legítima del mismo está vinculada a ciertas cláusulas que facilitan la titularidad del mismo; y son títulos al portador, aquellos que se transfieren por la sola tradición-entrega; la simple exhibición legitimará al portador y su tradición se realizará por la sola entrega; con la sola tendencia del título se identifica como portador y se faculta para el cobro.

La exhibición del título beneficia al acreedor, ya que este no debe probar la causa del derecho o la tenencia del mismo, y tratándose de títulos al portador, se exime de la prueba de su identidad. En cuanto al deudor, este también obtiene beneficios, ya que sólo puede ser constreñido a cumplir con la obligación, por medio de la presentación del documento. La exhibición también extiende sus efectos hasta el derecho mismo, ya que la extinción del mismo va ligada a la extinción del documento, siendo imposible la exhibición se desvanece el derecho.

Formas de circulación y tipos de endoso

Los títulos valores en nuestro régimen jurídico sólo circulan mediante el endoso y la cesión. El endoso es aquella institución mediante la cual el acreedor cambiario faculta a otra persona para que cobre parte o la totalidad de los derechos que incorpora este título, se realiza normalmente mediante una inscripción

al dorso del título, tal figura se constituye como una de las formas de transmisión de obligaciones en materia comercial.

El endoso puede ser de tres clases según el artículo 656 del Código de Comercio, el primero de ellos, y el que se concibe como la regla general, es el endoso *en propiedad*, por medio del cual se faculta al endosatario para que haga el cobro del derecho incorporado en el título, esta clase de endoso siempre se presumirá si las partes no dicen nada.

Así mismo, el endoso puede ser también en *procuración* o como ha sido denominado por la doctrina francesa, a *título de poder*, aquel que no transfiere la propiedad pero faculta al endosatario para que haga cobro judicial o extrajudicial del mismo sin que pueda retener lo pagado. Este tipo de endoso es el que comúnmente se le hace a los abogados otorgándoseles todas las facultades del mandato judicial para cobrarlo y, por lo tanto, puede ser revocado por el endosante haciéndolo saber al deudor, ya que si el deudor paga al endosatario sin conocimiento de la revocación el pago será válido. El endosatario a su vez podrá endosar el título en procuración y ostentará todas las facultades surgidas en el mandato, incluso de aquellas que requieren cláusula especial, no obstante, se excluye la facultad de transmitir el dominio. El endosatario puede oponer en este caso, tanto las excepciones reales y personales del endosante.

El endoso en garantía, según el artículo 659 del Código de Comercio, constituye un derecho prendario sobre el título, confiriendo al acreedor prendario tanto los derechos derivados de la garantía prendaria como aquellos que provienen del endoso en procuración. Por medio de este endoso, la circulación del título funciona como prenda de garantía. Aquí, el endosatario, no puede oponer las excepciones personales del endosante.

Eventualmente puede presentarse el fenómeno jurídico de la cadena de endosos, una especie de forma de circulación de la letra, y que se realiza por medio de la inscripción de los tenedores sucesivos, se considerará como tenedor actual quien figure en el último lugar de la lista. Ligada a la cadena de endosos, se encuentra la acción de regreso, ya que todos los endosante tienen la calidad de deudores, en caso de existir alguna irregularidad, la finalidad de tal acción es devolver el título hasta la presencia de dicha irregularidad.

El aval

El aval es la garantía de la obligación y es exclusivo de los títulos valores, y modernamente en algunos contratos de seguro. El avalista puede garantizar la deuda en sus totalidad o parcialmente, pero en todo caso responderá por ella solidariamente, no sólo con su avalado sino con las demás partes de la obligación.

Quedará constituido el aval en un título valor cuando en este, seguido de la expresión *por aval*, o cuando exista una firma en el título valor sin que se pueda reconocer el papel que está desempeñando. El avalista es el equivalente al codeudor solidario en materia civil, sin embargo. Con otras figuras como la fianza, la cual también garantiza el cumplimiento de una obligación, guarda notables diferencias.

En tanto que el alrededor de la fianza surgen dos deudores frente a una sola obligación, cuyo cumplimiento se garantiza. Cuando se avala una obligación surgen dos obligaciones autónomas, que son la del avalista y la del avalado. Así mismo, mientras que el fiador goza del beneficio de excusión, que consiste en que primero sean perseguidos los bienes del deudor principal y ante la insolvencia de este procedan con los suyos, el aval no goza de tal beneficio, porque responde frente a la deuda, como ya lo mencionamos, solidariamente.

La fianza es por naturaleza gratuita, eventualmente puede el fiador ser remunerado por el servicio que presta según el artículo 2367 del Código Civil. El aval, por su lado, también puede recaer a título gratuito, aunque en la inmensa mayoría de los casos es de carácter oneroso. Estas dos figuras también se diferencian en que mientras la primera no se presume, el aval en conformidad con el artículo 634 del Código de Comercio siempre se presumirá cuando en el documento conste una firma a la que no se le pueda establecer otro significado.

Como ya lo dijimos, la constitución del aval es un acto solemne, mientras que la fianza en materia civil es un acto enteramente consensual, no siendo de igual forma la fianza en comercial, la cual es también solemne. En materia de excepciones, el fiador puede oponer excepciones personales de su deudor; en tanto que el aval no puede excepcionar la de su avalado. Si la obligación del avalado llega a ser nula, inválida, ineficaz, o inexistente por carecer de los requisitos indispensables para que nazca a la vida jurídica, la de su avalista se mantiene; tratándose de la fianza, el fiador sigue la suerte de su fiado, siguiendo el postulado de que lo accesorio sufre la suerte de lo principal.

Diferencias entre cesión y endoso

El endoso en primer lugar es el exclusivo de los títulos valores, y por lo tanto está regulado por la normatividad mercantil, la cesión de créditos en cambio, se encuentra reglamentada por los preceptos del derecho civil, aparte de los ordenamientos que cobijan estos dos modos de transmisión de obligaciones, existen sustanciales diferencias.

En el endoso se debe responder necesariamente por el pago de la obligación, no siendo de esta forma en la cesión de créditos, y mientras que en el primero se puede prescindir de la notificación, ya que la sola exhibición del título confiere la facultad para cobrarlo; en el segundo es imprescindible la notificación para que este tenga conocimiento de su nuevo acreedor.

En materia de perfeccionamiento de estos modos de transferir las obligaciones, la cesión es doblemente formalista, puesto que para que surta efectos, se necesita de la nota de cesión en el título, la cual designa al cesionario e incluye la firma del cedente y, de la entrega del documento, en el endoso sólo es suficiente la escritura al reverso del documento.

Al ser el título valor autónomo, es decir, al desprenderse de su relación o negocio causal, no cabe oponer excepciones en cuanto a esto. En cambio, en la cesión de créditos sí es posible presentar excepciones con respecto a su nexos causal, ya que se conservan los beneficios y desventajas del negocio. Y en cuanto a la prescripción en los títulos valores, debe decirse que estos son variados dependiendo de la figura, de este modo se tiene que los cheques prescriben en 6 meses, la acción directa en tres años, y la acción de regreso en uno. Los créditos prescriben en diez años si se trata de prescripción ordinaria y veinte años si es extraordinaria.

Cesión de deudas

Se entiende por cesión de deudas la transmisión del extremo pasivo de la obligación, es pues el contrato mediante el cual el deudor traspasa su deuda a otro sujeto para que este cumpla con la obligación, obligación que por el traspaso no sufre alteración alguna (*idem debitum*), liberándose totalmente del vínculo el deudor primitivo.

La cesión de deudas, o como también ha sido llamado por la doctrina, asunción de deudas, no fue en principio aceptada en la órbita jurídica, si bien como

anteriormente se mencionó, la cesión de créditos vio truncada su evolución jurídica debido a la preponderante influencia de los preceptos romanos. La cesión de deudas no logró ni siquiera ser medianamente aceptada, ya que respecto al sujeto pasivo de la obligación existía una fuerte e inveterada concepción de que quien accedía a contratar con este lo hacía debido a sus calidades personales (*intuito personae*).

El Código Civil Colombiano, al igual que el Chileno, el Español y el Francés no consagran en ninguno de sus preceptos la asunción o cesión de deudas, debido a que estos ordenamientos encuentran su fuente en el Derecho Romano; el derecho germánico (*Código Alemán de 1900*) y el derecho suizo, por el contrario, si han reglamentado la cesión de deudas. No obstante, en el Derecho Alemán para que pueda proceder esta institución, se requiere de la aquiescencia del acreedor. En el país, a lo largo del tiempo, esta figura ya se ha ido implementado, pero al igual que en el Derecho Alemán es necesario notificar al acreedor y obtener su aprobación para que opere la figura.

La doctrina colombiana ha considerado que la asunción de deudas encuentra sus fuentes en la sucesión mortis causa y en el negocio jurídico; la primera hace relación a las deudas del causante que deben cancelar sus herederos, así lo dispone el artículo 1155 del Código Civil; la segunda, por el contrario, no ha sido incluida en el Código Civil Colombiano, existen algunos ejemplos, como en el caso de quien accede a un bien inmueble debe respetar el contrato de arrendamiento (*Art. 2020 C.C*), pero es posible que no se trate de una cesión de deudas sino de una cesión de contratos¹⁹⁸.

El artículo 2178 *ibidem* podría acercarnos a una noción de asunción de deudas, ya que ante la insolvencia de los deudores, el mandatario mediante un pacto especial puede responsabilizarse de la deuda, constituyéndose como el deudor principal. A pesar de que la asunción de deudas no ha sido incluida en el ordenamiento jurídico colombiano, se ha considerado que el principio de la autonomía privada que rige sobre este hace factible que tal institución tenga cabida en la cotidianidad del tránsito jurídico, y así como se transmite el extremo activo de la obligación, pueda ser concebido el polo pasivo de la misma¹⁹⁹. Cabe argumentar que dicha figura puede darse sin ningún problema por la novación subjetiva, ya

198 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1998.

199 Pérez Vives, Álvaro. *Op., cit.*, P. 97.

que la obligación se extingue y crea una nueva al reemplazarla por nuevos sujetos contractuales, como se presenta en este escenario, donde se reemplaza la parte pasiva de la obligación por otra.

Uno de los principios condicionantes para que pueda ser viable la cesión de deudas es que el derecho que el acreedor posee en el vínculo obligacional no puede sufrir detrimento alguno por causa de la cesión, ya que, si el patrimonio del deudor cesionario no es garantía suficiente, la cesión no es procedente. Por tal razón, es indispensable la aprobación del acreedor, la cual puede realizarse por medio de la aceptación directa que hace el acreedor a su deudor cuando este último decide cancelar la deuda, siendo no necesario el acuerdo con el antiguo deudor, o por medio del contrato que realiza el cedente y cesionario, convenio que debe ser ratificado tanto de manera expresa o tácita.

La asunción de deudas ha sido considerada por algunos ordenamientos extranjeros como solemne, y por lo tanto debe constar en escrito, es este el sentir del Código Civil Checo, el cual hace énfasis en la no alteración de la obligación cuando es cedida.

En síntesis, podemos concluir que los efectos de la cesión de deudas son los siguientes. En primer lugar, el deudor antiguo se desprende totalmente del vínculo obligatorio; en segundo lugar, el cesionario o nuevo deudor asume la misma posición del deudor primitivo; en tercer lugar, la obligación se mantiene intacta, no sufre modificación alguna como consecuencia de la cesión; de este tercer efecto se deriva lo siguiente, que el crédito del acreedor aun se encuentra respaldado por la garantías que a su favor estableció al antiguo deudor y, que el nuevo deudor puede oponer todas las excepciones que considere convenientes, excepto aquellas que son enteramente personales.

Delegación

La delegación puede constituirse como uno de los antecedentes romanos a la cesión de deudas, la necesidad de transmitirse el vínculo pasivo de la deuda, llevó a que se aceptara la sustitución del deudor, pero como ya lo mencionamos, la concepción material y personal sobre quien se obligaba, sólo concedió que el reemplazo del sujeto pasivo se hiciese pero extinguiendo la obligación antigua, de tal modo que los perjuicios y garantías de la obligación anterior desaparecían por medio de la novación.

Consiste esta figura, en el convenio que realizan tanto el deudor primitivo como el nuevo deudor, para que este asumiera la deuda inicialmente contraída por aquel. “Consiste esta figura, en el convenio que realizan tanto el deudor primitivo como el nuevo deudor, para que este asumiera la deuda inicialmente contraída por aquel. La idea era simplificar la relación entre los tres sujetos. Así, la delegación se puede definir como un acuerdo entre dos personas una de las cuales es deudor (delegado) de la otra (delegante), para que aquella le pague a un tercero (delegatario), una obligación de la cual este último es del delegante²⁰⁰.”

La delegatio constituía la regla general y común de transmitir el extremo pasivo de la obligación implicando la extinción del vínculo primitivo, siendo por tal motivo, una especie de novación subjetiva entre comillas. Al respecto, aclara el Tamayo Lombana, cuando dice: “la delegación es una operación *sui generis*, que es susceptible de configurar o no novación²⁰¹”, el mismo autor expone que la delegación configura la novación “cuando interviene el consentimiento del delegatario (el primer acreedor), para aceptar la delegación que ha hecho su deudor y, básicamente, para liberar a este²⁰²”. De lo anterior se deduce que si el deudor original o el acreedor no aceptan la intervención de un tercero para que reemplace al deudor primario no se producirá novación, ya que esta necesita consentimiento expreso. Si se reemplaza al deudor original sin el consentimiento tanto de la parte deudora como acreedora se estará frente a un caso de delegación imperfecta o expromisión, pero si al contrario las dos partes están de acuerdo en permitir el paso a un segundo deudor para reemplazar al original se estará frente a una delegación perfecta que desembocará en la novación.

Expromisión

Esta institución consiste en que el deudor primitivo se libera de la obligación, puesto que otro sujeto se hace cargo de la deuda, sin que haya conocimiento o aquiescencia del primero. Es decir, alguien decide pagar autónomamente la deuda haciéndole saber al acreedor que se quiere asumir la posición del deudor. Se

200 Barrera Tapias, Carlos Darío. *El derecho de las obligaciones. Concepto, clasificación, transmisión y extinción*. Bogotá: Universidad Javeriana. 2012. Pág. 146.

201 Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. Las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis. Colombia, Bogotá, 2003. P. 160.

202 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 160.

contraponen esta figura a la *delegatio*, puesto que aquí no hay convenio o acuerdo entre el antiguo deudor y nuevo deudor, pero aun así, también implica la extinción del vínculo y por tal razón fue vista en la óptica jurídica romana como una especie de novación personal, extinguiéndose de igual manera los perjuicios y garantías de la obligación anterior.

Tanto la expromisión como la delegación, fueron instituciones derivadas de la novación subjetiva o personal, que sirvieron en Roma para transmitir el aspecto pasivo de la obligación, bien fuera, por medio del acuerdo de deudor antiguo y el nuevo deudor, o cuando el acreedor admitía cancelada la deuda por el pago hecho por un tercero, aunque el verdadero deudor no hubiese consentido el pago hecho por este.

Cesión de contratos

La cesión de contratos es la sustitución de cada una de las partes que integran la relación contractual por un tercero, o como ha expresado la doctrina, la yuxtaposición de obligaciones en virtud de una convención hecha por las partes que anhelan ser reemplazadas. Por medio de esta figura, se transmite simultáneamente tanto el crédito o aspecto activo, como la deuda o aspecto pasivo; el vínculo contractual cedido no sufrirá ninguna modificación o alteración, por tanto, conservará las garantías, privilegios y beneficios que emanan de la naturaleza misma del contrato, empero, la cesión no hará transferencia de los accesorios fundados en causas ajenas o aquellos relacionados con las calidades personales de los contratantes.

En nuestro ordenamiento, la cesión de contratos, se encuentra regulada expresamente por las normas mercantiles, así, el artículo 887 del Código de Comercio estipula que son susceptibles de ser cedidos los contratos mercantiles de tracto sucesivo o aquellos denominados de ejecución instantánea, siempre y cuando, estos últimos no hayan sido cumplidos parcial o totalmente.

Así mismo, dispone el artículo citado que no podrán ser cedidos los contratos de consideración *intuitu personae*, no obstante, podrán ser cedidos si media aceptación del contratante cedido, ejemplo de tal caso se da en materia de Contratación Estatal, pues la Ley 80 de 1993, que regula en exclusiva este tema, proscribire en su artículo 41 inciso 3° que para la cesión de los contratos estatales, por estar contenidos en los *intuitu personae*, debe mediar a menos que exista preciadle autorización de la actividad contratante.

A diferencia de la cesión de créditos, que esta revestida de un fuerte formalismo, la cesión de contratos puede perfeccionarse tanto escrita como verbalmente, dependiendo claro está, de si el contrato cedido es de carácter solemne o consensual. Pero tratándose particularmente de contratos que constan en escritura pública, es necesaria la autenticación de la firma del cedente y la inscripción en el registro para que la cesión sea oponible a terceros.

En materia de establecimientos de comercio, el arrendatario comercial que ha permanecido en el establecimiento comercial por más de dos años, tiene derecho a la renovación de su contrato de arrendamiento. Si el establecimiento comercial es vendido debe cederse el contrato de arrendamiento, puesto que el arrendatario ostenta el derecho de renovación lo que permite la cesión automática del contrato, a menos que se presenten tres casos, según el numeral 1° del artículo 518 del Código de Comercio, no tendrá derecho a la renovación del contrato el arrendatario que haya incumplido con este, en segundo lugar, cuando el propietario necesite el establecimiento para construirlo como vivienda propia o para destinarlo a una actividad propia y distinta a la del arrendatario, y por último, cuando sea necesaria la reconstrucción o la realización de obras que impidan la permanencia del arrendatario.

De igual manera, aunque el subarriendo se proscribe en materia civil, puede efectuarse la cesión del contrato por medio del subarriendo en materia comercial, siempre y cuando no sea superior al 50 por ciento, es decir, es permitida sin autorización del acreedor.

Efectos entre las partes

La cesión de contratos surtirá efectos entre las partes desde el mismo día en que ha sido celebrada, de tal manera que quien cede un contrato es responsable por la existencia, garantías y validez del mismo, pero no será de igual manera responsable del cumplimiento de los contratantes, claro está si las partes no han convenido que así sea. Si por el contrario, el cedente se hace responsable del cumplimiento de las partes, el cesionario, ante el incumplimiento o mora de uno de los contratantes, deberá dar aviso al cedente dentro de los diez días siguiente, pues vencido este plazo, el cedente se libra de la obligación de garantía inicialmente pactada.

Efectos frente a terceros

La cesión de contratos sólo surte efectos frente a terceros, entre los cuales se encuentre el contratante cedido cuando la cesión haya sido plenamente notificada o aceptada. Si el contratante cedido autoriza o acepta con reservas la cesión del contrato, el cedente no se desvincula, pudiendo aquel, exigir al cedente que cumpla con las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario incumpla con estas, exigencia para la cual tiene un plazo de diez días, pues de lo contrario, el cedente no será responsable.

El contratante cedido podrá oponer las excepciones que se deriven del contrato al cesionario, además podrá oponer excepciones al cedente, si la autorización o aceptación de la cesión se hizo con reserva.

Subrogación, como fenómeno jurídico

La subrogación es un concepto amplio y general, hace relación al término sustitución que puede ser tanto de una cosa por otra, como de una persona por otra; en este último caso, la subrogación, al hacer una sustitución de uno de los sujetos de la obligación, se constituye como una de las formas de transmisión de obligaciones.

Subrogación real

La subrogación real hace relación, como ya lo mencionamos, a la sustitución de una cosa por otra, de modo que, la prestación inicialmente debida se cumple por medio de otra. Ejemplo de tal puede ser la indemnización que, al ser exclusivamente avaluada en dinero, puede considerarse como un subrogado pecuniario, por medio de la cual se busca equilibrar el monto a la obligación contraída y que ha sido incumplida.

Su principal aplicación se da en materia de regímenes patrimoniales cuando dentro del patrimonio de una persona, como en el caso de los cónyuges, existen bienes con una destinación especial puesto que dentro del régimen patrimonial de la sociedad conyugal hay bienes cuya titularidad es exclusiva del esposo o la esposa y otros que son susceptibles de ser repartidos entre estos²⁰³.

También ha considerado la doctrina que se efectúa la subrogación real, cuando en una obligación de tipo facultativa o alternativa, el deudor posee el derecho

203 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 438 y ss.

de extinguir la obligación mediante el pago de otra cosa (*in facultate solutionis*), la cual no ha sido inicialmente convenida. Así mismo, ocurre la subrogación real en la dación en pago, puesto que en el momento de ser cumplida la obligación, y con la aceptación del acreedor, el deudor paga con otra cosa²⁰⁴.

Subrogación personal

La subrogación es personal cuando se sustituye una persona por otra, cuando una persona ocupa el lugar de otra, obteniendo esta, la misma posición jurídica de aquella, por ejemplo, los herederos que se subrogan en los derechos y obligaciones del causante, subrogación que opera por medio de la sucesión. Como inicialmente lo habíamos mencionado, la subrogación se establece como uno de los modos de transmitirse las obligaciones. Respecto a esta aseveración, la doctrina ha considerado que es también un modo de extinción de las obligaciones, ya que ha sido considerado como efecto de la subrogación la extinción de la obligación.

Pero resulta extraño, como posteriormente lo vamos a enunciar, que la subrogación permita la transmisión de las garantías, privilegios y accesorios de la obligación, es decir, que la obligación no sufra modificación alguna y sólo se altera por la sustitución del sujeto activo o acreedor, o la parte pasiva o deudora.

Subrogación por pago

La subrogación por pago consiste en que una persona, diferente al deudor que ha contraído la obligación, decide realizar el pago al acreedor con conocimiento del deudor, ya que si dicho pago se realiza sin su conocimiento o voluntad no podrá subrogarse tal cual lo establece los artículos 1630 y 1631 del Código Civil. Si el tercero paga con aquiescencia del deudor extingue la obligación surgida entre el acreedor y deudor, pero al subrogarse los derechos del acreedor el deudor queda atado a este último. En este tipo de subrogación ocurre la sustitución del sujeto activo o acreedor, aun así, no debe confundirse con la figura de la cesión de créditos, pues tanto esta, como la subrogación difieren en aspectos sustanciales que serán enunciados más adelante.

.....
204 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las obligaciones*. Temis. Bogotá. 1998.

Por ahora nos compete demostrar las acciones que posee aquel tercero que ha pagado por el sujeto pasivo del vínculo obligacional, para que lo pagado le sea reembolsado. En primer lugar, si el pago ha sido con consentimiento del deudor, el tercero o *solvens*, posee las acciones derivadas del mandato y la acción de subrogación en virtud de los artículos 1666 a 1670 del Código Civil; si por el contrario, el pago fue hecho sin el consentimiento del deudor, el solvens podrá ejercer las acciones procedentes de la agencia oficiosa (art. 2309 C.C.), o también aquellas que provienen de la subrogación; por último, si el tercero ha hecho el pago contra la voluntad del deudor sólo tendrá a su favor la *actio in rem verso*, la cual se origina cuando el pago reúne los requisitos de un enriquecimiento sin causa.

El *solvens*, al ejercer las acciones subrogatorias, obtiene en comparación con las acciones personales del pago un beneficio adicional, puesto que adquiere, junto con los derechos del acreedor, las garantías u accesorios, situación que no le otorga las acciones personales. Así, si la obligación se encontraba garantizada con hipoteca o fianza estas se transmitirán al solvens, asegurándose de esta manera el cumplimiento de la obligación. De igual manera, el solvens podrá gozar del interés que la obligación devengaba, el cual puede ostentar una notable diferencia con el interés legal, pues este último sólo tendría derecho por medio de la acción personal.

Respecto al artículo 1632 del Código Civil, el cual estipula que quien paga contra la voluntad del acreedor no tendrá derecho a exigir reembolso de lo pagado; una parte de la inveterada doctrina ha considerado que, por medio de una interpretación sistemática, debe prevalecer sobre el mencionado artículo el 2309 del Código Civil que reglamenta la agencia oficiosa, la cual consiste en que quien realiza la administración de un negocio ajeno en contra de la voluntad de su titular no podrá exigirle los gastos de la gestión, a menos que, la administración le hubiere sido útil y actualmente lo sea, menciona específicamente la norma, el caso de quien paga una deuda ajena. Los argumentos de quienes defienden esta tesis se justifican, en primer lugar, en la prohibición que hace nuestro ordenamiento del enriquecimiento a costa de otro, y en segundo lugar, la innegable contradicción de los artículos mencionados, pues siempre la extinción de una deuda beneficiará indiscutiblemente al obligado²⁰⁵.

.....
205 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 441.

Subrogación legal

La subrogación legal se encuentra reglamentada en el artículo 1668 del Código Civil, opera esta, en virtud del ministerio de la ley y aun en contra de la voluntad del acreedor, lo cual representa, en términos de Valencia Zea, ...*una auténtica expropiación del crédito*²⁰⁶.

Nuestro Código, en el artículo mencionado, establece seis casos de subrogación legal, a diferencia del artículo 121 del Código Civil Español, que sólo consagra tres, cuando un creador paga a otro acreedor de mejor derecho, cuando un tercero no interesado paga con autorización del deudor, y cuando un interesado paga con autorización del deudor, y cuando un interesado paga, y lo hace a manera de presunción, pues es posible que un tercero realice el pago con la intención de hacer una donación al deudor. (*Animus donandi*)²⁰⁷.

La Corte Suprema de Justicia, en materia de subrogación legal ha expresado que no podrán extenderse los casos consagrados en el numeral sexto a otros por medio de analogía, aseveración que encuentra su razón en que la subrogación ha sido incluida en el ordenamiento jurídico como una especie de ficción, las ficciones deben interpretarse restrictivamente, puesto que por medio de ella se da vigencia a una deuda que se ha extinguido mediante el pago que hace un tercero al acreedor²⁰⁸.

El primer numeral del artículo 1668 del Código Civil expresa que se efectuará la subrogación por mandato de la ley, cuando un acreedor paga a otro de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca. Encontrándose el deudor frente a dos acreedores, respecto a los cuales su deuda se encuentra respaldada de la siguiente manera, frente al primero existe como garantía una hipoteca y frente al segundo un título quirografario, es posible que al ser el bien inmueble rematado en subasta pública y por su escaso valor, el segundo acreedor, quien no ostenta una garantía de primer grado no logre satisfacer su crédito con el remanente de la subasta, decide este cancelar la deuda al acreedor que detenta una garantía preferente, y así se subroga sus derechos, para que en lo posible el crédito le sea cancelado.

Es necesario, para que prospere la subrogación del numeral 1° del 1668, que el pago hecho al acreedor preferente sea hecho por un acreedor del mismo deudor

.....
 206 *Ibidem*. Pág. 440.

207 Puig Peña, Federico. *Op., cit.*, P. 56

208 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de febrero de 1894.

y, que a quien se paga, posea indudablemente una garantía de grado superior en la escala de la prelación de créditos.

El segundo caso de subrogación legal se efectúa cuando el comprador de un inmueble es obligado a cancelar la hipoteca, subrogándose así, en los derechos del acreedor hipotecario evitar el derecho de persecución que sobre él ejecutaría el acreedor hipotecario, derecho que se deslinda al ser la hipoteca un derecho real y por lo tanto *erga omnes*. Considera la doctrina que el precio de la compraventa, si aun no ha sido cancelado, puede ser compensado por el valor de la hipoteca, pero si inicialmente fue cancelado, el comprador puede gozar de otras garantías o privilegios que harían más útil el crédito del cual es titular.

El tercer numeral estipula la deuda cancelada por un codeudor solidario o por quien responde subsidiariamente, como en el caso del fiador. El primero responde por el cumplimiento de una obligación solidaria, siendo uno de los efectos internos de este tipo de obligación, la subrogación que el deudor que paga la totalidad de la deuda hace de los derechos del acreedor, pudiendo así, exigir el resto de la deuda de los demás codeudores. Pues es principio de la solidaridad la facultad que tiene el acreedor para exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento total de la deuda, sin que este pueda excepcionar el beneficio de división, aun así, aunque tenga el deber de pagar la deuda entera, no significa esto que su patrimonio deba cargar con el peso de la misma, ya que por mandato legal puede dirigirse contra los codeudores.

El fiador, por su parte, es la garantía que se establece a favor del acreedor, para que en caso de insolvencia del deudor pueda conseguir el patrimonio del fiador y así, dar cumplimiento a la obligación. Este último, si debe pagar la deuda al acreedor se subroga sus derechos y podrá exigir el pago de la deuda a su fiado.

En el cuarto numeral, se plantea el caso de quien aceptando una herencia con beneficio de inventario, es decir, consintiendo los pasivos de la herencia hasta la convergencia de los activos, paga deudas del causante, no con dinero de la herencia sino con el suyo propio, debido a que los pasivos son superiores de los activos, de tal modo, que al no ser único heredero, se subroga los derechos del acreedor y puede exigir el incumplimiento de la deuda al resto de los causahabientes.

En el quinto caso, se estipula que quien con anuencia, (consentimiento) expresa o tácita del deudor, paga por este a su acreedor, se subroga los derechos de este. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que el simple silencio no puede

observarse como aceptación, pues quien calla ni niega ni otorga²⁰⁹. Así mismo, ha dictado la jurisprudencia que quien decide pagar por otro debe hacerlo con dinero de su propio peculio, pues la subrogación no opera si el pago ha sido hecho con dinero que ha recibido y ha sido destinado para ello, pues en este caso se encuentra realizando una obligación adquirida inicialmente²¹⁰.

La doctrina ha considerado que en el numeral 6º se trata un simple caso de mutuo²¹¹, puesto que se hace referencia a quien presta dinero al deudor para que este cancele personalmente la deuda al acreedor. Es decir, existe un préstamo del consumo, que para el caso está específicamente determinado, siendo el de dar cumplimiento a una prestación, aun así, quien ha prestado el dinero se subroga en los derechos del acreedor. Pero agrega este numeral, como primer requisito, que el préstamo debe constar en escritura pública, así como el fin del dinero prestado. De igual manera, y como segundo requisito, el pago que hace el deudor a su acreedor debe manifestarse en escritura pública en la cual se diga que el dinero con el que se ha cumplido la deuda proviene del mutuo efectuado con quien más adelante se subrogará los derechos del acreedor. El hecho de que el préstamo y el pago deba ser registrado en escritura pública, que puede ser una sola, deduce que el acto es doblemente solemne, consideración que tiene su raíz en el derecho francés.

Subrogación convencional

La subrogación convencional proviene del previo acuerdo entre el acreedor y el tercero que paga por el deudor (solvens), con base en dicho pacto, el deudor se subroga los derechos del acreedor y los privilegios, garantías y accesorios que este tiene a su favor. Para que opere la subrogación convencional, se necesita del consentimiento del acreedor, además, debe constar en carta de pago.

En la parte final del artículo de 1669 del Código Civil, la norma que estipula la subrogación convencional, se establece que esta estará sujeta a las reglas de la cesión de créditos, por lo tanto debe obedecer a la solemnidad de la cesión de créditos y constar en documento, pero con la diferencia de que la subrogación implica

.....
209 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de febrero de 1894.

210 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 1860.

211 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 443 y ss.

una carta de pago la cual debe ser entregada al *solvens* al igual que la cesión, la subrogación debe ser comunicada al deudor.

En síntesis, podemos establecer cuatro requisitos para que se perfeccione la subrogación convencional, en primer lugar, el consentimiento del acreedor, en segundo lugar, que el pago sea por un tercero; como tercer requisito, debe la subrogación constar en carta de pago y por último, la notificación al deudor.

Efectos de la subrogación

En primer lugar, por medio de la subrogación se efectúa el traspaso del crédito, bien sea a través de la subrogación legal o convencional; transfiriéndose a la vez, los privilegios, garantías y accesorios de la obligación.

El crédito cedido al tercero que paga, no sufre modificación alguna, por lo tanto, si se trata de un crédito preferencial o de un crédito que devengaba cierto porcentaje de intereses, el *solvens* ostentará el mismo crédito del acreedor cuyos derechos se subrogan. Además de lo anterior, por medio de la subrogación el *solvens* adquiere la misma calidad del antiguo acreedor, pudiendo ejecutar las acciones.

Diferencias entre cesión de créditos y subrogación

La cesión de créditos encuentra su fuente en el contrato que realizan las partes, implicando la concurrencia de voluntades entre el cedente y cesionario, en cambio, la subrogación tiene su origen en dos fuentes, en primer lugar, la ley, la cual deriva en la subrogación legal y que pueda efectuarse en contra de la voluntad del acreedor, (art. 1668 C.C.); y en segundo lugar, el contrato, estableciéndose como subrogación convencional.

La cesión, por su parte, admite la especulación, es decir, que el cesionario pueda realmente cobrar la totalidad del crédito, ya que en un primer momento el cedente sólo está obligado a responder por la solvencia del deudor hasta ese momento, al menos que se pacte lo contrario, pero si ocurre lo primero, existiría la posibilidad de que en un escenario futuro el deudor no pudiera responder con su obligación, perjudicando directamente al cesionario. Cabe agregar a esto, que la cesión permite que el cesionario adquiriera los derechos sobre esta por una cantidad menor a la establecida en el crédito. En contra posición, la subrogación sólo puede exigir el reembolso en proporción a lo realmente pagado por el tercero.

Como ya lo mencionamos, el tercero que subroga los derechos del acreedor tiene a su favor, tanto las acciones personales para exigir el reembolso de lo pagado, como la misma acción subrogatoria, en cambio, el cedente no puede sino ejecutar las acciones que se derivan del crédito cedido. Además, en la cesión de créditos, el cedente se responsabiliza por la existencia del crédito al momento de la cesión, e incluso, por medio de voluntad expresa, puede responsabilizarse de la solvencia del deudor cedido. En materia de subrogación, por el contrario, el acreedor que consiente el traspaso de sus derechos al tercero que paga, no adquiere ninguna de las dos obligaciones mencionadas.

Parte de la doctrina ha considerado que mientras la cesión constituye un modo de transmitir las obligaciones, la subrogación constituye una forma de extinción de las mismas, no obstante, esta aseveración ha sido constantemente cuestionada, porque no puede considerarse extinguida la obligación en la subrogación, ya que esta es transferida con todos sus accesorios y garantías, razón por la cual, es conveniente incluir la subrogación dentro de los modos de transmisión de obligaciones y no dentro de las formas de extinguirlas.

Acuerdo entre las partes

Las partes en su libertad contractual son independientes de concurrir a celebrar contratos con las partes que consideran convenientes, de la misma forma son capaces de realizar este procedimiento a la inversa; son completamente libres de disolver los vínculos obligacionales si así lo deciden, y si ningún impedimento legal se los prohíbe, como por ejemplo, negociar frente a obligaciones que se desprenden de derechos que por su naturaleza son personalísimos, o que su transacción no permiten en el mundo jurídico. El Código Civil en su artículo 1625 en su primer inciso establece: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

Es claro que para que por medio de una convención se extingan las obligaciones, las partes tienen que poseer ciertas características que les permita disolver dichas obligaciones. La primera de ellas, es que las personas que realizan la convención sean efectivamente las partes en las que recae la obligación; el segundo presupuesto es que sean capaces de disponer de dicha extinción, así por ejemplo, si las partes quisieran dar por terminado un contrato de compraventa, pero una de las partes fuera un menor de edad, no podría efectuarse dicho acuerdo ya que por parte del menor, previamente mencionado, no intervino ni su representante legal o su curador, si fuera el caso, siguiendo los lineamientos de la ley 1306 del 2009.

Dado lo anterior, se observa con facilidad que la extinción de las obligaciones por medio de una convención entre las partes que poseen todos los requisitos para hacerlo, resulta una manera muy armónica y generalmente sencilla de extinguir un conjunto de obligaciones, ya que no se necesita movilizar al aparato jurisdiccional del Estado para este fin, o recurrir a complejas figuras del derecho, debido a que su extinción parte de un consenso de las partes, lo que generalmente garantiza un proceso tranquilo y ajustado a las necesidades de cada uno.

Pago

El pago, como lo cita el Código Civil en su artículo 1626, es el cumplimiento efectivo de las obligaciones con el cual un deudor extingue las obligaciones que posee con su deudor. El pago es el modo normal de extinguir las obligaciones, ya que supone la ejecución efectiva de la prestación que previamente acordaron las partes, y por la que se vieron abocadas a contratar. Al respecto, Tamayo Lombana expresa: *el pago es el acto jurídico por el cual se cumple la prestación debida, cualquiera que sea su objeto (dar, hacer o no hacer), y cuyo efecto es extinguir la obligación*²¹².

Antes de continuar el análisis sobre el pago, es necesario realizar la siguiente precisión, el pago no necesariamente recae en la obligación de entregar una suma de dinero, el pago es una figura mucho más amplia a esta simple limitación. “Cualquiera que sea la obligación, el que la ejecuta está pagando. Al respecto, muy clara doctrina ha sido al precisar el sentido restringido y el amplio del vocablo pagar, el sentido usual y el sentido jurídico. En síntesis, puede decirse: en lenguaje ordinario, pagar se entiende como entregar una suma de dinero. En lengua jurídica, pagar es ejecutar la obligación, cualquiera que sea su objeto²¹³”.

El pago, como ya se dijo anteriormente puede recaer en la ejecución de una prestación de dar, como la que surge de entregar una cantidad de dinero, o de hacer, como por ejemplo realizar una obra de arte, o por último una prestación de no hacer, como la de no realizar una edificación. Todo pago supone una obligación, “esto quiere decir que el pago sólo es válido en tanto que exista una deuda

212 Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá. P. 93.

213 Cita de Tamayo Lombana, parafraseando a Pérez Vives. P. 93.

•Extinción de las obligaciones.

por extinguir y que si esta deuda no existe, lo que se haya pagado sin deberse está sujeto a repetición. Pero también puede significar que el hecho del pago hace presumir la existencia de la deuda y que corresponde al deudor, cuando pretenda repetir lo que ha pagado, probar que nada debía²¹⁴”.

El pago, para que realmente extinga las obligaciones, debe ser ejecutado acorde al tenor de la obligación misma, ya que cada prestación posee características distintas lo cual hace que su pago eficiente adopte múltiples variantes. De esto se deduce, que el acreedor no podrá ser obligado a que se le pague de forma distinta a como se estipuló o como lo determine la ley, aun sin importar que el deudor realice otro pago de parecida similitud o de mayor amplitud a la que se estableció.

¿Quién puede hacer el pago?

El pago lo puede realizar el deudor o cualquier persona que decida encargar para dicha tarea, puede pagar además cualquier persona a su nombre sin importar si es aun sin su conocimiento o contra su voluntad. Pero si la obligación recae en una obligación que necesariamente sea de *Intuitu Personae*, el pago sólo será efectivo si lo realiza la persona en la que recae directamente la obligación, o en otra que el acreedor autorice para ejecutarla.

Visto lo anterior, se entiende que dependiendo de quien pague la deuda se tendrán tres casos distintos. Si la tercera persona paga con consentimiento del deudor se subrogará en los derechos del acreedor, como ya se vio en unidades anteriores. Si el tercero paga sin conocimiento del deudor, la persona que paga sólo podrá pedir el reembolso de lo pagado, y no se entenderá subrogado en los derechos del acreedor. Pero si el tercero paga aun en contra de la voluntad del deudor, el Código Civil en su artículo 1632 manifiesta que este no tendrá derecho ni siquiera a exigir lo pagado, lo cual es claramente contradictorio a la sistematicidad con la cual se debe interpretar el Código, ya que aunque sea cierto que la figura del reembolso no está facultada en este escenario, sí podría estarlo la de enriquecimiento sin justa causa, ya que en este caso se cumplirían todos los requisitos necesarios para que prospere dicha acción, y la persona que pagó en contra del deudor recupere lo pagado.

.....
214 Planiol, Marcel & Ripert, Georges. *Las obligaciones civiles*. Editorial Leyer. Bogotá. P. 167.

¿A quién se le debe pagar?

El artículo 1634 del Código Civil establece a quién debe realizársele el pago, menciona que el pago será válido cuando se le pague al acreedor, a quien el di-pute para el pago (mandatario), a quien lo haya sucedido, a quien designe a ley (representantes legales y curadores), o el juez si se está frente a una controversia judicial. También se menciona que el pago hecho de buena fe a la persona que se consideraba poseedora del crédito será válido, aun si después se demostrara que no lo era. Si por alguna razón el deudor le paga a cualquiera de las personas, que no se mencionó anteriormente, el acreedor podrá ratificar el pago expresa o tácitamente, con lo cual este se considerará válido desde el inicio.

El Código también establece los casos en que el pago es nulo completamente, se implantan tres casos para esto; el primero es si se paga al acreedor que no tiene la administración de sus bienes, excepto que si se demuestre que fue para provecho del acreedor. El segundo escenario es cuando el juez ha embargado la deuda y el deudor aún así decide pagarle al acreedor. El tercer caso es cuando se realiza el pago con el objeto de defraudar a los acreedores, cuando están inmersos en un concurso de acreedores.

¿Cuándo y dónde debe hacerse el pago?

El pago debe realizarse en primera medida cuando sea exigible, excepto en los eventos en que este atada a una condición o plazo. Cabe resaltar además que la época específica para el pago también está determinada por el tipo de contrato, así por ejemplo si se habla de un contrato de compraventa en que no esté diferido su pago, o no se esté atado a una condición o plazo, su exigibilidad será inmediata, caso contrario a los contratos de tracto sucesivo donde se deduce que el pago se hace de forma periódica.

El Código Civil en sus artículos 1645, 1646, y 1647 establecen la forma de determinar el sitio donde se debe realizar el pago, al respecto se dice: el lugar del pago será en primera instancia el sitio que hayan acordado las partes, a falta de estipulación se seguirán las siguientes reglas: si se debe un cuerpo cierto se hará el pago en el lugar en que el cuerpo cierto existía al momento de crearse la obligación. Si se debe una cosa que sea género se hará en el domicilio del deudor, si

•Extinción de las obligaciones•

este cambió de domicilio será en el que se encontraba al momento de contratar, a menos que se estipule lo contrario.

“Según la ley comercial colombiana, si lo debido es dinero, el pago se hará en el domicilio que tenga el acreedor en el momento de la exigibilidad de la obligación, salvo estipulación en contrario. Si el acreedor cambió de domicilio, el deudor podrá hacer el pago en el lugar de su propio domicilio, previo aviso al acreedor²¹⁵”.

¿Cómo y qué debe pagarse?

Como ya se dijo anteriormente, el pago para que efectivamente extinga la obligación debe ser completo y ajustándose a la obligación debida. A continuación se analizará a más profundidad dicho postulado. “Conviene resaltar, ante todo, el principio de la indivisibilidad del pago. El *solvens* (el deudor) debe pagar exactamente la prestación debida y pagarla en su totalidad. No le es dado hacer un pago fraccionado (aun si se trata de dinero) ni pretender pagar con una cosa diferente de la debida (C.C., arts. 1627 y 1649)²¹⁶”.

Al respecto de como se debe pagar la obligación, cabe hacer referencia a las siguientes reglas. En primer lugar, el pago debe ser lo que hayan estipulado las partes, la ley o el juez. Si se trata de un género, el deudor debe darlo en la forma como está estipulado, sino lo está se entenderá que no debe entregarlo ni de la mejor forma posible, pero tampoco de la peor que exista, debe estar en un punto promedio, en la calidad mediana.

Si se trata de un cuerpo cierto el artículo 1648 del Código Civil trae las siguientes reglas. El acreedor debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre; a menos que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor o de las personas por las cuales responde; también responde el deudor por los deterioros posteriores a la mora y que no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor²¹⁷.

Cabe hacer énfasis que por regla general el pago debe ser de forma completa, pero si las partes estipulan lo contrario es posible que el pago sea fraccionado, al

.....
215 Pérez Vives, *Op., cit.*, P. 475.

216 Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá. P. 110. Primer paréntesis por fuera del texto original.

217 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 111.

respecto el Código Civil en su artículo 1649 expresa: “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convenición contraria; y sin perjuicio de lo que disponen las leyes en casos especiales”. Cuando la deuda se pueda pagar a plazos se entenderá que la deuda será dividida en fragmentos iguales, excepto si se pacta lo contrario.

Imputación del pago

Cuando un deudor le debe varias obligaciones a su acreedor que reposen en una misma naturaleza, como por ejemplo, una cantidad de dinero, es importante determinar si en un momento dado el deudor decide pagar una cantidad específica, saber a qué deuda estará dirigida dicho pago, he allí la importancia de la imputación del pago.

El Código Civil al respecto trae las siguientes reglas. Primera, el deudor puede hacer la imputación a la deuda que prefiera, pero no puede abonarla a la deuda que aún no esté vencida, debe dirigirla contra la que ya se venció, tampoco puede abonar al capital, salvo que el acreedor este de acuerdo.

Segunda, si el deudor no señala la imputación, el acreedor estará facultado para realizarla. Debe además el acreedor realizar una carta de pago donde se manifieste que el capital abonado se dirige contra el capital, y que aun los intereses se deben, sino realiza este acto se entenderá que los intereses ya fueron pagados.

Tercera, si ninguna de las partes imputa el pago, la ley presumirá que se realizó a la deuda vencida, si todas estuvieran vencidas el deudor será el encargado de señalar a cuál se imputa.

Modalidades de pago

Pago por consignación

El pago por consignación es una figura que proviene del Derecho Romano y que se utiliza cuando por algún motivo el deudor no puede pagar su obligación directamente a su acreedor, estas circunstancias pueden originarse porque, el acreedor se niegue a recibir el pago, no se conozca la ubicación de este, carezca

•Extinción de las obligaciones•

de representantes conocidos, haya fallecido y se desconozcan sus herederos o se ignore a las personas que poseen un mejor derecho frente al crédito.

Esta figura jurídica permite al deudor hacer el pago con los efectos jurídicos propios de este acto, es decir, con la extinción de la obligación, la cesación de los intereses, la liberación de responsabilidad por los riesgos de la cosa, además de la devolución de las prendas y la cancelación de las hipotecas y fianzas²¹⁸.

Para que el pago por consignación se realice y tenga validez es necesario que se cumplan ciertos requisitos, los cuales son, que se ejerza por medio de una oferta, que la persona que la haga sea capaz y sea la que está obligada a pagar, que se dirija al acreedor capaz de recibir o a su representante, que la obligación actualmente sea exigible, que se ofrezca realizar el pago en el lugar que se estipuló, y que la obligación que se ejecutará sea la que corresponde. El procedimiento para el pago por consignación está regulado en el artículo 381 del Código General del Procedimiento.

Pago con beneficio de competencia

Esta figura es de origen romano (*lex Julia*), no fue acogida por el derecho Francés, pero sí por el ordenamiento Colombiano y Chileno. En el Código Civil está expuesto en los artículos 1684, 1685 y 1686²¹⁹.

El pago con beneficio de competencia es una figura que consiste en otorgarle al deudor una autorización previa judicial, la facultad de pagar sus obligaciones con todos los bienes que posee, excepto de los cuales son necesariamente indispensables para su modesta subsistencia.

El beneficio de competencia es una figura que pretende garantizar el pago de los créditos que posee el acreedor, con la limitación de no dejar al deudor en una circunstancia deplorable²²⁰. Siendo esta la razón por la cual, cuando el deudor está cobijado bajo la figura de pago con beneficio de competencia, está obligado a completar el resto de lo debe cuando mejore su condición económica, si previamente el pago que hizo con todos sus bienes no fueron suficientes para cubrir el total de la deuda.

.....
 218 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 113.

219 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 114.

220 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 665.

Las personas que están cobijadas por el beneficio de competencia están establecidas en el artículo 14 de la ley 95 de 1890, que subroga el artículo 1685 del Código Civil. Estas personas son:

1. Descendientes o ascendientes, que no hayan irrogado ofensa alguna al acreedor y que se pueda clasificar como causal de desheredación.
2. Cónyuge, no estando divorciado por su culpa.
3. Hermanos, que no hayan cometido ofensa de magnitudes similares a las causales de desheredación por los descendientes o ascendientes.
4. A los consocios, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad.
5. Al donante, pero sólo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida.
6. Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo la cesión.

Pago por cesión de bienes

El pago por cesión de bienes está regulado en el Código Civil por el artículo 1672, dicho artículo establece: *la cesion de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas.*

Como se deduce del artículo no todos los deudores son susceptibles de que se les sea aplicable la cesión de bienes, ya que para que esta figura opere es necesario que el deudor este en un estado que lo imposibilite a pagar sus deudas. Hasta cierto punto el legislador presume la inculpabilidad del deudor en el mal estado de sus negocios²²¹.

Sin embargo, a lo anterior, el artículo 1674 del Código Civil manifiesta que cualquier acreedor puede exigirle al deudor que pruebe su inculpabilidad en la suerte de sus negocios. Esto indica que se presume que el mal manejo de los negocios del deudor corresponde a un caso fortuito, pero con un sólo acreedor que

221 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 661.

exija que se pruebe la inculpabilidad, o el buen actuar del deudor que ha sucumbido frente a un mal estado económico, el deudor estará obligado a comprobarlo²²².

Por regla general, el acreedor está obligado a aceptar la cesión de bienes como manera de pago. El mismo Código Civil en su artículo 1673 establece que esta figura será de conocimiento del juez cada vez que el deudor la solicite, incluso, si las partes estipulan en contrario. Dentro del mismo articulado del Código se establece que sólo el acreedor no será obligado a aceptar la cesión de bienes por las causales que se exponen en el artículo 1675.

Efectos de la cesión de bienes

1. Cuando el deudor es abocado a la cesión de sus bienes, estos no se transfieren a su acreedor, su derecho de dominio permanece intacto, el único impacto es que se limita su derecho de dominio sobre los mismos. Se produce un efecto negativo en la no enajenación de los bienes, por lo cual el deudor queda privado de la facultad de transferir y administrar los bienes que previamente ha cedido.
2. En el caso de que los bienes que se hayan otorgado en la cesión de bienes sean mayores a las deudas por las cuales cedió los bienes tiene derecho el deudor para exigir el exceso.
3. El deudor puede recuperar los bienes que ha entregado, si previamente cancela las deudas que tiene con sus deudores.
4. La cesión de bienes puede llevar a que en un punto se rematen los mismos, lo que hace que definitivamente el deudor pierda el derecho de dominio sobre los mismos
5. La cesión de bienes es de carácter universal, lo que implica que la cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

Novación

La novación fue concebida en el Derecho Romano como la única forma de sustituir el vínculo obligatorio, la prestación misma o el aspecto pasivo o activo

.....
²²² *Ibidem*.

de la obligación. Empero, tal sustitución acarrea la extinción de la obligación, pues la inveterada concepción personal que sobre la obligación se tenía impedía que la nueva obligación contuviera elementos de la primitiva.

La novación, según el artículo 1687 de nuestro Código Civil, es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. Así mismo, jurisprudencia la ha definido como:

...un acto jurídico de doble efecto: ella extingue una obligación preexistente, y la reemplaza por una obligación nueva que hace nacer. No hay novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior, como ocurre cuando se cambia un documento por otro, por haberse variado el objeto o causa de la cambia un documento por otro, por haberse variado el objeto o causa de la obligación²²³.

Clases de novación

La novación puede hacerse de tres modos, los cuales se encuentran señalados en el artículo 1690 del Código Civil; el primero de ellos, se realiza cuando se sustituye la obligación primitiva por otra nueva, ya sea reemplazando el objeto o la causa. Ocurre novación por el objeto, también llamada novación objetiva o real; cuando el acreedor y el deudor por mutuo acuerdo, deciden cambiar el objeto de la prestación a la que se ha obligado, reemplazando una obligación de hacer, bien sea, por una de dar o no hacer. Así mismo, las partes pueden convenir en que el objeto material de la obligación sea sustituido por otro, por ejemplo, si se han obligado por medio de una compraventa a transferir la propiedad de un bien inmueble, es posible que en virtud de la autonomía de la voluntad decidan que, en vez de la dación del inmueble, se transfiera el dominio de un mueble, ya sea un costoso caballo o un famoso cuadro.

En materia de Derecho Comercial, la entrega de Títulos Valores que haga el deudor a su acreedor valdrá como pago de la obligación que ha contraído aquel, y por lo tanto, llevará implícita la condición resolutoria del pago en caso de que el objeto sea rechazado. De esta manera, nuestro ordenamiento a través del artículo 882 inciso 1° del Código Comercio otorga efecto novatorio a la entrega del título

223 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de septiembre de 1927. xxxiv. P. 336.

•Extinción de las obligaciones•

valor, extinguiéndose así mismo la obligación anterior y despejando la duda de si tal acto constituía o no novación.

Pero puede suceder que se realice la novación debido a que la misma fuente o causa de la obligación es sustituida, por ejemplo, entre las partes un contrato de arrendamiento, estas deciden posteriormente que el contrato primeramente estipulado sea reemplazado por una compraventa, designando el canon inicialmente pagado como una parte del precio. Siguiendo por esta línea, pero haciendo un paralelismo, es claro que el tipo de contrato que más permite ilustrar el fenómeno de novación es el contrato de Leasing. Consiste básicamente en que una sociedad de Leasing le otorga el uso y goce de un determinado bien a un locatario, el cual se compromete a pagar una cantidad de dinero por un tiempo determinado, con la opción de que llegado el tiempo de vencimiento del contrato pueda hacerse con el dominio del bien si así lo decide. En este tipo de contrato vencido el término y ejercida la opción de compra, se extinguen las obligaciones anteriores y surgen unas nuevas en su reemplazo, como el deber de transferir el bien, por ejemplo.

En los casos anteriormente señalados, para que la novación se perfeccione es necesario que la obligación posterior extinga una obligación preexistente, por lo tanto, si la obligación primitiva se encuentra sometida a condición suspensiva, que no ha acaecido o ha fallado, no habrá novación. Tampoco si se da el caso contrario, como pretender sustituir una obligación pura y simple con una obligación condicional (art. 1692). De igual manera, no se efectuará la novación cuando el contrato novatorio posea algún elemento causal de invalidez, ya sea porque se celebra con un menor impúber, lo que conllevaría a la nulidad absoluta, o porque presenta algún vicio del consentimiento, causando así la nulidad relativa.

El segundo modo de hacerse la novación ocurre cuando en el vínculo obligatorio se sustituye al acreedor (*mutatocreditore*), separándose completamente el anterior acreedor y extinguiéndose la obligación primitiva. Es decir, el extremo activo de la obligación es íntegramente sustituido. Se debe distinguir la *novación personal* por cambio de acreedor de otras figuras jurídicas, como son la subrogación, la cesión de créditos y la diputación de pago. Se diferencia la novación por cambio del aspecto activo de la subrogación y la cesión de créditos, en que la obligación que asume el nuevo acreedor por medio de la novación, es una obligación completamente nueva y deslindada de cualquier garantía, privilegio o accesorio de la primitiva, puesto que estos últimos si se transfieren en la cesión y la

subrogación. En cuanto al pago con diputación, el acreedor no se separa del vínculo obligacional, sino que, simplemente designada a una persona para que reciba el pago por él (art. 1691 C.C.).

Por último, hay un lugar a novación, según el numeral 3° del artículo 1690 del Código Civil, cuando el extremo pasivo de la obligación es sustituido por un nuevo deudor (*mutatodebitore*), *reemplazo* que puede hacerse tanto con el consentimiento del antiguo deudor como sin su consentimiento, no obstante, el cambio del deudor extinguirá la obligación anterior. Aun así, aunque pueda prescindirse de la aceptación del deudor antiguo, por mandato del artículo 1694 *ibidem*, *es necesario para que haya novación por cambio del aspecto pasivo, del consentimiento del acreedor; pues si este se rehúsa a liberar al antiguo deudor, no se producirá el efecto novatorio, sino que se tendrá al nuevo deudor como un simple diputado para la realización del pago o como codeudor solidario o fiador de la deuda, según se deduzca del acto que han celebrado las partes.*

La Corte Suprema de Justicia, frente a la novación personal por el aspecto pasivo ha expresado:

La novación por cambio de deudor se verifica cuando un deudor se sustituye a otro, es decir, cuando un deudor deja de ser tal porque otro pasa a ocupar su lugar; la primitiva obligación se extingue y en su lugar nace una nueva entre el acreedor y el nuevo deudor. La novación por cambio del deudor puede ser de dos clases; 1°) con el consentimiento del deudor primitivo; y 2°) sin su consentimiento. Esta distinción la consagra el último inciso del art. 1690 llamando delegación el primer caso. El segundo se ha convenido en llamarlo por la doctrina *ex promisión*. Pero para que la novación por delegación sea perfecta se requiere de modo esencial, de acuerdo con el artículo 1694, que el acreedor manifieste expresamente su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Para que se verifique la novación es preciso que las partes así lo requieran y lo declaren como se infiere no solamente de la regla general del 1693. No basta decir que una persona cede un contrato a otra para que haya novación²²⁴.

En síntesis, la novación por cambio del deudor puede ser tanto la delegación como la *expromisión*. Cuando por medio de la delegación se libera el antiguo deudor y se extingue la obligación anterior la delegación es *novatoria*; diferenciándose de

224 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de agosto de 1942, LIV, P. 381.

•Extinción de las obligaciones•

la *delegación simple*, en la cual no se libera el deudor primitivo y puede o no existir obligación previa entre el delegante (deudor) y delegatario (acreedor); en caso de existir vínculo previo, este no se extingue por medio de la delegación simple²²⁵.

En la delegación, el acreedor (delegatario) tiene derecho a dirigirse contra el deudor (delegante) si su delegado es insolvente, o si en el contrato de novación se hizo esta reserva. La reserva es una institución jurídica reglamentada en nuestro código en el artículo 1701, por medio de esta figura se transmiten las garantías, privilegios y accesorios de la antigua obligación a la nueva, a menos que, los dueños de los bienes dados en garantía no accedan a la nueva obligación. Así mismo, no podrán extenderse los privilegios de la obligación nueva a la anterior, es decir, citando el mismo ejemplo del artículo mencionado, si la obligación nueva devenga interés, no para devengar la hipotecada transmitida mediante reserva estos intereses.

Ha sido constante el esfuerzo hecho por la doctrina y la jurisprudencia para diferenciar la delegación imperfecta, es decir, cuando el delegante no quede libre de su obligación por no consentir en liberado el delegatorio de la estipulación para otro:

... dentro de esta modalidad parece contemplar este artículo, bajo la denominación de diputado por el deudor, en caso de que la nueva persona indicada al acreedor para hacer el pago no sea más que un mandatario, jurídicamente indiferenciable del mandante, caso en el cual no existe propiamente delegación por falta de las tres personas necesarias para integrar este fenómeno. El criterio aplicable para saber si se trata de una simple indicación de pago o de una delegación imperfecta en que se produce una yuxtaposición de deudores, es de acuerdo con el código, la propia interpretación del texto y del espíritu del pacto celebrado entre delegante y delegado²²⁶.

Esta misma jurisprudencia, a su vez, cita la posición de la doctrina, los juristas franceses, *Planiol y Ripert*, por su parte, han considerado que las dos figuras sólo difieren en sutilezas y aspectos mínimos, distinguiéndose sólo respecto al tiempo en que nace el derecho del acreedor del derecho pagado, siendo en la estipulación para otro, en el momento de celebrarse el contrato entre estipulante y promitente, y para la delegación imperfecta, cuando el delegatario (alrededor) acepta al delegado

225 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo III. Universidad Nacional de Colombia, 1957.

226 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de enero de 1943, LV, P. 13.

(tercero) como deudor. Así mismo, el jurista chileno Alessandri Rodríguez, citado por la corte, ha señalado como ejemplo de delegación imperfecta, la obligación que surge para quien por medio de un contrato de compraventa adquiere una propiedad cuya hipoteca debe ser cancelada.

Requisitos de la novación

Tanto la jurisprudencia como la doctrina, han convenido coherentemente que para que la novación surta efecto, son necesarios tres elementos, en primer lugar, la existencia de una obligación anterior, en segundo lugar, la existencia de una obligación nueva, y por último, la intención novatoria de las partes (*animus novandi*). En cuanto al primer elemento es necesario que en el momento en que las partes deciden novar exista la obligación que finalmente va a ser sustituida; como anteriormente lo mencionamos no puede sustituirse una obligación sometida a condición que aun no ha nacido a la vida jurídica por otra pura y simple. De igual manera, la obligación anterior, debe reunir los requisitos de validez, pues si la obligación anterior adolece de algún vicio, la novación no presume la ratificación de la anterior.

La obligación preexistente puede ser tanto una obligación natural como civil según lo dispone el artículo 1689 del Código Civil. A su vez, según el artículo 1527, del mismo código, define las obligaciones naturales como aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autoriza para retener lo que se ha pagado, en razón de ellas.

El segundo requisito de la novación es la existencia de una obligación nueva, es decir, la que difiere de la anterior ya sea por su objeto, su causa, o por la sustitución del extremo pasivo o activo del vínculo obligatorio. La obligación nueva debe poseer elementos sustanciales que la distingan de la obligación primitiva, a tenor del artículo 1501 del Código Civil, son elementos sustanciales o esenciales, sin las cuales el contrato no produce efecto alguno, o se convierte en otro diferente. La novación, por lo tanto, puede recaer en elementos puramente accidentales, que son según el artículo anteriormente citado, aquellos agregados por medio de cláusulas especiales.

El tercer elemento requerido para que se produzca la novación, es a la vez, el elemento esencial de la novación misma. El artículo 1693 consagra *animus*

novandi, puesto que para que se efectúe la novación es necesario e imprescindible que las partes tengan la intención de novar, bien sea, porque lo declaren expresa o tácitamente. No obstante, si las partes anhelan la sustitución del extremo pasivo del vínculo obligatorio es necesaria la aceptación expresa del acreedor, pues de lo contrario no se realizará la novación. Si del acto que ejecutan las partes no se justifica en el *animus novandi*, no se entenderá extinguida la anterior obligación y por lo tanto, se dará lugar a las obligaciones coexistentes.

Efectos de la novación

- La novación, en primer lugar, extingue la obligación anterior y al mismo tiempo hace que a la vez surja otra que reemplaza la obligación preexistente. Por lo tanto, las garantías constituidas a favor del anterior no se transfieren a la otra, si dado el caso, la obligación primitiva estaba garantizada con prenda e hipoteca, estas no serán garantías de la nueva obligación, a menos que, las partes así lo convenga (art. 1701 C.C.). Así mismo, si del crédito primitivo deviniere cierto porcentaje de intereses, estos se extinguirán al ser la obligación antigua remplazada por otra. Si por el contrario, las partes deciden que las garantías reales, como son la hipoteca o la prenda, se transmitan a la nueva obligación, se tendrán tales y como eran en la obligación primitiva, es decir, no podrán en ningún momento extenderse a los privilegios de la obligación actual. Así, por ejemplo, si una obligación deviene intereses, no se puede pretender que con la novación de la obligación estas se sigan deviniendo.
- Si se trata de novación personal por pasiva y es el nuevo deudor quien respalda la deuda preexistente por medio de garantías reales, la reserva, según mandato del artículo 1702 del Código Civil, será ineficaz, aun así medie el consentimiento del nuevo deudor, siendo totalmente necesario, que las garantías ahora constituidas sean renovadas con las formalidades que se exigen para que nazcan a la vida jurídica.
- Si la anterior obligación se encontraba respaldada por algún codeudor solidario o fiador, su responsabilidad se suprime por medio de la novación. Y si los deudores solidarios o subsidiarios han respaldado su responsabilidad

en la anterior obligación, con algún tipo de garantías, estas dejan de subsistir como consecuencia de la novación.

No puede entenderse que se ha efectuado novación en los siguientes casos; según el art. 1707 y 1708 *ibídem*, cuando las partes han reemplazado el lugar en que debe efectuarse el pago; o cuando han ampliado o reducido el plazo. De igual manera, no habrá novación, cuando las partes pacten intereses que el crédito no devengaba, o aumenten, disminuyan o supriman el porcentaje de los intereses que el crédito actualmente devenga.

Tampoco habrá novación, cuando la obligación adquirida por las partes se les constituya, aumenten o supriman garantías. Ya que los intereses, como en el caso anterior, y las garantías, son de índole accesoria y por lo tanto la inclusión de estos en el crédito no alteran la naturaleza de la obligación. Otro caso que no constituye novación, es al tenor del artículo 1710, cuando el deudor acepta la novación bajo condición de que su codeudor solidario o fiador acceda a la nueva obligación, y estos últimos no consienten en ser respaldo de la actual deuda.

Transacción

La transacción, según el artículo 2469 del Código Civil, se encuentra definida como el contrato en virtud del cual las partes que lo celebran terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Así mismo, el artículo mencionado advierte que no podrá considerarse transacción el acto mediante el cual una de las partes renuncia a un derecho que no es objeto de la disputa.

Por medio de la transacción, las partes renuncian o reducen en cierta proporción el monto de sus pretensiones; o dado el caso, de una de las partes, puede comprometerse a la realización de cierta contraprestación con la finalidad de que la otra reconozca que aquella es titular de determinado derecho. Quienes transigen deben estar plenamente facultados para disponer de los asuntos objetos de la negociación; pues de lo contrario, sólo podrán intervenir aquellos que por medio de poder especial han sido autorizados para asumir la posición de mandatarios y así, poder transigir sobre los bienes, acciones y derechos específicos y determinados que el poder establece.

•Extinción de las obligaciones•

No obstante, no son susceptibles de ser transigidos los derechos derivados del Estado Civil de las personas²²⁷. Así mismo, si hay lugar a la comisión de un delito, podrá transigirse sobre la indemnización de perjuicios que esta genera, es decir, sobre la acción civil, mas no sobre la acción penal. También proscribe nuestro Código Civil la transacción sobre alimentos futuros a quienes se deban por el mandato expreso de la ley, al igual, que sobre derechos ajenos o inexistentes.

En cuanto a las causales de nulidad de la transacción, el Código regula lo siguiente. En primer lugar, será nula la transacción en la cual se hayan utilizado títulos falsos o que haya sido obtenida por medio del dolo o la violencia. Como segundo, se tendrá por nula cuando se haya advertido sobre la nulidad del mismo. También será nula la transacción celebrada sobre un litigio ya definido y terminado, cuya sentencia produce el efecto de cosa juzgada, y sobre la cual no hayan tenido conocimiento las partes al momento de producirse la transacción, no obstante, la Corte ha expresado lo siguiente: *un litigio terminado puede ser materia de transacción cuando no todas las partes conocen el fallo; condición indispensable para evitar sorpresas respecto de la parte que no lo conocía*²²⁸. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han manifestado que no son únicamente causales de nulidad las consagradas en el artículo 2476 a 2478 del Código Civil, pues la transacción como negocio jurídico, encuentra sus causales de nulidad en el artículo 1740 a 1756 *ibidem* cuya aplicación es general²²⁹.

La transacción al tenor, del artículo 2479 del Código Civil, puede considerarse como un contrato *intuitupersonae*, ya que presume haberse efectuado en consideración a la persona con la cual se transige. Por lo tanto, puede caber el *error en cuanto a la persona*, pues creyendo transigir con un sujeto se transige con otro, causal por la cual puede rescindirse la transacción. También opera la rescisión si, al momento de realizarse la transacción, existiera algún tipo de título en el cual

.....
 227 La Corte en sentencia del 3 de julio de 1958, manifestó; *la transacción sobre el estado civil de las personas es nula de nulidad absoluta*. Empero, en sentencia del 3 de octubre de 1974, expresó que lo consagrado en el artículo 2473 no puede extenderse a los derechos patrimoniales contenidos en el estado civil: *Si bien un individuo no puede transigir con eficacia jurídica sobre las calidades que integran su estado civil, como la de casado, viudo, padre o hijo legítimo, ni sobre los derechos personalsimos que de este surge, como lo es de la patria potestad, si puede, en cambio, transigir válidamente sobre los derechos de carácter patrimonial que, como el de herencia, suelen encontrar su origen precisamente en el estado civil*.

228 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de mayo de 1920. xxviii, P. 29.

229 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de julio de 1958. Lxxxviii, P. 519.

constara que alguna de las partes no tenía la facultad para transigir sobre alguno de los asuntos objeto de la misma y, que no fuese conocido por la parte a que estos favorece en el momento de ser realizada. Si dado el caso, la transacción no se efectúa sobre un objeto en particular, sino sobre la controversia generada entre las partes, no habrá lugar a la rescisión. Si los títulos mencionados son descubiertos posteriormente al momento de la transacción, no podrá pedirse la rescisión, a menos que estos hayan sido extraviados dolosamente.

Así mismo, puede haber lugar a error en cuanto al objeto, y pretendiéndose transigir sobre alguna determinada cosa, finalmente, se transige sobre otra cuando este tipo de error genera nulidad sobre la transacción. Si la transacción opera sobre algún cálculo en especial, y existe algún error respecto del mismo, no habrá lugar a la nulidad de la transacción, solamente se pedirá la rectificación del mismo.

Efectos

La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, aun así, podrá impetrarse la declaración de nulidad o rescisión según las causales analizadas anteriormente.

Este modo de extinguir las obligaciones sólo produce efectos en cuanto a las partes. Por lo tanto, no podrán extenderse a terceros, excepto que estos estén bajo las normas de la solidaridad. Si dentro de la transacción hay lugar a la renuncia de algún derecho, se entenderá sólo con respecto a los bienes y asuntos objeto de la transacción, pero no podrá extenderse esta renuncia a los derechos adquiridos posteriormente a la transacción.

Remisión

La remisión o condonación consiste en el perdón que hace el acreedor a su deudor de realizar la prestación debida, impulsado por fines altruistas o de beneficencia, así, el deudor se libera del cumplimiento de la obligación operando a la vez la extinción de la misma (*animus solvendi*). Para que la remisión tenga plena validez, quien la realiza debe tener absoluta capacidad de disposición sobre el objeto de la obligación, la condonación es por esencia gratuita, ya que no es necesario para que desista el acreedor de su crédito de la realización de una contraprestación por parte del deudor, si fuese este el caso, es decir, si se extinguiera

•Extinción de las obligaciones•

algo a cambio del perdón que hace el acreedor de la obligación se estaría frente a otro modo de extinción de las obligaciones llamado novación.

El artículo 15 de nuestro Código Civil dispone que quien es titular de derechos conferidos por las leyes puede renunciar a ellos, siempre y cuando, por medio de la renuncia sólo busque satisfacer el interés propio y tal acto no esté prohibido. Con base en esta norma, el acreedor posee enteramente la facultad de renunciar a su crédito por medio de un hecho que emana de su propia voluntad, siendo entonces la remisión un acto jurídico unilateral que conlleva a la extinción de la obligación, pues a través del abandono del crédito el deudor se libera del vínculo obligacional. No es necesario, como sí lo ha considerado una parte de la doctrina²³⁰, el consentimiento del deudor, ya que por medio de la condonación no se ven afectados los derechos del sujeto pasivo sino que por el contrario, este último se abstiene de sufrir un detrimento patrimonial, siendo entonces una conducta netamente lícita y coherente al orden público y las buenas costumbres.

Así como el acreedor puede renunciar a su derecho crediticio expresamente, puede desistir de este tácitamente. Según el artículo 1713 del Código Civil, ocurre la condonación o remisión tácita cuando si constando en algún tipo de título el crédito, el acreedor lo entrega voluntariamente a su deudor, lo destruye, o cancela él mismo la deuda con el ánimo de extinguirla. Sin embargo, puede ocurrir la entrega, destrucción del título o cancelación de la deuda y aun así, no ser intención del acreedor condonarla. En este caso, debe este último otorgar la prueba que indica que la condonación fue ejecutada en contra de su voluntad o que jamás existió el ánimo de realizarla, pero si no existe prueba se entenderá que sí existió ánimo y voluntad de celebrarla, tratándose de una presunción legal que como tal admite prueba en contrario. No obstante, no se presumirá la remisión de la deuda cuando las garantías reales, accesorios o privilegios sí hayan sido condonados. Si el acreedor condona la deuda pero posteriormente se arrepiente, el acreedor perderá las acciones para poder perseguir su crédito, ya que claramente su deudor habrá adquirido un derecho legítimamente, que no podrá ser desconocido aun ni por el mismo acreedor. Al respecto, el Código Civil en su artículo 1712 aclara que la condonación se regirá por las reglas de las donaciones entre vivos, y a su vez

.....
230 Entre ellos el jurista francés Pothier, quien entiende la remisión como un acto contractual que al contener un derecho crediticio debe necesariamente encontrarse involucradas las dos partes, acreedor y deudor, siendo así mismo, indispensable el acuerdo de sus voluntades para la extinción del vínculo obligatorio que los ata.

el artículo 1443 del mismo Código manifiesta: *la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuitamente e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta*. De lo anterior se confirma que cuando el acreedor condona una obligación en cabeza de su deudor esta será completamente válida y surtirá sus efectos, aun si pasado el tiempo el acreedor se arrepiente.

Requisitos de la condonación

Para que la remisión se perfeccione y pueda surtir efecto en la órbita jurídica, es necesario que cumpla, en primer lugar, con los requisitos del negocio jurídico, *capacidad del acreedor, consentimiento*, es decir, que el acreedor haya ejecutado la remisión por su libre albedrío, y no inducido por error, fuerza o dolo; y objeto y causa lícitos (art. 1502 C.C.).

Además de la capacidad legal que debe poseer el acreedor, este debe poder disponer totalmente de la cosa o prestación legal, ni los padres ni los curadores o tutores pueden remitir los créditos de los cuales su representado sea titular, cuando estos recaigan sobre bienes inmuebles; de igual manera, existe una prohibición relativa respecto a los bienes muebles o al dinero, pues para que la condonación de estos últimos sea válida, es necesario que los representantes legales estén judicialmente autorizados. Si el acreedor dispone realizar la remisión a través de un mandatario, es necesario e indispensable que dicha manifestación se realice por medio de un poder especial, ya que se trata de un acto dispositivo a diferencia del mandato general, que sólo recae sobre actos administrativos.

Como ya se mencionó, cuando el acreedor renuncia a su crédito en virtud de la facultad que le confiere el artículo 15 del Código Civil, se hace necesario que la renuncia no esté proscrita y que tal acto sólo tenga como finalidad satisfacer el interés del acreedor.

El artículo 1712 del Código Civil, como ya se dijo atrás, estipula que la condonación se registrará por las reglas que son propias de la donación entre vivos, por lo cual si el acreedor pretende realizar la remisión o la condonación de una deuda que supere los 50 salarios mínimos legales vigentes, tendrá que utilizar la figura de la insinuación.

En materia de solemnidades, cuando la condonación se efectúa sobre bienes inmuebles, es indispensable para su perfeccionamiento que tal caso conste en

•Extinción de las obligaciones•

escritura pública y posteriormente esta sea registrada; excluyéndose la condonación de inmuebles de la remisión tácita, pues no puede presumirse cuando es obligatoria la forma solemne para que surta efectos. En palabras de la Corte Suprema de Justicia. *Tratándose de remisión tácita no es posible aplicar el art. 1712 del C.C. en cuanto sólo se refiera a requisitos exteriores, porque fundándose en un hecho que se traduce en manifestación de voluntad tácita, esto es, en ausencia de toda forma, no hay lugar a exigir ninguna condonación externa esencial*²³¹.

Efectos

La remisión, en primer lugar, extingue el vínculo obligatorio que ata al acreedor y deudor por medio de la renuncia que hace el acreedor del derecho crediticio que le corresponde. Extinción que puede ser total si el acreedor renuncia a todo su crédito junto con sus accesorios, o parcial, si sólo renuncia o disminuye los privilegios, accesorios y garantías reales o se reduce en cierta parte la deuda.

Compensación

La compensación se constituye como modo de extinguir las obligaciones, y se efectúa cuando dos sujetos son deudores y acreedores recíprocamente, por ejemplo, si A debe a B 1000 pesos y por alguna circunstancia B termina debiendo a A la misma cantidad, entonces con miras a evitar un doble pago que posiblemente implicaría gastos inútiles para ambas partes, la deuda se compensa extinguiéndose de esta manera la obligación.

A diferencia de la novación, institución caída en desuso debido a la existencia de otras figuras mucho más pragmáticas, como la subrogación o la cesión de créditos; la compensación obedece a las necesidades del tránsito jurídico y comercial, facilitando las gestiones mercantiles y la circulación de la riqueza. Es por ello, que las entidades bancarias registran día a día créditos y deudas que entran en compensación, facilitando a sus clientes el manejo de las cuentas de ahorro y corrientes, la adquisición de créditos y una mayor inversión en general. El Código Civil faculta a que la figura de la compensación se ejerza hasta por la concurrencia de los valores que se deban las dos partes, pero en la práctica las entidades financieras

.....
 231 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de noviembre de 1940, L, P. 448.

no sólo realizan este procedimiento, sino que después de compensados los créditos, custodian el monto restante que la otra contraparte posea para compensarlos en una próxima concurrencia de deudas.

El avance de la actividad mercantil, ha permitido que esta figura haya obtenido un cierto grado de evolución jurídica, lo que le ha permitido obtener un mayor campo de acción con resultados bastante satisfactorios, en contraste con la compensación del Derecho Romano, puesto que esta se restringía a cierto número de casos, ya que en principio, sólo era admitida por la vía procesal.

Compensación legal

Nuestro Código Civil, al igual que el Chileno y Francés sólo regula la compensación legal, empero, la inveterada doctrina ha considerado que son tres los tipos de compensación, *legal*, como ya lo mencionamos, *jurídica* y *convencional*. La primera opera por el ministerio de la ley y aun sin conocimiento de las partes, extinguiéndose ambas deudas. Sin embargo, para que pueda efectuarse, las obligaciones deben reunir tres requisitos, estipulados en el artículo 1715 del Código Civil:

En primer lugar las obligaciones deben ser fungibles o de género, es decir, que el objeto de la prestación debe ser reemplazado por otro, o cuando el objeto es indeterminado de una clase o género determinado respectivamente (art. 1565 C.C.). Se excluye de la compensación legal las obligaciones de cuerpo cierto, ya que uno de sus efectos, es que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun sea de mayor valor que la pactada. Así mismo, ha dicho la inveterada doctrina, que sólo pueden ser compensadas las obligaciones de dar o entregar, ya que de la exigencia hecha por el primer numeral del artículo se deduce que la compensación legal no es coherente con el régimen de las obligaciones de hacer o no hacer. También cabe advertir que en procesos de insolvencia tampoco opera de compensación.

Las obligaciones deben ser líquidas, es decir, deben ser susceptibles de ser evaluadas en dinero. Ya sea porque están representadas en una cifra específica o porque están contenidas en una ecuación que permite calcular el monto al que ascienden. Por lo tanto, no será compensable la deuda que no pueda establecerse en una cantidad numérica precisa en un tiempo determinado.

•Extinción de las obligaciones•

También, las obligaciones deben ser actualmente exigibles, según el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, y 422 del Código General del Proceso. Es exigible una obligación cuando a la vez es cierta, es decir, que respecto a ella no cabe duda alguna o no existe ambigüedad, además de esto, la obligación debe ser pura y simple, puesto que si está sometida a condición suspensiva, aun no ha nacido a la vida jurídica y por lo tanto, mucho menos es exigible. Tampoco valdrá a la obligación sometida a plazo, puesto que aunque no hay incertidumbre respecto al nacimiento de la obligación, por ser esté un hecho futuro y cierto, la obligación es sólo exigible cuando el plazo se ha cumplido. Si se trata de condición resolutoria o plazo extintivo, sí puede efectuarse la compensación, pues estos no afectan la exigibilidad o nacimiento de la obligación, sólo su extinción, si acaece la condición resolutoria, la cual opera retroactivamente, dejando a las partes como si nunca hubiesen contratado, por ende, la compensación quedará extinguida y se entenderá que nunca fue realizada. En cuanto al plazo extintivo, que sólo produce efectos futuros (*ex nunc*), a pesar del acaecimiento de la fecha pactada, la compensación permanecerá intacta.

Restricciones a la compensación legal

No obstante, existen ciertas restricciones en materia de compensación legal. En primer lugar, es necesario que por medio de este tipo de compensación no se vean perjudicados derechos de terceros, el artículo 1720 del Código Civil, cita como ejemplo que después de efectuado el embargo de un crédito, el deudor podrá compensarlo al adquirir un crédito posterior al embargo en contra del acreedor. Pero si los créditos son anteriores al embargo sí podrá efectuarse la compensación, la razón de esta medida se encuentra justificada en el artículo 1521 del Código Civil, el cual establece como objeto ilícito los bienes embargados, debido a que estos se encuentran fuera del comercio.

El artículo 1721, estipula que no podrá oponerse la compensación a la demanda de restitución de una cosa, de la cual ha sido injustamente despojado su dueño, pues es contrario a derecho favorecer a quien ha realizado una conducta considerada por este mismo como reprochable. De igual manera, se entenderá si la restitución obedece a un depósito o comodato, sin embargo, ha considerado la doctrina que sí podrá operar la compensación si la cosa objeto del depósito es de género. Con relación al comodato, considera la doctrina inútil la prohibición puesto que si la cosa objeto de este contrato gratuito es de género, se estaría en presencia de

otro tipo de contrato, el mutuo o préstamo de uso, en conclusión, puede decirse que la restricción del artículo mencionado sólo opera para los cuerpos ciertos.

Tampoco será viable la compensación cuando aun perdida la cosa deba pagarse esta en dinero, puesto que de la restitución de la cosa en dinero hace parte la indemnización que el deudor debe pagar al acreedor de la cosa, pues se presume que la pérdida o deterioro de la misma han ocurrido por culpa suya (art. 1730 C.C.), haciéndose injusto que aun después de haber tenido la culpa, tenga derecho a compensar la indemnización.

El inciso fina, del artículo 1721, proscribe oponer la compensación a la demanda de indemnización, cuando media un acto de violencia o fraude; de igual manera, queda prohibido argüir la compensación frente a una demanda de alimentos no embargables.

En materia de cesión de crédito, el artículo 1718 del Código Civil dispone que no podrá oponer el cesionario la compensación del crédito cuando haya aceptado sin reservas la cesión; pues admitida de esta manera, el cedente se libera del contrato, siendo imposible oponer los créditos que antes de que la cesión hubiese podido compensar el cesionario a su cedente. Si por el contrario, la cesión no ha sido aceptada dispone el cesionario de la facultad de oponer la compensación a su cedente.

El artículo 1723 de nuestro código estipula que no podrá compensarse las deudas que deban ser canceladas en distintos lugares, a menos que las deudas sean de dinero.

Efectos

En primer lugar, la compensación efectúa la extinción de la obligación total o parcialmente; si las deudas compensadas son del mismo valor, su extinción será total; si por el contrario difieren sus cantidades, la compensación opera hasta la concurrencia de la deuda de menor valor. Así mismo, si los créditos contienen privilegios, accesorios o garantías reales, estos se extinguirán totalmente si las deudas compensadas son de igual valor, pero si estas son distintas, sólo se extinguirá lo de menor valor, quedando vigente junto con los intereses que devenguen aquellos que posean una cuantía superior.

El artículo 1722 del Código Civil, establece que si existen varias deudas las cuales sean susceptibles de ser compensadas, la prelación de las mismas se hará con base en las normas que regulan la imputación del pago. En consecuencia, la elección de la deuda que va a ser compensada corresponderá al deudor, pero sólo quedara efectuada la compensación por medio del ministerio de la ley, es decir, que la elección que hace el deudor puede considerarse paso previo, puesto que para que se perfeccione la compensación es necesario que opere por el ministerio de la ley. Así mismo, con base en el artículo 1653 *ibídem*, la compensación operará en primer lugar sobre los intereses y después sobre el capital.

Si la compensación opera sobre cantidades distintas, esta interrumpirá civilmente la prescripción del crédito de menor valor y de la parte que ha sido compensada del crédito de mayor valor; entonces, sólo prescribirá el excedente de la parte que no alcanzó a cubrir la compensación.

Compensación convencional

La compensación convencional procede cuando faltando uno de los requisitos para que pueda efectuarse la compensación por ministerio de la ley, las partes acuerdan en realizarla. Es posible que con miras a la protección del orden público y las buenas costumbres, se restrinja la compensación, no obstante, las partes pueden realizarla renunciando a su vez, a algunos de los beneficios que la ley le otorga. Por ejemplo, como ya anteriormente se mencionó, no es posible que el deudor principal oponga en compensación las deudas que su acreedor tiene con su fiador, con todo, el acreedor puede renunciar al beneficio que la ley le otorga por medio del requisito de reciprocidad de créditos y de deudas, y por lo tanto acceder a la compensación. Otro casi puede ser, cuando el plazo para el cumplimiento de la obligación, y que en principio se estipula a favor del deudor, es renunciado por este, pudiendo ser su deuda compensada al ser ya exigible.

Así mismo, se debe señalar que las partes por virtud de la autonomía privada que la normatividad les otorga pueden omitir cualquiera de las exigencias que la ley consagra (*flexibles, líquidas y de género*) y proceder a realizar la compensación. De tal modo que si por ejemplo una obligación está sometida a condición suspensiva o no puede actuamente apreciar su monto, las partes perfectamente podrían compensar sus deudas si así lo desean, incluyendo si lo prefieren un bien

de cuerpo cierto. En síntesis, el orden público es el único límite a la autonomía privada de las partes que anhelan compensar sus deudas, que se restringe para el caso de inembargabilidad, o concurso de acreedores²³². Así mismo, la doctrina ha considerado, que el artículo 1717 del Código Civil, aun así, no haya sido expresamente enunciado, es un tipo claro de compensación convencional²³³.

Compensación judicial

La compensación judicial se efectúa cuando quien es titular de un crédito, coacciona el aparato jurisdiccional presentando demanda ejecutiva para que su crédito sea reconocido, y en virtud de ello sea el demandado obligado a pagar. Sin embargo, el demandado es a su vez titular de un crédito cuyo deudor es su demandante, razón por la cual, aquel decide demandar en reconvencción, generándose así la compensación de las respectivas deudas.

Opera también la compensación por vía de excepción, cuando el demandado opone a las pretensiones del demandante la existencia de un crédito cuyo deudor es su mismo demandante; en síntesis, opera la compensación judicial cuando esta es declarada por el juez, a petición de una de las partes y aun así no reúna los requisitos formales de la compensación legal.

Con respecto a que la compensación que es incoada por vía de excepción, la Corte considera:

En el juicio promovido por vendedor contra comprador sobre resolución de la venta por mora en el pago del precio, el comprador puede oponer la excepción de compensación si el vendedor estaba también en mora de pagarle una suma de dinero igual cuando aquel debía cubrir el precio²³⁴.

Confusión

El artículo 1724 del Código Civil, define la confusión como la concurrencia de las calidades de deudor y acreedor en una misma persona, al ser imposible e

.....
232 Pérez Vives, Alvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo III. Universidad Nacional de Colombia. 1957. P. 415.

233 *Ibidem*.

234 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de septiembre de 1909, xxi, P. 195.

ilógico deberse o pagarse a sí mismo, opera a través de la confusión la extinción de la obligación. De igual manera, la jurisprudencia ha establecido:

Para que se efectúe el fenómeno de la confusión es indispensable que en una misma persona concurren a la vez las calidades de acreedor y de deudor con relación a ella misma, no con relación a otra. Cuando intervienen dos personas, el fenómeno es de compensación...²³⁵.

La confusión según el numeral 6° del artículo 1625 del Código Civil, se constituye como un modo de extinción de las obligaciones, empero, eventualmente puede presentarse como modo de extinción de derechos reales; el artículo 822 *ibidem* al establecer las formas de extinción del fideicomiso, estipula como una de ellas, la confusión de la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario; así mismo, el artículo 942 establece como causal de extinción de las servidumbres, la confusión o reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

Pero en materia de obligaciones, la confusión debe versar sobre las calidades de los sujetos que conforman el vínculo obligacional, es decir, acreedor y deudor. Ha considerado la doctrina, que la principal fuente de confusión es la transmisión *mortis causa*²³⁶, ya que se produce cuando el acreedor sucede a título universal al deudor o viceversa, o cuando un tercero sucede a título universal, al acreedor o deudor. Pero para que pueda efectuarse la confusión en este caso, se requiere que la aceptación de la herencia sea pura y simple, puesto que si esta es aceptada con beneficio de inventario, el patrimonio de ausente y el del heredero al no adherirse en uno sólo excluye la unificación de los dos patrimonios para que pueda el causahabiente ser titular de las calidades de su causante.

Pero la confusión también puede originarse con sucesión *inter vivos*, cuando el acreedor a través de la sucesión de créditos cede su derecho, o cuando en virtud de la liquidación de la sociedad, el socio es a la vez acreedor y deudor. (Ej. Constructora y comprador de apartamento).

.....
235 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 1925, xxxii, P. 157.

236 Pérez Vives, Álvaro, *Op., cit.*, P. 417.

Efectos

La confusión extingue la obligación operando total o parcialmente. Se dará el primer caso si una misma persona es tanto el acreedor y deudor por la misma cantidad; o será parcial si sólo en parte concurren las calidades de acreedor y deudor. Así, se trata de una obligación adquirida solidariamente por el aspecto pasivo, la extinción será total, pues siendo el deudor solidario quien debe responder por la obligación entera, al adquirir la calidad de acreedor de la misma el vínculo obligacional desaparece, sin perjuicio de los efectos internos que se producen entre los codeudores, pues cada uno de ellos debe responder por la parte de la deuda que le corresponda en el crédito (art. 1727 C.C.). Y será parcial cuando siendo el deudor el causante llamado a recibir la herencia de este junto con otros herederos, sólo se extinguirá la parte de la obligación que quepa y cobije en el crédito que el causante ha transmitido a su heredero deudor (art. 1726 C.C.).

El artículo 1726 del Código Civil estipula que la confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación, esto dado por el principio, de que lo accesorio sigue a lo principal, y que lo principal puede continuar sin lo accesorio. Aunque la norma sólo se refiera a esta institución, esta debe extenderse a todos los privilegios, garantías y accesorios con los que pueda ser caucionada una obligación.

Cesación de la confusión

La obligación puede renacer si las calidades de acreedor y deudor que habían convergido en una sola persona vuelve a dividirse, lo cual plantea que no siempre que se extinga una obligación por medio de la confusión será de carácter permanente. El anterior hecho se presenta cuando la fuente de la confusión es jurídicamente aniquilada, como por ejemplo en el caso de que el heredero habiendo sido deudor del causante, y habiendo extinguido su obligación por medio de la confusión, con posterioridad obtiene la rescisión de la aceptación de la herencia, lo que provocaría que a fortiori, tanto el crédito como la deuda renacieran²³⁷.

237 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 701.

La pérdida de la cosa que se debe

Se entiende por pérdida de la cosa, al tenor del artículo 1729 del Código Civil, cuando aquella perece, se destruye, deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe. La norma comentada elabora una acepción mucho más amplia de lo que en términos comunes se refiere a pérdida, pues aparte del desaparecimiento; en un sentido jurídico la pérdida de la cosa también comprende la in comerciabilidad y la destrucción de la misma.

Las normas que regulan la pérdida de la cosa en nuestro Código Civil, al igual que las del Código Chileno y el Código Francés; sólo hacen referencia a los cuerpos ciertos, puesto que si el objeto de la obligación es de género, con base en el principio romano *genera non pereunt*, es posible reemplazar el objeto de la prestación y por tal razón no puede ser considerada la pérdida de la cosa de género, ya que se entiende que el género no perece como un modo de extinción de la obligación. No obstante, si se trata de un género limitado, como los cien kilos de la producción x, al perecer totalmente la producción mencionada se hace imposible el cumplimiento de la obligación, dándose así, la extinción de la misma.

Efectos de la pérdida de la cosa

La pérdida de la cosa debida como modo de extinción de la obligación, hace relación exclusivamente a la teoría de la causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero y culpa exclusiva de la víctima), de tal manera que si la pérdida de la cosa proviene de una causa imprevista e irresistible, es decir, por fuerza mayor o caso fortuito la obligación se extingue. Pero si por el contrario, la cosa perece por culpa del deudor o durante la mora de este, la obligación sí subsiste pero varía el objeto, pues al deudor le compete indemnizar y pagar al acreedor el precio de la cosa. Tampoco se extinguirá la obligación cuando el deudor estando en mora, la cosa perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente en manos del acreedor, en este caso contrario, es decir, que el caso fortuito no hubiera sobrevenido en manos del acreedor, el deudor entonces, estará obligado al precio de la cosa y a los perjuicios moratorios (art. 1731 C.C.).

Así mismo, se extinguirá la aprobación y por tal razón el deudor se liberará de esta cuando medie el hecho exclusivo de un tercero, entendiéndose por tercero a aquella persona que no posee ningún interés en el vínculo contractual en que se

encuentran obligados el acreedor y el deudor y por cuya intervención perece o se destruye la cosa. En este caso, según el artículo 1736 del código Civil, el acreedor podrá interpelar que se le cedan los derechos y acciones que tenga el deudor contra los terceros por cuya culpa ha perecido la cosa. No obstante, el deudor si se hace responsable de los hechos que realicen las personas que estén bajo su responsabilidad, como sus hijos, pupilos, aprendices, empleados, dependientes o discípulos (art. 1738).

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, dentro de esta casual de exoneración de responsabilidad, se encuentra la figura de la *mora creditoris* es decir, cuando la cosa es ofrecida al acreedor, pero ante la renuencia y retardo de este en recibirla, la cosa perece en manos del deudor, haciéndose sólo responsable este último por culpa grave o dolo.

Si dado el caso, la cosa perdida reaparece, el acreedor podrá reclamarla, restituyendo el precio que hubiere recibido por ella. Según el artículo 1730 del Código Civil, *siempre que la cosa perece, en el poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o culpa suya*, es decir, en términos de los hermanos Mazeaud, cuando se incurre en un error de conducta que no habría cometido persona prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas en que se hallaba el autor del daño. El artículo mencionado establece una presunción legal, por tal razón, esta puede ser desvirtuada, siempre y cuando el deudor acreedor logre demostrar alguno de los elementos de la causa extraña, bien sea la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. En síntesis, es el deudor sobre quien recae la carga de la prueba (art. 1733).

El deudor por mandato del artículo 1732 del Código Civil, posee la capacidad de comprometer su responsabilidad ante el acaecimiento de alguno, algunos o todos los casos fortuitos que sobrevengan y hayan hecho perecer la cosa, siempre y cuando así lo haya pactado expresamente el deudor; siéndole imposible invocarlos como causales de exoneración. Tampoco será válida la impetración que haga el deudor de alguno de los elementos de la causa extraña cuando haya hurtado o robado la cosa, y aunque alguno de ellos hubiera igualmente sucedido en manos del acreedor.

Por último, si el deudor destruye voluntariamente la cosa puesto que ignoraba o desconocía la obligación con una persona, sólo será responsable de la indemnización

de perjuicios, ya que no fue su intención lesionar a su acreedor, sino que simplemente obró sin conocimiento del vínculo que lo ataba a la obligación.

Nulidad y rescisión

Por medio de la autonomía de la voluntad privada que faculta a los sujetos de derechos, para que puedan obligarse y adquirir derechos por medio del negocio jurídico, estos pueden moldear sus intereses a través del acto que los obligaba y que puede crearse de acuerdo a sus pretensiones; no obstante, tal acto debe reunir ciertos requisitos indispensables para que pueda ser amparado por el derecho y para que en caso de incumplimiento pueda ser judicialmente exigido. En principio, el artículo 1502 del Código Civil enuncia los requisitos que debe cumplir todo negocio jurídico, empero, esta norma no es única, puesto que se complementa con otras del código mencionado. Tales requisitos son: en primer lugar las partes o parte (si se trata de un negocio jurídico unilateral como la oferta o el testamento) deben ser legalmente capaces; en segundo lugar, se requiere que las partes o la parte consientan o expresen su voluntad sobre dicho acto, que debe encontrarse libre de todo vicio; como tercer y cuarto lugar, se requiere de objeto y causa lícitos.

Además de esto, es necesario que la prestación a la cual se obligan las partes, sea posible tanto jurídica como físicamente, sea lícita, determinada y que pueda ser expresada en términos de patrimonialidad. También en algunos actos es imprescindible la forma solemne, por ejemplo, en el caso de la tradición de un inmueble se requiere obligatoriamente de la escritura pública y de la inscripción de tal acto en la oficina de instrumentos públicos. Con la reunión de todos los requisitos, el acto jurídico que pretende satisfacer los intereses de los sujetos, nace a la vida jurídica y produce eficazmente sus efectos.

Si por el contrario, el acto carece de algunos requisitos exigidos por la ley, tal acto será nulo según lo prescribe el artículo 1740 del Código Civil. La nulidad, se constituye como modo de extinción de las obligaciones, con relación a esto, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

La declaración de nulidad de un acto o contrato tienen por objeto exonerar a las partes del cumplimiento de las obligaciones que no han contraído válidamente y recuperar las cosas que en virtud de ese contrato han salido de su patrimonio. Indudablemente

no puede pretenderse la restitución sin que se haya pedido expresamente la declaratoria judicial de nulidad; pero ello no implica la necesidad de un juicio previo examinado sólo a obtener tal declaratoria de nulidad²³⁸.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. Son causales de nulidad absoluta; la incapacidad absoluta de alguna de las partes; se constituyen como incapaces absolutos según el artículo 1504 *ibidem*, los dementes, los impúberes y los sordo mudos que no se pueden dar a entender por escrito u otro medio idóneo. Son también causales de nulidad absoluta la ilicitud del objeto o la causa y la falta de alguna de las formalidades (art. 1741 C.C.). La Corte Suprema ha considerado: *Están atacados de nulidad absoluta aquellos negocios que lesionan los intereses del orden público; la nulidad relativa, los actos jurídicos que atentan contra los intereses individuales de las partes*²³⁹.

Cuando se trata de nulidad absoluta, la legitimación por activa es amplia, esta puede ser alegada por ambas partes, incluyendo la parte que originó la nulidad y a pesar de que alegue su imprudencia; de igual manera los causahabientes pueden incoarla por dos vías: A título singular, como quienes en razón a un negocio jurídico derivan su posición jurídica a quien celebró el negocio nulo, o a título universal, quienes se constituyen como herederos. El juez está obligado a declarar de oficio la nulidad absoluta, siempre y cuando esta se manifieste, entendido esto, como en cualquier momento que el juez percate o perciba que un determinado acto esta en contravía del ordenamiento jurídico, y por ende del interés general. Así mismo, el Ministerio Público en aras al interés público y la ley, puede acudir al juez para que este declare la nulidad absoluta, de ninguna manera puede declararla por sí solo. También es posible que terceros con algún tipo de interés patrimonial actual acudan al juez para que este declare la nulidad. Este tipo de nulidad puede ser saneada siempre y cuando no recaiga sobre objeto o causa ilícita, y su prescripción es de ciento veinte años.

En cuanto a la nulidad relativa son causales de esta: La incapacidad relativa siendo incapaces de este tipo, los menores púberes y los disipadores interdictos; de igual manera, los vicios del consentimiento, *error, fuerza y dolo*. No obstante,

238 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 19 de julio de 1914, xxiv, P. 184.

239 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de mayo 1893, reiterada por la sentencia del 8 de octubre de 1913, por la del 19 de agosto 1935, por la del 15 febrero 1940, y por la del 28 de agosto de 1945.

•Extinción de las obligaciones•

ha considerado la Corte “*de conformidad con los Arts. 1740 y 1741 del C.C. la ausencia de solemnidades constituye nulidad absoluta cuando las solemnidades o los requisitos se establecen por el legislador en consideración al acto en sí mismo considerado, independientemente del estado o calidad de los contratantes, como falta de objeto, el objeto ilícito, la falta de causa, la omisión de escritura pública, los actos que la requieren, la falta de consentimiento, etc. Pero cuando las solemnidades se han establecido con miras de protección a los incapaces, entonces su omisión en el respectivo acto genera solamente nulidad relativa, salvo que se trate de personas absolutamente incapaces*”²⁴⁰.

La nulidad relativa a diferencia de la absoluta, posee una legitimación por activa mucho más restringida, pues sólo es posible que aquella sea alegada por la parte en cuyo favor se ha establecido; así mismo, el juez no puede declararla de oficio, esta debe ser alegada en las excepciones, es decir, si no se adujo como excepción se pierde la oportunidad. La nulidad relativa puede ser siempre saneada por las partes y su prescripción es de cuatro años, según lo establecido en el artículo 1750 del Código Civil. La nulidad cuando ha sido ya judicialmente declarada y produce el efecto de cosa juzgada, *opera ex tunc*, es decir, sitúa a las partes en el estado en que se hallarían si jamás hubiesen contratado.

Aunque parte de la doctrina²⁴¹, y aun el mismo código equipara la nulidad relativa a la rescisión, realmente esta última opera cuando hay una desproporción cuantitativamente enorme en las prestaciones, es decir, cuando se origina la lesión enorme. La jurisprudencia ha expresado lo siguiente:

Se advierte además que la circunstancia de que en el código se use el vocablo rescisión para indicar el efecto de la lesión enorme, no es argumento en apoyo de que esta genera nulidad relativa... a lo cual cabe agregar que en el Código se usa la palabra rescisión en otros casos en que tampoco hay nulidad relativa, v.gr; en los previstos por los arts. 1483,1484 y 2294²⁴².

.....
 240 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 de mayo de 1844, LVIII, P. 450.

241 Pérez Vives, Álvaro. *Op., cit.*, P. 108.

242 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1976, CLLII, P. 463.

La lesión enorme es una figura autónoma en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros que la incluyen dentro de los vicios del consentimiento. El art. 1947 del Código Civil establece lo siguiente:

El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

No obstante, para que opere la rescisión por lesión enorme es necesario que se cumplan los siguientes requisitos; en primer lugar es indispensable que se trate de bienes inmuebles, ya que en bienes distintos a estos, como por ejemplo un barco, o un vehículo muy costoso la lesión enorme también opera, pero no está facultada con la acción de rescisión, ya que la ley contundentemente los excluye, lo que los convierte en los que no puede recaer los efectos de esta acción. Como segundo requisito debe existir una desproporción objetivamente enorme, teniendo como base el justo precio, que en nuestra legislación corresponde al valor comercial de un bien en la época determinada del negocio, siendo el caso por ejemplo, cuando una persona paga 250 millones de pesos por una casa cuyo precio real es de 100 millones, así mismo, soporta la lesión enorme el vendedor cuando vende por menos de la mitad, por ejemplo, si vende por 45 millones de pesos una casa cuyo valor real es de 100 millones de pesos.

El tercer requisito es cuando se trata de una compra venta que esta sea un negocio jurídico conmutativo, es decir, que hay certeza sobre la equivalencia de las prestaciones, sin embargo, según el art. 1958 prescribe que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicaran a la permuta; siempre y cuando aquellas no se opongan a la naturaleza del contrato, siendo por tal razón aplicable la lesión enorme a la permuta.

Como cuarto requisito esta que la lesión enorme no cabe en las compraventas que se realizan, por ministerio de la justicia, en estas, iniciar la lesión enorme no prospera, pues se presume que el avalúo es realizado por un experto y por tal razón el precio no puede ser errado, el Ministerio de Justicia ejecuta este tipo de actos a través de la expropiación, los remates de los procesos ejecutivos o de

•Extinción de las obligaciones•

oficio cuando los comuneros no acuerdan para vender. Igualmente, la lesión enorme puede ser entablada en materia de sucesiones, bien sea cuando se habla de la partición de la herencia o cuando se liquida una sociedad conyugal o una sociedad civil o comercial, pues es posible que esa partición sea inferior al cincuenta por ciento. La acción rescisoria, entonces síntesis, sólo cabe en aquellos negocios de jurídicos de aceptación expresa.

Es también indispensable que la lesión enorme no haya sido renunciada, el art. 1950 estipula que no será válida la cláusula por medio de la cual se renuncia a la acción rescisoria; no obstante, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

...El hecho de no estar permitida la renuncia no significa que no pueda ratificarse la venta, porque la renuncia que se prohíbe es la que se hace al celebrarse el contrato, no la que se hace, después, porque por una parte, si se permitiera aquella habría desaparecido prácticamente la nulidad por lesión enorme y su acción... la renuncia posterior no es otra cosa que una ratificación del contrato que está admitida²⁴³.

Otro requisito es que la acción no haya prescrito, el art. 1954 del Código Civil establece que la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Por último, el requisito más importante, al carecer la acción rescisoria de efectos retroactivos, es necesario que el bien no se haya enajenado o destruido, pues de lo contrario, entablar la acción rescisoria por lesión enorme carece de sentido (art. 1951 C.C.). Al ser los efectos de la acción rescisoria *ex nunc*, los cuales se producen desde el día en que fue celebrado el contrato; esta no afecta a los acreedores hipotecarios.

Quien invoca la acción rescisoria, tiene como pretensión que se deshaga el negocio; el demandado por su parte puede optar por equilibrar el negocio o consentir la lesión enorme. Por mandato del art. 1948 del Código Civil, si la acción rescisoria se pronuncia contra el comprador, este podrá consentirla o contemplar el justo precio con deducción de una décima parte; si se entabla en contra del vendedor este podrá igualmente admitirla o restituir el exceso del precio aumentado en una décima parte.

.....
243 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1954, LXXIX, P. 177.

Condición resolutoria

La condición resolutoria conlleva a la extinción de la obligación; el artículo 1546 prescribe lo siguiente:

En todos los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su árbitro, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

De lo anterior se tiene que tanto cuando se solicita la resolución o el cumplimiento se extinguen las obligaciones, en la primera porque todo vuelve al estado inicial, y en la segunda porque el cumplimiento como ya se mencionó es el pago efectivo de la prestación debida. Cabe anotar que las dos posibilidades es posible solicitar indemnización de perjuicios. La condición resolutoria puede ser tanto expresa como tácita, la primera es aquella que expresamente estipulan las partes, la segunda es aquella que va implícita en todo contrato bilateral.

Como lo preceptúa el artículo mencionado, el contratante cumplido puede exigir tanto el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios, con relación a esto la jurisprudencia ha pronunciado lo siguiente:

La acción de cumplimiento de un contrato (C.C. art. 1546, inc. 2º) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que esta pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de la otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el art. 1609 del C.C.; que traduce en fórmula positiva el aforismo de que “la mora pugna la mora”²⁴⁴.

244 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 13 junio de 1946, LX, P. 686. Reiterada por la sentencia del 28 de febrero 1959, xc, P. 79.

•Extinción de las obligaciones•

Como ya se expuso, se plantea que la acción indemnizatoria puede ser demandada separadamente de la acción resolutoria o de la acción de cumplimiento, con base en el principio de que quien puede lo más puede lo menos; en contraposición de quienes consideran que es necesario que para que prospere la indemnizatoria se hace necesario demandar como accesoria la resolutoria o de cumplimiento²⁴⁵. A lo anterior hay que sumarle lo siguiente, si las partes han estipulado cláusula penal para asegurar el cumplimiento de la obligación, y una de ellas incumple, por regla general la parte que pretende la ejecución de la cláusula penal no podría pedir conjuntamente la cláusula penal e indemnización por perjuicios, según lo establecido en el artículo 1600 del Código Civil, pero este artículo también permite que se pretendan las dos, sólo si previamente así lo habían estipulado las partes.

Si bien se ha dicho, la condición puede definirse como un hecho futuro e incierto; no obstante, la inveterada doctrina ha hecho una precisión importante, puesto que sería errado considerar como condición el hecho de que las partes cumplan con las obligaciones, no puede decirse que el cumplimiento de la obligación que debe realizar una de las partes está sometido a condición de que la otra lo ejecute: *convertir el cumplimiento de cada contratante en un evento futuro e incierto, es deformar hasta el extremo el contenido de la obligación*²⁴⁶.

En conclusión, cuando una de las partes ha incumplido con la obligación inicialmente pactada en el contrato, por efectos de la condición resolutoria, las obligaciones se extinguirán, tanto porque la parte cumplida exija el cumplimiento de la prestación, que la extinguirá con el pago (realización efectiva de la prestación), o cuando exija la resolución, ya que todo volverá al estado inicial desvaneciendo el nacimiento de la obligación. Cabe recordar de nuevo que cualquiera de las dos figuras permite el cobro de indemnización por perjuicios.

La prescripción

El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de prescripciones, la adquisitiva o usucapión y la extintiva o liberatoria.

245 Esto está de mejor manera planteado en la obra "Responsabilidad Civil General y del Notario", P. 71.

246 Pérez Vives, Álvaro. *Op., cit.*, P. 62.

La primera es un modo de adquirir las cosas ajenas y la segunda un modo de extinguir las acciones o derechos, por haberse poseído las cosas, en el primer caso, y por no haberse ejercido los derechos, en el segundo caso²⁴⁷.

La prescripción adquisitiva no es materia de este estudio, ya que se entiende que ese es tema propio del Derecho de bienes, por lo cual su análisis no es pertinente. Al respecto de la prescripción extintiva debe entenderse como el transcurso del tiempo durante el cual, expiran o desaparecen las acciones que posee el acreedor para exigir de su deudor, bien sea el cumplimiento de la obligación, la restitución de la cosa o la indemnización de perjuicios; por medio de esta la obligación se extingue, razón por la cual se llama prescripción extintiva o liberatoria (art. 2535 C.C.). Esta puede ser vista como una sanción con la cual el ordenamiento jurídico reprende la inacción del acreedor, no obstante, cuando el acreedor por causas externas no ejecuta la acción en el tiempo establecido, es necesario que previo a una declaración de la prescripción, se realice una valoración que permita determinar si tal inacción tiene como base la culpa o negligencia del acreedor²⁴⁸. Cabe advertir que si la inejecución por parte del acreedor tuvo orígenes en acontecimientos que lo imposibilitan a ejercer sus acciones como lo establece el artículo 2350 del Código Civil la prescripción no contara, la prescripción entonces sólo opera cuando el acreedor sabiendo de la existencia de la obligación adopta una actitud pasiva frente a la misma.

Plazos de la prescripción

La prescripción tiene dos tiempos distintos por los cuáles se rige. A estos tiempos se les conoce como tiempo largo y tiempo corto. El tiempo largo es también conocido como prescripción ordinaria o prescripción de derecho común, y está establecido en el artículo 2336 del Código Civil, modificado por la ley 791 de 2002. Este tipo específico de tiempo regula a la acción ejecutiva y a la acción ordinaria, para lo cual establece que la primera prescribe en cinco años y la segunda en diez. El artículo también señala que la acción ejecutiva, cuando pasan cinco años, se convierte en ordinaria, y convertida en esta, su prescripción es de otros cinco²⁴⁹.

.....
247 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 209.

248 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1987, xxxv, P. 57.

249 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 211.

•Extinción de las obligaciones•

En síntesis, se entiende que cuando el crédito es susceptible de extinguirse ejecutivamente y el acreedor ha dejado transcurrir cinco años ya no puede acudir a la vía judicial para cobrarlo, porque este ya se habrá extinguido por prescripción; necesita entonces de un juicio ordinario para hacerlo, en donde la nueva acción ordinaria sólo tendrá a durar cinco años²⁵⁰. Cuando la acción nace desde su inicio como ordinaria tendrá sólo diez años, sin la posibilidad de ninguna modificación, al menos que se presente la interrupción o la suspensión.

La acción ejecutiva y la acción ordinaria tienen fundamentos distintos, la primera es aplicable a los casos en los cuales existe de una obligación absolutamente clara, expresa, y exigible que reposan en un título ejecutivo, como expresamente lo señala el artículo 422 del Código General del Proceso o el artículo 488 del Código de procedimiento Civil. La acción ordinaria procede cuando la obligación es discutida, por lo cual se debe acudir a un proceso declarativo para que el juez determine si la obligación existe o no.

La prescripción extintiva de corto tiempo hace referencia, a plazos especiales que el legislador le otorgó a otras figuras, las cuales no se rigen por el artículo 2536, por el lapso de cinco o diez años. Dentro de las acciones que prescriben en corto tiempo están principalmente las que se consagran en los artículos 2542 y 2543 del Código Civil, las cuales prescriben en tres y dos años. Dentro de ellas están por ejemplo los honorarios de los defensores, médicos y cirujanos, entre muchos otros.

Muchas otras normas legales prevén prescripciones de términos cortos, es el ejemplo del plazo para pedir la rescisión o nulidad relativa de un acto jurídico (art 1750 C.C), o la rescisión por lesión enorme (art 1954 C.C.), o el pacto comisorio cuando las partes no han reglado otro tiempo (art 1938 C.C.), en la cual su tiempo para poderlas hacer exigibles antes de su prescripción es de cuatro años²⁵¹.

Interrupción y suspensión

La prescripción extintiva o liberatoria no extingue *ipso facto* la obligación, puesto que quien quiere obtener algún provecho de esta debe alegarla, estando totalmente prohibido que el juez la declare de oficio. El tiempo para que se produzca

.....
 250 León Moncaleano, William. *Derecho Obligacional*. Editorial: librería Ediciones del Profesional. primera edición. 2010. Bogotá, Colombia. P. 340.

251 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 212.

la prescripción corre desde el momento en que la obligación se ha hecho exigible, por lo tanto, si la obligación se encuentra sometida a plazo o condición, sólo hasta el vencimiento de aquel y hasta el acaecimiento de esta obligación se hará exigible, empero, hay que tener en cuenta que no se haya efectuado la suspensión, o interrupción del fenómeno prescriptivo.

Ocurre la suspensión, cuando durante el tiempo de lapso necesario para que opere el término extintivo, alguno de los extremos del vínculo obligacional, bien sea el acreedor o deudor, sea incapaz, de tal modo que sólo volverá a correr el término prescriptivo desde el momento en que adquiera su capacidad. La suspensión de la prescripción tiene como objetivo detener el tiempo de la posesión, mientras dure la causal suspensiva que se ejerce en favor de las personas que se consagran en el artículo 2530 del Código Civil²⁵².

En cuanto a la interrupción, la cual sede a favor del acreedor y en contra del deudor, ocurrirá esta cuando el deudor ha reconocido expresa o tácitamente la deuda, o cuando el acreedor desiste del abandono de los derechos que le corresponde. La interrupción tiene como finalidad borrar todo el tiempo de posesión que lleva el prescrito, y se clasifica en natural o civil. La primera cuando el deudor reconoce voluntariamente su deuda de forma tácita o expresa, y la segunda cuando el acreedor le exige judicialmente a su deudor la realización de la prestación debida²⁵³.

A través de la prescripción el acreedor pierde todas las acciones para dirigirse contra el deudor que ha incumplido con su obligación, por ejemplo, si desde que la obligación se ha hecho exigible han transcurrido cuatro años, se pierde todo derecho para ejecutar la acción de nulidad relativa. Al ser evidente que lo que extingue es la acción y no la obligación, se considera que incluir a la prescripción como modo de extinción de las obligaciones es una imprecisión, puesto que según el artículo 1527 inc. 2º del Código Civil, es obligación natural aquella que se ha extinguido por la prescripción, en tanto que si el deudor cumple con este tipo de obligación, no podrá repetir lo pagado, argumentando que tal pago carece de causa.

Dado lo que se ha dicho anteriormente, se entiende que la prescripción es una institución cuya importancia no es discutida en ningún sistema jurídico. Sin ella

252 Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia. 2014. P. 734.

253 Ledesma, Jorge. *Op., cit.*, P. 735.

•Extinción de las obligaciones•

existiría incertidumbre e inseguridad en las situaciones jurídicas²⁵⁴. Se puede decir en consecuencia, que la prescripción es una institución de utilidad social que a consolidar los derechos adquiridos. Todo lo anterior, sin olvidar que es también una sanción para el titular de un derecho que es negligente y deja transcurrir el tiempo sin ejercerlo²⁵⁵.

Como ya se ha considerado²⁵⁶ para que opere la prescripción es necesario que ocurran cuatro requisitos, en primer lugar, se necesita del transcurso de un lapso de tiempo, en segundo lugar, de la inacción durante dicho tiempo por parte del acreedor, por tercera, la prescriptibilidad de la acción, y por último, la solicitud que se le debe realizar al juez por parte de la persona interesada en alcanzar su declaración.

.....
254 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 210.

255 G. Baudry, Lacantinerie. *Précis de droit civil*, Tomo II. 1921. P. 529 a 530.

256 "Responsabilidad Civil General y del Notario". P. 75.

EL DERECHO DEL CONSUMO COMO EL NUEVO DERECHO DE OBLIGACIONES ESPECIFICADO

Caso 10: La empresa V dedicada a la fabricación de panela a nivel nacional se vio afectada luego que se decomisara en algunas ciudades del país una parte de su mercancía (alrededor del 2%), pues se evidenció —a través de exámenes científicos— que algunos lotes de panela contenían una sustancia prohibida y tóxica. A raíz de este estudio se inició una campaña de desprestigio y de bloqueo a la empresa V —por parte de una federación que agrupa a los productores— para que los consumidores no compraran sus productos, tergiversando la información²⁵⁷.

Indicación: ver Corte Constitucional. Sentencia T-333 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El mundo moderno esta bajo la estructuración de un modelo económico claramente liberal, las posturas económicas del mundo globalizado ratifican y exigen, día tras día, la apertura económica de todos los Estados que deseen que sus mercados se incrusten en la globalización tanto porque lo consideran necesario, o porque se les es imposible escapar a la tendencia en la que se dirige todo el globo.

La globalización debe ser entendida como un proceso de naturaleza económica y política, que se rige por los “siguientes factores: a) la expansión del comercio internacional y el desarrollo del mercado global basado en una estructura de

.....
257 Corte Constitucional. Sentencia T-333 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

producción postfordista o bien post industrial; b) la creciente homogeneidad de estándares culturales y estándares de consumo; c) el debilitamiento de la idea Estado-Nación para el beneficio de los agentes económicos del nuevo mercado global; d) desarrollo de bloques comerciales²⁵⁸.

Dada la dinamización que ha sufrido el mundo en la macro-producción de bienes y servicios, las relaciones mercantiles que regían décadas atrás han cambiado drásticamente. Los vínculos mercantiles de la actualidad están diseñados para orquestarse desde la libre competencia y la menor intervención Estatal posible. Los lazos mercantiles que se han extendido a lo largo del globo bajo las directrices de la negociación, han generado que las formas propias en la que se configuraban los agentes que intervenían en el mercado hayan cambiado, y se hayan transformado con miras a adaptarse a las nuevas circunstancias del intercambio mercantil.

Los cambios que se desarrollaron en las nuevas relaciones entre consumidor y el mercado debido a la globalización se pueden clasificar de la siguiente manera²⁵⁹:

1. Modificaciones en las etapas de la producción y en el mercado de consumo a consecuencia de la introducción de la tecnología.
2. Cambios en las prácticas de consumo contractuales.
3. La aparición de las denominadas prácticas abusivas contrarias a las reglas del mercado impuestas por la legislación en materia de defensa de la competencia.
4. El crecimiento del mercado regional y la importancia de las agencias reguladoras.
5. Mayor competitividad de los mercados haciéndose necesario la existencia de normas tendientes a proveer una seguridad jurídica tanto a los mercados como al consumidor.

Dada la transformación que el mundo vive tan afanosamente por incluir a todo el globo en el frenesí del comercio, la figura del consumidor ha adquirido una nueva importancia en el panorama internacional. La protección al consumidor es hoy día algo fundamental, ya que se entiende claramente que el consumidor es el motor fundamental que dinamiza la economía, y que es por medio de él que el sistema

258 Macedo Junior, Ronaldo Porto. Globalización y derechos del consumidor. Revista de Derecho del Consumidor, Brasilia: FESMPDFT, v. 32, no. 1, 1999. P. 45-54.

259 Mac Donald, Andrea. La influencia de la globalización en el mercado y en el consumidor. Artículo publicado en el suplemento de consumidor y defensa de la competencia. Revista jurídica digital patagónica legal. 2006.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

sigue su rumbo, además sin olvidar que dejar al consumidor en una relación de igualdad con los agentes productivos, es desequilibrar enormemente la relación contractual que se puede generar entre ellos, ya que los grandes agentes casi siempre procederán a utilizar su posición dominante en perjuicio de los consumidores.

Establecido el panorama de forma general frente al derecho de consumo, es innegable que este trasciende contundentemente al Derecho Civil y al Derecho Comercial, ya que es por medio de ellos que todas las negociaciones se rigen, y la actividad comercial se regula, generando una retribución y distribución de bienes y servicios en búsqueda de la satisfacción de sus necesidades²⁶⁰. También es indiscutible que por medio de la regulación privada, los agentes que se involucran en el comercio encuentran las bases para solucionar sus controversias de forma pacífica, siendo esto aplicable tanto a las grandes compañías, como a los consumidores. Dada esta importancia, es necesario proceder a su más profundo y exhaustivo análisis para determinar su verdadero impacto en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Caso 11: una persona parte dentro de un proceso penal, ante la orden del juez de prestar caución como medida para poder embargar los bienes de un tercero civilmente responsable, se dispone a comprar la póliza; empero, varios agentes de seguros se negaron a vendérsela por estar ordenada contra una empresa aseguradora. Ante la petición de información a las entidades aseguradoras para exponer la razón para no contratar, estas dijeron que se reservaban el derecho del riesgo de su expedición. La negativa se daba en virtud de que existe un acuerdo entre las diferentes compañías aseguradoras para no vender seguros cuando por el eventual perjuicio tendría que responder otra aseguradora²⁶¹.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

.....
²⁶⁰ Plata López, L. *Responsabilidad por productos defectuosos: Algunos comentarios de la Corte Suprema de Justicia Colombiana*. En V. Monsalve Caballero & L. Escobar, *La responsabilidad una mirada desde lo público y lo privado*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2009.

²⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Generalidad del Derecho del consumo

El progreso de la legislación comercial, ha sido impulsado en gran parte por las demandas de un nuevo modelo de mercado, en el que las barreras intervencionistas y proteccionistas del Estado, tienden en algunos casos a desaparecer. En este contexto, el concepto de protección del consumidor surge como un mecanismo en virtud del cual, el Estado busca proteger a sus consumidores. El nuevo modelo de mercado ha sido influenciado por los sistemas jurídicos internacionales y se enfrenta hoy día al concepto de liberalidad del mercado, a la noción de “mano invisible” y al intervencionismo del Estado, en una economía que no puede ser regulada íntegramente en el derecho civil y en el derecho comercial²⁶².

En este sentido, la definición de consumidor es un concepto dinámico, que puede acomodarse a diferentes disciplinas, es decir, es un tema que se estudia en el Derecho, por ser esta la ciencia que reglamenta y determina la defensa y protección del consumidor, y adicionalmente es un tema que hace parte de estudios económicos, en el sentido que busca explicar el comportamiento de los consumidores y competidores en el mercado²⁶³, haciendo *innegable que el origen del uso de esa terminología como parte de un vocablo económico, empezó a partir de su concepción de interviniente en el mercado*²⁶⁴.

El mercado como aspecto relevante en la actividad de consumo, se define como (...) *una conducta social que vincula a una persona o grupo de personas con otra u otras, y por tanto, como una relación que por su contenido es susceptible de una apreciación científica desde diversas perspectivas: sociológica, económica o jurídica*²⁶⁵. En la actividad de consumo existe una dinámica en dos sentidos, pues los consumidores hacen saber al mercado cuáles son sus necesidades básicas, intereses y gustos, y le dan a conocer su capacidad de adquisición y posición frente

262 Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. Ed. Naxos. 2008

263 Gustavo Vallespinos, Carlos, & Oviedo Albán, Jorge. *El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de la leyes 24.240 y 26.361*; en *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*. Ed. Dike, 2010, P. 154 y 155.

264 República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia, Red Nacional de Protección al Consumidor. *Curso Práctico de Políticas y Mecanismos de Protección al Consumidor. Módulo Consumidores* 2013. P. 6.

265 Lorenzetti Ricardo Luis & Schotz, Gustavo Juan. *Defensa del Consumidor*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires Argentina. 2003. P. 27.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

al mismo²⁶⁶, mientras que el mercado responde con determinados productos o servicios, que suplen las necesidades del consumidor, de acuerdo a la información suministrada por él mismo²⁶⁷.

Debido a esto, es claro entonces que la información es un recurso de doble vía, es decir, el consumidor comunica al mercado sus necesidades, y este de igual manera responde a su demanda, con una amplia oferta de productos. De esto, se desprende un problema que consiste en la creación de una barrera entre consumidor y mercado; esta barrera se genera debido a que en muchas ocasiones la información que proporciona el mercado es incompleta, de difícil acceso o irreal, lo que lleva a que el consumidor tenga una posición desigual en el mercado, pues él no recibe los productos de acuerdo a sus necesidades, sino a las necesidades que el mercado quiere suplirle²⁶⁸.

A raíz de dicho problema, se pone en funcionamiento el aparato judicial. Al verse el consumidor en situación de indefensión y desigualdad, es el Estado con sus normas quien debe protegerlo, por no estar el mercado en la condición de hacerlo. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en un pronunciamiento reciente señaló:

En efecto, en las relaciones consumidor-productor o consumidor-proveedor, se establecen vínculos entre un profesional y un lego o no profesional, con lo cual el ordenamiento busca particularmente proteger los intereses del primero, toda vez que es la parte económica más débil y se encuentra en una posición más frágil en la medida en que no tiene los conocimientos de un profesional como lo es el productor o el proveedor.

Es imperativo por parte del Estado, construir un sistema de protección para los consumidores, que tenga como finalidad lograr una armonía entre lo que quiere el mercado y lo que es saludable para los consumidores. Este sistema normativo,

266 Cavanilla Mujica, Santiago. *Responsabilidad Civil y Protección al Consumidor*. Serie Ensayos-8 Palma de Mallorca, 1995. P. 168.

267 Este tema no será desarrollado ampliamente en este libro, por que se recomienda ver Weingarten y otros (2007).

268 Weingarten, Celia; AAracet, L. Cáceres, G correa, C. Ghersu y M. Hise. *Derecho del Consumidor, La Estructura Legal en el Ámbito del Consumo*. Editorial Universidad. 2007 P. 70.: "Los consumidores deben tomar decisiones sobre la base de la información que obtienen acerca de los atributos, la calidad, las características y los precios del bien o servicio que desean adquirir. Pero el acceso a la información necesaria para tomar la decisión de contratar es frecuentemente asimétrica".

debe procurar la efectividad de la protección de los derechos de los consumidores que se encuentran en peligro, cuando el producto está defectuoso, es inseguro, genera perjuicios para la salud, o simplemente, deja de ser económicamente viable para el consumidor que por la falta de competidores en el mercado debe adquirirlo a un precio más alto, caso en el cual es necesaria la intervención del Estado para lograr una eficaz protección legal.

Es así como, vale la pena señalar que desde mediados del siglo xx se contempla para todos los consumidores, el derecho a protegerlos. El Congreso de los Estados Unidos de América, en un mensaje especial el día 15 de marzo de 1962 titulado “Protegiendo los intereses del consumidor”, señaló por medio del Presidente John Fitzgerald Kennedy lo siguiente: “*Consumidor, por definición, nos incluye a todos (...) y no obstante que dos tercios de todos los gastos de la economía son hechos por los consumidores, ellos constituyen el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados*”. Es desde este momento, que para muchos, nació el derecho de consumidor, como institución por medio de la cual se busca proteger a los consumidores, es decir, a todas personas que son tenidas en cuenta y que por esta razón se sienten desprotegidas²⁶⁹.

Definición general de la figura de consumidor en el derecho nacional y en el derecho comparado

Caso 12: dos concesionarios de automóviles inician de manera conjunta una campaña publicitaria para la adquisición de vehículos nuevos para financiar el 70% de su valor con tasas de interés de 1,5% mensual por 36 meses. La Superintendencia encargada de su vigilancia inició una investigación sobre la forma en cómo se estaba cumpliendo la descrita propaganda, y constató que en ningún lugar la publicidad indicaba que la tasa de interés ofrecida estuviese sujeta a condición alguna o que se tratara de un interés “*subsidiado*”, se trataba entonces de una contradicción entre lo anunciado y la práctica. A través de una resolución la Superintendencia ordenó la corrección de la publicidad y el acatamiento de unas instrucciones para el efecto²⁷⁰.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-145 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

269 Alterini, Atilio Anibal. Treinta Estudios de Derecho Privado. Ed. Temis. 2011. P. 342.

270 Corte Constitucional. Sentencia T-145 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

En el mundo son varias las corrientes jurídicas que han desarrollado el concepto de derecho del consumidor. El Derecho Anglosajón, en la legislación norteamericana ha tenido un amplio progreso en el tema, al igual que el derecho continental, con las legislaciones de Alemania, España e Italia, que se han destacado e influido en países latinoamericanos como Brasil y Perú, cuya evolución en el tema ha sido notoria. Este desarrollo que se ha dado de manera global, ha permitido que Colombia fije y determine unas pautas, que con base en otras legislaciones, ayudan a la evolución de las teorías del Derecho del Consumidor.

El primer concepto a revisar, base del derecho del consumidor, es la definición del consumidor en sí misma, como “(...) *la puerta de entrada al derecho de consumo*”²⁷¹. El consumidor, es un concepto que se desarrolló con base en la idea de la persona física, posteriormente se incluyó la persona jurídica, y finalmente, algunos lo definieron como “*aquel contratante que consume, es decir, quien es el destinatario final del bien*”²⁷², siempre teniendo presente que este concepto varía con la legislación de cada país, y el periodo en el que se publica.

Dentro de los primeros reconocimientos hechos al consumidor como sujeto determinante en el mercado, está el realizado en Estados Unidos con la Ley de Fraude en Correos la cual pretendió dar identidad y protección a los consumidores²⁷³. Posteriormente la “U.S. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act”²⁷⁴ del año 2000, ley sobre firma digital, definió en su sección 106, el concepto de consumidor o “consumer”²⁷⁵ como aquel individuo que obtiene, mediante una negociación, productos o servicios²⁷⁶ que tienen como finalidad ser usados para un propósito personal, familiar o de su hogar, es decir, sin fines comerciales. En este sentido, debe entenderse la definición de consumidor como aquel individuo que con alguna forma de racionalidad económica, decide sobre su consumo personal y de las personas que están a su cargo.

271 Lorenzetti *Op., cit.*, P. 65.

272 *Ibidem.* P. 65.

273 República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. *Op., cit.* P. 6 y 7.

274 Electronic Signatures in Global and National Commerce Act. Consultar [en línea] 5 de julio 2000. disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf>. Citado el 11 de abril del 2015.

275 Consumidor entendido específicamente para el propósito de la citada ley.

276 El tema de servicios, debe ser revisado cuidadosamente, debido a que hoy día, se plantea que al referirse al consumidor, no caben los servicios, sólo se habla de bienes

En Europa, como otro polo de la regulación del Derecho del Consumidor, la Convención de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, señaló en su artículo 5, relativo a los “contratos celebrados por los consumidores”, que los consumidores son aquellos que tienen como objeto abastecerse de productos que son ajenos a su actividad comercial, de la siguiente forma:

El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros²⁷⁷.

El BGB alemán, en su párrafo 13²⁷⁸, define al consumidor como toda persona natural que celebra un negocio jurídico con un propósito, que no esté relacionado ni con su actividad comercial ni con su actividad profesional. Al respecto se debe señalar que el tema de las personas jurídicas está excluido de la regulación de consumidor.

El Código Civil Italiano indica en su artículo 1469 que el consumidor, es aquella persona física que adquiere productos o servicios, diferentes a los necesarios para su actividad empresarial o profesional ejercida²⁷⁹. España tiene la denominada Ley para la defensa de los consumidores, que definió a los consumidores como “*las personas físicas o jurídicas que adquieren o utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*”²⁸⁰.

En Sudamérica, Brasil reglamentó en el artículo 2 de la Ley 8078 de 1990²⁸¹, la definición de consumidor, señalando que es “*(...) toda persona física o jurídica*

277 Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma, el 19 de junio de 1980. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF>. Consultado el 11 de abril del 2015

278 BGB § 13 Verbraucher: Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihr gewerblich noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

279 Lorenzetti, *Op., cit.*, Pág. 68

280 *Ibidem*, pág. 68.

281 Ley N 8078, del 11 de septiembre de 1990. Disponible en: brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdc-es.pdf. Consultado el 11 de abril del 2015.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado•

que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”. Esta norma compara a los consumidores con todas las personas que, aunque no se pueden determinar en su totalidad, en algún modo han tenido vínculo con las relaciones de consumo en el mercado. Debe señalarse que esta norma diferencia la definición de consumidor en asuntos contractuales y extracontractuales. En cuanto a estos últimos, menciona que los sujetos víctimas de un daño a causa de un producto o servicio dañoso, también deben ser considerados como consumidores²⁸².

El Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, señala en el artículo 1, que consumidores o usuarios son:

Consumidores o usuarios: 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor (...).1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta²⁸³.

En el caso mexicano, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece:

(...) consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización o prestación de servicios a terceros únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.

Por su parte, Colombia en una primera aproximación al concepto de consumidor como agente en el mercado, le otorgó al Presidente, en la Ley 73 de 1981, por

.....
282 Lorenzatti, *Op., cit.*, pág. 71.

283 Ley N 29571 del 2010. disponible en: http://portal.andina.com.pe/EDPEspeciales/especiales/2010/setiembre/codigo_consumidor.pdf. consultado el 11 de abril del 2015.

medio de la cual “el Estado interviene en la Distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor”, las facultades para participar en la formación de normas relativas a la protección del consumidor en términos de calidad e idoneidad²⁸⁴. Con ocasión a esas facultades, se expidió el Decreto 3466 de 1982, que definió al consumidor como: “(...) *Toda persona, natural o jurídica, que contrae la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades*”.

Se debe destacar en esta definición, en comparación con las definiciones de las legislaciones ya analizadas, que la misma no se refiere al consumidor como destinatario último del producto y tampoco, se hace expresa mención acerca de la necesidad de que los citados productos fuesen diferentes o ajenos a los usados en sus actividades comerciales, es decir, no se tiene una noción finalista acerca del consumidor.

Posteriormente, con el fin de tener un concepto más universal, es decir, uno que estuviese ligado a los planteamientos internacionales y que a su vez involucrara las nuevas exigencias del mercado, se expidió el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Con este estatuto se logró una armonía, con la legislación Española, la Convención de Roma, y algunas otras normatividades en la definición del consumidor, ya que cuenta con el concepto de destinatario final y la especificidad de la satisfacción de una necesidad que no se encuentra vinculada a la actividad económica propia, lo que marca una diferencia fundamental con el anterior concepto que traía el Decreto 3466 de 1982. La ley 1480 en el artículo 5 numeral 3 señala:

Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario²⁸⁵.

.....
284 Artículo 1 numerales 1 y 2 de la Ley 73 de 1981.

285 Artículo 5o Ley 1480 de 2011. Estatuto del consumidor, disponible en: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306. Consultado el 11 de abril del 2015.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

Gracias a esta definición, la legislación colombiana cuenta hoy día con un concepto más acorde al Derecho Internacional en muchos aspectos. Por ejemplo, existen legislaciones, que al igual que la colombiana, incluyen en el concepto de consumidor a las personas jurídicas. La ley 1480 buscó un marco de protección más amplio, en el que no es relevante la condición de las partes, sino el desequilibrio que se genere entre las mismas, por lo que resulta posible la relación de consumo, en donde se involucra una persona jurídica, que si bien es profesional en el comercio, puede actuar fuera de la esfera de su especialidad, es decir, puede adquirir un bien que no vuelve a la cadena de producción.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de mayo de 2005²⁸⁶ expuso:

(...) Siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto —persona natural o jurídica— persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo(...)

(...) lo anterior quiere decir que por fuera de la protección normativa quedan los “consumidores-empresarios”, es decir, aquellos cuyos actos se dirigen a ser incorporados en procesos productivos o de naturaleza similar; empero, ha de precisarse, esto no significa que las personas jurídicas no puedan ser consumidores finales, pues aunque normalmente no desempeñan tal rol, en la medida en que “no adquieren”, al menos en lo general o común, bienes para sí, para su consumo final o beneficio, y menos aun —por su propia índole— para el grupo familiar o social —ello no quita que por excepción frente a supuestos muy especiales —y no genéricos— se considere a las personas jurídicas como consumidores de tales o cuales bienes o servicios (...). (Subrayas fuera del texto).

.....
286 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Magistrado Ponente Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 5000131030011999-04421-01.

En relación con algunas legislaciones que también hacen referencia a la persona jurídica como consumidor, se pueden señalar: la legislación española, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, artículo 3 señala que “*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*». De igual manera, la legislación española sobre el tema (Ley 23 de 2003), señala que el consumidor puede ser una persona jurídica, “*por tanto, el factor a tener en cuenta no es la personalidad del adquirente, sino el destino o uso del bien adquirido*”²⁸⁷. Lo anterior también se ve reflejado en la legislación argentina, Ley 24240 (reformada por la 26361), que en el Artículo 1 indica que la ley tiene por objeto la defensa del consumidor entendiéndose este, las personas naturales o jurídicas que adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio de ellos mismo, o de su grupo familiar o social²⁸⁸.

Sin embargo, como ya se señaló, en Alemania expresamente el §13 del BGB alemán excluye a las personas jurídicas del concepto de consumidor, siempre teniendo en cuenta que las sociedades denominadas “BGB-Gesellschaft” en Alemania, pueden no tener personalidad jurídica, es decir, no son finalmente personas jurídicas, lo que les da la posibilidad de ser consideradas como consumidores, siempre y cuando no actúen con fines comerciales o profesionales²⁸⁹.

Adicionalmente, otro elemento importante en el régimen colombiano, que tiene similitud con la legislación internacional, consiste en la ausencia de una relación comercial al momento de la adquisición de los productos, es decir, que en las relaciones donde esta involucrado un consumidor no está de por medio el ánimo de lucro de este. El consumidor adquiere un producto sólo con fines personales, familiares o incluso un fin empresarial que no tenga relación con sus actividades económicas, como ya se mencionó.

287 Díaz Tarragó, Iván, ¿Se puede considerar a una persona jurídica “consumidor”, a los efectos de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo?. *Economist and Jurist*. Mayo 2003. Disponible en: <http://www.diaztarrago.com/Articulos/EMPRESA%20CONSUMIDOR%20LEY%2023-2003.pdf>. Consultado el 12 de abril del 2015.

288 Cámara de Comercio de Medellín, Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor-Una mirada a la ley 1480 de 2011. Edición No. 29. Octubre de 2012. P. 19. Disponible en: www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf. Consultado el 12 de abril del 2015.

289 Kuntze, Tobias. BinichVerbraucheroderdochUnternehmer? – einLeitfadenzurAbgrenzungzwischen § 13 BGB und § 14 BGB. 18.04.2012. Consultar [en línea] Disponible en: www.it-recht-kanzlei.de/verbraucher-unternehmer.html

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

Por lo demás cabe resaltar, que el último inciso de la norma, señala que la definición de usuario estará inmersa en la definición de consumidor, lo que advierte que el legislador no quiso condicionar la protección de acuerdo a quien adquiere o a quien efectivamente usa el producto, pues en ambos casos el sujeto puede encontrarse en una situación de debilidad y desprotección, lo que desdibujaría la finalidad de la norma, de proteger y evitar desequilibrios. En efecto, la norma quiere proteger no sólo a quien tiene derecho al uso o goce de una cosa, sino también a todos los destinatarios de un servicio de cualquier naturaleza²⁹⁰.

En suma, el consumidor en el Derecho Nacional como en el Derecho comparado se entiende como aquel sujeto sea tanto persona natural o persona jurídica en los ordenamiento que lo permiten, que adquiere un producto en el mercado para su satisfacción personal y que no se encuentra destinado a su actividad comercial o a la obtención de un lucro a través de su adquisición.

Directivas europeas en materia de consumidor

Antecedentes

Desde mediados del siglo XXI, algunos Estados europeos ya contemplaban alguna regulación sobre el Derecho del Consumidor, esto teniendo en cuenta que en los antecedentes de la formación de las comunidades europeas, entre los años 1975 a 2000, se prestó más atención, “por necesidad del mercado”, a la protección de la competencia que a la protección del consumidor. Desde 1975, se expidieron directivas aisladas sobre la protección del consumidor, en temas muy desiguales como por ejemplo, género alimenticio, control fitosanitario, fitofarmacéuticos, seguridad, entre otros, y posteriormente con el Tratado de Roma sobre contrato y “el programa que impulsa la política de protección a los consumidores” de 1985 y 1986 —1990 a 2001— se expidieron otras directivas relativas a publicidad engañosa, productos defectuosos, ventas a domicilio, etc.²⁹¹.

Aunque el Tratado de Roma de 1957, no utilizó el término consumidor, varias directivas europeas sí lo han definido. El Convenio de Bruselas de 1968, fue

.....
290 Lafont Pianetta, Pedro. *Manual de Derecho Privado Contemporáneo. Derecho de consumo. Nuevo Estatuto del Consumidor* (Ley 1480 de 2011). Tomo II. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2012. P. 26.

291 Lafont Pianetta, *Op., cit.*, Pág. 4, 5. Tomado de: Lima M. Claudia y Lorenzetti R., *Op., cit.*, P. 484 y ss.

la primera regulación relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocida hoy día como el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, del 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), y señaló en su artículo 13: “(...) *En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada el consumidor (...)*”²⁹².

Así mismo, la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, explicó en su artículo 5: “*El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros*”. En términos generales, varias de las directivas mencionadas definen al consumidor “*Como cualquier persona física que, frente a un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional*”²⁹³.

Estas disposiciones, dieron pie para que en la Unión Europea se considere vital proteger los intereses de los consumidores, eliminando las barreras que existen en el comercio entre los Estados miembros, con el propósito de que a través de un auténtico mercado interior, se conceda la facultad a estos de acceder a todos los bienes y servicios que provengan de los Estados miembros de la Unión. En este sentido, gracias al “principio del reconocimiento mutuo”, la libre circulación impide, de un lado, que se imponga la legislación interna de cada Estado, y de otro que se condicionen las expectativas de los consumidores en relación con un bien o servicio. Es así como el principal beneficiario del adecuado funcionamiento del mercado interno es el consumidor²⁹⁴, porque como se señaló en la jurisprudencia del 20 de febrero de 1979, “Cassis de Dijon”, cualquier producto fabricado y comercializado en un Estado miembro, debe ser admitido en cualquier otro, es decir,

292 Villalba Cuéllar, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 305-340, julio-diciembre de 2009. P. 309.

293 Lafont Pianetta, *Op., cit.*, Pág. 4, 5. Tomado de: Lima M. Claudia y Lorenzetti R., *Op., cit.*, P. 484 y ss.

294 Botana García, Gema Alejandra. La protección de los consumidores en la Unión Europea y la directiva sobre derechos de los consumidores. GUALACOSTA, José Manuel, Villalba Cuéllar, Juan Carlos, Derecho del consumo, problemáticas actuales. Ibáñez. 2013. P. 35 y 36.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

el mercado interior, debe ser un espacio sin fronteras en el que la libre circulación de mercancías se garantiza, según las disposiciones del Tratado CEE (artículos 28 y siguientes)²⁹⁵.

Regulación general en materia de consumo

Los derechos del consumidor en la Unión Europea, están formulados en diferentes instrumentos normativos, como ya se dijo. De igual forma se encuentran regulados en la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa (res. 543 del 15 de mayo de 1983); en las distintas versiones del “Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores” de la Comunidad Económica Europea del 14 de mayo de 1975 y del 19 de mayo de 1981; en las Directivas sobre protección del consumidor aprobadas por la res. 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de abril de 1985²⁹⁶, entre otros.

En el campo de la competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales celebrados por consumidores se encuentran: El “*Reglamento comunitario 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil*; los *Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*; *Lugano de 16 de septiembre de 1988* y *Lugano II de 30 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de enero de 2010, los tres del mismo nombre*; *Art. 22 LOPJ, sólo aplicable en defecto de instrumento internacional que rija la cuestión*²⁹⁷.

Hoy día son más de 1.000 las directivas que existen en materia del consumidor, expedidas por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo; algunas que se han ocupado de la definición de consumidor son²⁹⁸:

- Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en el artículo 2.1 señaló: consumidor es “*toda persona física que, para las transacciones amparadas*

295 Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, en el asunto 120/78. Disponible en: <http://cde.usal.es/master/practicas/Mercado%20interior/Cassis%20de%20Dijon.pdf>. Consultado el 12 de abril del 2015.

296 Alterini, *Op., cit.*, P. 371.

297 Castellanos Ruiz, *Op., cit.*, P. 1-3.

298 Villalba Cuéllar, *Op., cit.*, P. 309, 310.

por la presente directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”.

- Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, artículo 1.2, define al consumidor como *“la persona física que en las operaciones reguladas por la presente directiva, actúe con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”.*
- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en su artículo 2.4 define al consumidor como *“la persona que compra o se compromete a comprar viaje combinado (el contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (los demás beneficiarios) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (cesionario)”.*
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 2 b) define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.*
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, artículo 2 define al consumidor como *“toda persona física que en los contratos contemplados en la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.*
- Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, definió al consumidor como *“cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”.*
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, señala que el consumidor es *“toda persona física*

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

que, en los contratos que refiere la presente directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”.

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), artículo 2 literal e lo define como *“Cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.*
- El reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, define al consumidor final como *“el consumidor último de un producto alimenticio que no empleará dicho alimento como parte de ninguna operación o actividad mercantil en el sector de la alimentación”.*
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, artículo 2 literal d, define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.*
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales», artículo 2 literal a indica que consumidor es *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.*

Adicionalmente, las siguientes directivas se refieren a algunos temas relevantes en materia de consumidor:

- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE.
- Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Versión codificada) (Texto pertinente a efectos del EEE).
- Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Aplicación al caso de seguridad en los productos

Igualmente y de la mano del Derecho del Consumidor Europeo, surge una cuestión muy interesante, que consiste en la regulación en materia de seguridad de los productos que son distribuidos a los consumidores, y que eventualmente, pueden ocasionar daños a la salud y seguridad de los mismos. Al respecto Micele expone que la legislación europea y luego la Comunidad Europea han sido pródigas en fijar normas de conducta y atribuir responsabilidades por la calidad de los productos y servicios, por la transparencia en las operaciones y en el óptimo funcionamiento de los mercados²⁹⁹. Es por esto que se revisara el contenido de un par de directivas relevantes en el tema y se hará el análisis del caso con base en la Produktsicherheitsgesetz (ProdSG), ley alemana sobre seguridad de los productos.

Directiva 1992/59/CEE

Uno de los primeros antecedentes sobre la protección de los consumidores por productos inseguros o altamente riesgosos en la Unión Europea, fue la Directiva

.....
299 Micele, Mario R.: "La Ley de Defensa del Consumidor (antecedentes, técnica legislativa y viabilidad)". LL, 1994. P. 900.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

1992/59/CEE, que tenía como finalidad principal lograr la armonía de las diferentes normas sobre la protección del consumidor en los Estados Miembros y ser la norma especial, frente a los vacíos de las leyes internas, las cuales eran de prevalencia en cada país miembro. Esta multiplicidad de normas, afectaba directamente al consumidor, por lo cual la mencionada directiva estableció pautas generales de seguridad sobre todos los productos destinados a los consumidores que se encontraban en el mercado y la obligación para las autoridades designadas de evaluar los riesgos que los productos podrían ocasionar y así evitar que los mismos generaran efectos adversos a los destinatarios finales³⁰⁰.

Es por esto que al productor se le asignaron una serie de obligaciones que se extendieron al comercializador, lo que significó una responsabilidad compartida para estos y una protección integral para los consumidores. Dentro de estas obligaciones se encontraba el deber de informar al consumidor sobre los posibles riesgos a los que podría estar expuesto, para que él mismo pudiese evaluar dichos riesgos, mediante guías y manuales de uso. Este deber de información incluía adicionalmente, el deber de señalar al consumidor cómo actuar en caso de ocasionarse un daño y tomar las medidas necesarias para repararlo, lo que no eximía de responsabilidad al productor, distribuidor o comerciante³⁰¹.

Es importante mencionar, que además existía tanto para los productores como para los comercializadores, un deber de abstención sobre la distribución o venta de aquellos productos o bienes, de los que se tuviera algún tipo de indicio de su peligrosidad para la salud de los consumidores. Es decir, se hablaba de un deber de diligencia y prudencia sobre los productos que estaban a disposición de los consumidores. La Directiva adicionalmente le otorgó a cada Estado miembro la posibilidad de controlar los productos que ingresan al mercado, imponer condiciones previas para el acceso de un producto al mismo y tomar las medidas pertinentes en caso de incumplimiento ya fuesen sancionatorias o administrativas, como por ejemplo la prohibición temporal o definitiva de la comercialización de un producto inseguro en el mercado³⁰².

.....
300 Dr. Fluck, Jürgen Limburgerhof, und RechtsanwältinSilkeSechting. Öffentlich —rechtlichesVerbraucherschutz— und Produktsicherheitsrecht.Mannheim15 de Noviembre del año 2004. P. 1393.

301 *Ibidem*. P. 1393.

302 *Ibidem*. P. 1394.

Una vez adoptadas o decididas las medidas por parte de la autoridad competente de cada Estado miembro, para “*impedir, restringir o someter a condiciones particulares en su territorio la comercialización o utilización de un producto o lote de producto debido a un riesgo grave e inmediato que dicho producto o lote de producto entrañe para la salud y la seguridad de los consumidores*” se impuso un deber de información de la situación a la Comisión, siempre que esta, no estuviese prevista en “*procedimientos de naturaleza equivalente en virtud de otros instrumentos comunitarios*”³⁰³, con la finalidad de señalar una alerta en el sistema de Sistema de Intercambio Rápido de Información RAPEX.

Directiva 2001/95/CE

Con ocasión al informe presentado por la Comisión Europea en el año 2000, se logró determinar que la Directiva 92/59/CEE había tenido un efecto importante en la armonización de las normas de cada Estado miembro, pero se constató que ante la ausencia de disposiciones comunitarias especiales sobre la protección de los consumidores frente a los productos inseguros, se estaba generando un desequilibrio en el mercado, que creaba barreras al comercio, situación que generó varias críticas por parte de la Comisión Europea³⁰⁴.

Como consecuencia de lo anterior, el Parlamento Europeo y el Consejo, expidieron la Directiva 2001/95/CE del 3 de diciembre del 2001, relativa a la seguridad general de productos, en la que se manifestó la necesidad de garantizar una fuerte protección a los consumidores, mediante una legislación comunitaria horizontal, que estableciera los principios generales de seguridad de los productos, las obligaciones de productores y distribuidores sobre este particular, y el intercambio de información sobre la peligrosidad de los mismos, a través del RAPEX.

Si bien esta Directiva no modificó la noción de producto seguro, como novedad se encuentra, que amplía el margen de regulación de los productos, incluyendo también productos denominados migratorios, tales como pesticidas, colores, punteros láser, entre otros y también regula algunos servicios en el ámbito de protección³⁰⁵. Adicionalmente, en una de las consideraciones, se señala que aunque la

.....
303 Artículo 8, Directiva 1992/59/CEE.

304 Fluck, *Op., cit.*, P. 1395.

305 *Ibidem*, P. 1395.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

misma no aplica a servicios, el objetivo es garantizar la protección del consumidor de una manera tan amplia que incluye a los productos, que se ofrecen en el marco de la prestación de un servicio, cuando el consumidor ha de utilizarlos³⁰⁶.

En cuanto a las obligaciones del productor frente a los consumidores, la citada Directiva no hace modificaciones importantes; sigue regulando la obligación de comercializar en el mercado productos seguros y la de informar debidamente sobre los posibles riesgos que se pudieran originar con el uso de los productos, al igual que consagra la obligación de retirar aquellos que a consideración y conocimiento del profesional pudieran causar algún daño a los consumidores, y es por esto que se implementó la obligación de colaborar con las autoridades para estos fines (Consideración 21, Directiva 2001/95/CE).

Para lograr una eficaz vigilancia en el mercado que permitiese garantizar un estándar elevado de protección de la seguridad y la salud de los consumidores, se ordenó la necesaria cooperación de las autoridades de los Estados Miembros, para establecer mecanismos de protección comunitaria, mediante la creación de una red de autoridades, responsables de la seguridad de los productos, que de manera conjunta trabajaría con el sistema RAPEX, para el intercambio de información sobre los productos y sus riesgos y los conocimientos técnicos ya adquiridos³⁰⁷.

Finalmente, dentro de las novedades de la Directiva 2001/95/CE, se delimitó el contexto de la libre competencia, impidiendo que los productos de bajo costo se continuaran comercializando en el mercado, como consecuencia del incumplimiento de las normas sobre seguridad de los productos. En este orden de ideas, sólo estarán en el mercado los productos que son proporcionalmente competitivos por su calidad y son las autoridades las encargadas de controlar los estándares mínimos de seguridad de los productos que circulan y de eliminar del mercado aquellos que no cumplen con dichos requerimientos, lo que evidentemente limita la competencia³⁰⁸.

306 Consideración número 9, Directiva 2001/95/CE.

307 Artículo 5 numeral 3: "En los casos en que los productores y los distribuidores sepan o deban saber, por la información que poseen y como profesionales, que un producto que ya han puesto en el mercado presenta para el consumidor riesgos incompatibles con la obligación general de seguridad, informarán inmediatamente a las autoridades competentes de los Estados miembros en las condiciones fijadas en el anexo I, precisando, en particular, las medidas adoptadas para prevenir los riesgos para los consumidores. (...)".

308 Fluck, *Op., cit.*, P. 1397.

§6 Abs. 4 ProdSG

La Directiva 2001/95/CE plantea una “obligación general de comercializar exclusivamente productos seguros” y en su consideración número 11, señala:

(11) A fin de garantizar la salud y la seguridad de los consumidores, todas las disposiciones de la presente Directiva deberán aplicarse cuando no existan disposiciones más específicas en el marco de normativas comunitarias relativas a la seguridad de los productos de que se trate.

Tomando en consideración la regulación europea sobre el tema, Alemania mediante la Ley sobre la seguridad de los productos (Produktsicherheitsgesetz), regula la relación que existe entre el consumidor y la cadena de producción en materia de seguridad y salud en Alemania. Esta norma, en términos generales establece que los productos que ingresan al mercado, deben cumplir con los requisitos que disponen las normas europeas en términos de calidad, deben ser seguros para los consumidores en condiciones normales y previsibles de uso, y adicionalmente no deben representar algún riesgo que pueda poner en peligro la seguridad del consumidor.

Específicamente el párrafo § 6 ProdSG, establece unas obligaciones adicionales frente a la comercialización de los productos en el mercado, referente a la información que debe destinarse a los consumidores sobre las características de los productos y sobre los posibles riesgos que pueden derivarse de uso. El objetivo de esta obligación en cabeza de los sujetos de la cadena de producción, tiene como fundamento que los consumidores puedan hacer sus valoraciones correspondientes frente al peligro asociado con el producto y que no son perceptibles para estos, dentro de un periodo normal de uso, con el fin de que se puedan proteger contra los posibles daños³⁰⁹.

Señala la norma que la información relacionada con el producto debe estar en el mismo y de no ser esto posible, se escribirá en el empaque. La excepción a esta regla se concreta sólo en caso de que el consumidor conozca el producto o que el incluirlo sobrevenga un esfuerzo desproporcionado. Adicionalmente, la norma exige que los productos contengan la información necesaria para que sea posible

309 *Ibidem*, P. 1396.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

acudir al productor o fabricante, en caso de reclamo o inconformidad por parte del consumidor, quienes deben contar con un representante suyo en caso de que no se encuentre radicado en la Unión Europea. De igual manera, tanto el fabricante y su representante autorizado, como el importador, deben adoptar medidas necesarias para evitar los posibles riesgos a los consumidores con ocasión a los productos que circulan en el mercado. Estas medidas deben ser siempre proporcionales al posible daño y ser permanentes en el tiempo, es decir, debe garantizarse que se extiendan hasta que deje de existir el riesgo o peligro para el consumidor.

Por último, vale la pena señalar que los participantes en la cadena de producción deben siempre actuar de acuerdo a la Directiva 2001/95/CE. En este sentido, deben notificar a la autoridad competente para la vigilancia del mercado, sobre las medidas que han tomado para evitar los riesgos inherentes al producto. En este sentido, la autoridad de vigilancia entonces, deberá notificar inmediatamente tanto a la autoridad nacional, como a la autoridad internacional correspondiente.

Supraconstitucionalismo

El artículo 22 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea del año 2002, señala:

Artículo 22: Cada tres años la Comisión informará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de las disposiciones de la presente parte. Dicho informe tendrá en cuenta el desarrollo de la Unión.

Sobre dicha base, y sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar disposiciones encaminadas a completar los derechos previstos en la presente parte y recomendar su adopción a los Estados miembros con arreglo a sus respectivas normas constitucionales. (Subrayas fuera del texto)

Para hablar sobre la figura del “supraconstitucionalismo”, es necesario primero entender de antemano que el sistema judicial Europeo posee una gran influencia directa sobre el sistema legislativo de los Estados que hacen parte de la Unión Europea. Es tal esta influencia que muchos de los postulados normativos que se han adoptado en el marco de la Comunidad Europea se han visto trasplantados al

ordenamiento interno sin ninguna intervención, e incluso han existido casos en los que dichos mandatos al logrado alcanzar el rango constitucional en algunos países. A causa de esto, la Unión Europea ha sido la encargada de verificar que las normas que se decidan trasplantar al ordenamiento interno se haga acorde a las directrices de la Unión.

Es así como la catedrática Paloma Biglino señala:

...las políticas europeas han ido cambiando, pues la Comunidad Europea ha asumido algunas finalidades que, en los ordenamientos constitucionales, suelen imponerse a los poderes públicos como normas de principio. Hoy día, la Comunidad Europea puede intervenir, con mayor o menor intensidad, en ámbitos tan diversos como educación, formación de la juventud, cultura, salud pública, protección de los consumidores, investigación, medio ambiente o la cooperación al desarrollo. Estas políticas, si bien no constituyen derechos subjetivos, suponen el establecimiento de fines a las instituciones de la Comunidad y a los Estados miembros en asuntos que afectan directamente a los ciudadanos³¹⁰.

Lo anterior presenta algunas dificultades, pues en algunos casos, la jurisprudencia puede contrariar la legislación nacional de los Estados. Sin embargo, se debe tener en cuenta de que la mayoría de los asuntos sobre los que conoce el Tribunal de Justicia Europeo, llegan por medio de la vía prejudicial, es decir, las sentencias se emiten por iniciativa de los Tribunales nacionales de cada Estado. Al mismo tiempo puede surgir otra la dificultad que consiste en que las diferencia existentes entre la legislación nacional y la europea, se acentúan o evidencian más con las sentencias que emite el Tribunal Europeo³¹¹.

Este último problema, se originó cuando el Tribunal de Justicia Europeo incorporó al ordenamiento comunitario, normas y derechos (fundamentales) que sólo estaban recogidos en la legislación de un Estado parte. Es el caso del derecho a la libre elección de una profesión, reconocido constitucionalmente sólo por Alemania. A raíz de esto, el Tribunal decidió no utilizar un método comparativo

310 Biglino Campos, Paloma. *La evolución de los derechos fundamentales en la comunidad europea: Algunos aspectos federales*. 2007. Pág. 59. Tomado de: Alonso Martínez, Jesús María y Herrero de la Fuente, Alberto A. *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007)*. Instituto de Estudios Europeos. 2007.

311 *Ibidem*. P. 63.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

porque esto “no asegura mayor consideración hacia los conceptos nacionales, sino que ha servido de un criterio selectivo, mediante el cual el Tribunal aísla la noción del derecho fundamental que considere más adecuada para adaptarse a la estructura y a las finalidades de la Comunidad”³¹².

Un caso concreto, es la Ley del consumidor que hoy día es un área importante de la regulación empresarial en muchas partes del mundo y forma parte de la regulación económica internacional. La UE ha desarrollado un ambicioso programa de armonización y proporciona enfoques interesantes de la gobernanza transnacional de los mercados. Las normas para los productos y servicios de consumo actualmente se establecen cada vez más a nivel internacional a través de organismos como la Organización Internacional de Normalización (ISO), la OCDE, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio que regula promulgación de normas alimentarias y salud pública. Adicionalmente, la conciencia de la globalización ha planteado la cuestión de que los países desarrollados pueden o deben regular los procesos de producción en los países en desarrollo a través del ejercicio de sus preferencias en el mercado³¹³, es por esto que por ejemplo las normas europeas de consumo, se ven trasplantadas a diferentes legislaciones del mundo, incluyendo a los países en vía de desarrollo, y de ingresos medios como es el caso Colombiano, que en los últimos años se ha interesado en regular el tema del consumidor con miras a la globalización.

De manera general, existen tres fuentes que regulan la legislación aplicable a los contratos internacionales de consumo. En primer lugar están las Directivas Comunitarias protectoras de los consumidores; en segundo lugar, las normas estatales de transposición de las normas especiales de Derecho Internacional Privado contenidas en las Directivas y que al no ser estas de aplicación directa; se encuentran en tercer lugar, las normas recogidas en el Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales³¹⁴.

312 *Ibidem*. P. 64.

313 University of Kent. Consultar [en línea] Disponible en: de:www.kent.ac.uk/courses/modulecatalogue/modules/LW908. Consultado el 12 de abril del 2015,

314 Castellanos Ruiz, Esperanza. *Régimen Jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Comares Editorial. 2010. P. 24.

En este sentido, en la protección que se le brinda al consumidor en el derecho comparado se pueden determinar principalmente tres ámbitos normativos³¹⁵:

1. **Ámbito Supranacional:** En este ámbito, se encuentran las normativas de carácter supranacional, destinadas a regular las relaciones de consumidores y usuarios. Están conformadas, por la “Carta Europea de Protección de los Consumidores” del Consejo de Europa del año 1973; las Directivas para la protección del Consumidor, aprobadas por resolución No. 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1985, entre otras.
2. **Ámbito Constitucional:** La mayoría de las constituciones modernas, reconocen expresamente los derechos de los consumidores. Por ejemplo: Constitución de España de 1978 (art. 51), Perú de 1980 (art. 110), Portugal de 1986 (art. 81), Brasil de 1988 (art. 5) y Colombia de 1991 (art. 78).
3. **Ámbito Legislativo:** Las relaciones derivadas del consumo, generalmente están desarrolladas y reguladas por las legislaciones de los países desarrollados y en vía de desarrollo, como Colombia. Por ser importantes, cabe mencionar: Japón (1968), Suecia (1975), Austria (1979), España (1984), Brasil (1991), Venezuela (1992), México (1993), Chile (1997), Paraguay (1998), Colombia (2011) y Alemania (2011).

En Colombia, ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia 028 de 2006, lo siguiente³¹⁶:

De manera concreta, por ejemplo, la Corte ha considerado en diversas ocasiones que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas. También ha considerado esta Corporación, que el hecho de que una norma pertenezca al bloque de constitucionalidad no significa que adquiera el rango de normas supraconstitucional, pues la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a

315 Gustavo Vallespinos, Carlos, Oviedo Albán, Jorge. El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de la leyes 24.240 y 26.361.; en Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo. Ed. Dike, 2010, P. 158.

316 Corte Constitucional, Sentencia 028 de 2006. Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.

Establecido lo anterior es evidente que Colombia pretende estar acorde a los postulados internacionales en referencia al Derecho del consumo. La legislación nacional desde que inició la apertura económica en los años noventa se ha esforzado por incorporar al derecho interno las directrices mundiales que desarrollan el tema. Una clara manifestación de este fenómeno se encuentra incluso como ya se mencionó en el artículo 78 de la Constitución, el cual cita:

ARTÍCULO 78. VIGILANCIA A PRODUCCIÓN, BIENES Y SERVICIOS.

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Es indudable que Colombia en la actualidad busca modernizar sus postulados comerciales a los estándares mundiales, ya que el objetivo de los últimos gobiernos ha sido cada vez más liberalizar el mercado nacional con la celebración de múltiples tratados de libre comercio, que buscan incorporar la economía nacional a los escenarios económicos internacionales, y para lo cual es necesario adoptar las directrices referentes al Derecho del consumo, en especial lo concerniente a la protección del consumidor, ya que ningún país tecnificado industrialmente permitiría que productos sin una óptima calidad ingresaran a sus mercados.

Igualdad en el siglo XIX e igualdad en el siglo XX

Precisión histórico-conceptual

Recapitulando varios puntos atrás analizados y a manera conclusiva, cabe anotar que la ciencia del derecho privado (*Privatrechtswissenschaft*), esto es la aproximación dogmática hecha con una pretensión de verificabilidad, de predicción certera de las decisiones judiciales en materia de adjudicación de la propiedad, obligaciones y contratos, parte de dos principios: la igualdad y la libertad.

Pareciera que en un primer momento histórico esos dos principios son la fórmula incompleta de hechos reivindicantes que modificaron el entendimiento del Estado en la Francia del *Ancien Regime*. Libertad, igualdad, fraternidad rezaba el adagio jacobino que imponía una nueva forma de Estado tras la revolución francesa. Sin embargo, no es claro su significado en el contexto histórico en el que fueron proclamados en la Revolución de 1789. De tal modo, la observación hecha, entre otros por el insigne Profesor *Mosset Iturraspe* en cuanto a que el *Code* no fue leído como una consecuencia, así fuera reaccionaria ante esa forma de Estado, resulta avasalladora: el *Code* olvida de manera tajante esas tres insignias políticas³¹⁷. Napoleón por encima de cualquier otro objetivo, persigue la unificación de las fuentes del derecho gobernadas por su propia mano. La revolución era pues un momento superado que antes que celebrar o lamentar, debía por sobre todo ser borrado.

La igualdad fue entendida para 1804, como una igualdad censitaria, una igualdad formal, si se quiere una verdadera discriminación de los poderosos frente a los débiles. Fueron los presupuestos patrimoniales los que delimitaron los derechos burgueses y ciudadanos. Sólo el varón, propietario, mayor de edad podía pretender una mínima igualdad, traducida en libertad. Él, junto con sus iguales, tenía reconocidas sus prerrogativas de negociar, de celebrar contratos de compraventa o permuta, de adquisición de crédito y de instituir censos a favor de sus descendientes, de su mujer o de un familiar o amigo caído en desventura. La libertad era apenas una ficticia aproximación etérea que simplemente conminaba a la gran masa a desligarse del monarca, pero manteniendo aun la fuerte jerarquización familiar en cabeza del padre, al antiguo Derecho Romano.

317 Mosset Iturraspe, Jorge. *Defensa de los Consumidores*. Santa Fe, Argentina. 2011. P. 10-11.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

El *bonus pater familias* fue el nuevo monarca y su catálogo de conducta se postulaba en el *Code* para impedir las desobediencias insolentes. Así, la libertad quedó ensombrecida por una igualdad predicable respecto de muy pocos y sólo respecto de ellos. La igualdad se convirtió en derecho, para mantener su noción de casta intocable: el contrato era sólo susceptible de ser celebrado entre sujetos reconocidos como capaces plenos, de modo que sólo entre ellos circulara la propiedad, que excluiría entonces a todos aquellos que no cumplieran los requisitos delimitados a una excelsa minoría de sujetos. Baste recordar que debía nombrarse un curador a la mujer huérfana sin marido³¹⁸.

Tuvo que transcurrir casi un siglo y medio, para que en el sistema continental de derecho positivo, fueran reconocidos los derechos fundamentales por primera vez en la Constitución de *Bonn* de 1949, para la parte occidental de Alemania, también conocida como República Federal de Alemania. Siglo y medio, para que el derecho privado positivo continental admitiera, que el derecho normativo estructurado en reglas de tipo legal, podía ser trastocado por principios generales de rango constitucional, entendidos como derechos intangibles de los ciudadanos. Konrad Adenauer, primer canciller federal alemán, tuvo que acceder a escribir, no una constitución para Alemania, de la mano de los aliados y principalmente de los norteamericanos, sino una así llamada Ley Fundamental, por su traducción literal del alemán (*Grundgesetz*), que a la vera de una eventual reunificación alemana, permitiera transmutar todo lo antijurídico y reprochable del apenas descubierto holocausto, en un cuerpo macizo y robusto de juridicidad³¹⁹.

Al efecto, los artículos 1 a 19 de la Ley fundamental contendrían un listado de los así llamados derechos fundamentales que junto con las normas siguientes o parte orgánica, vendrían a componer la Ley Fundamental alemana. A su turno, tuvieron que transcurrir cuarenta años exactos para que la cortina de hierro iniciara su caída y Alemania pudiera gestar *motu proprio* su costosísima, pero catártica reunificación, que en menos de dos décadas, catapultó de nuevo a la República Federal de Alemania a ser la primera economía del viejo continente, en un evento

318 Hans Hattenhauer. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. Editoial Ariel. Barcelona, España. 1987. P. 13 a 28.

319 Canaris, Larenz. *Der Weg zum Grundgesetz 1949*. 2006, P. 100-143.

que, como postula el grandioso *Eric Hobsbawm* evidenció que todas las revoluciones del siglo XX fueron un absoluto fracaso: la caída del Muro de Berlín³²⁰.

La libertad y la igualdad como postulados constitucionales

En efecto, no es a la libertad o a la igualdad románticas a las que se quiere hacer alusión. No es a la libertad o a la igualdad entendidas como una forma revolucionaria de resistencia contra la monarquía francesa que desató la toma del poder en La Bastilla y el cambio de paradigma político reglamentario, ni la separación de poderes, ni la equiparación del monarca a una forma de ejercicio democrático representativo, tampoco es a una igualdad ni a una libertad formales de cuño legal.

En términos referenciales históricos es a la libertad y a la igualdad como postulados constitucionales. Si se quiere, a las concepciones de libertad y de igualdad que *Schmitt* y *Kelsen* edificaron como una forma límite del ejercicio del poder del Estado; a la libertad y a la igualdad entendidas como un momento *ex ante*, preconstituyente y que por lo tanto ese mismo Estado en un momento *ex post* no podía desconocer, pero menos aún, violar o incluso afectar, o siquiera amenazar³²¹.

El momento certero en que esas concepciones toman forma por primera vez en el Estado continental coincide con la expedición de la recién mencionada *Grundgesetz* o Ley Fundamental de Bonn de 1949. Allí, la frase primera del artículo segundo y la frase primera del artículo tercero postulan y materializan las primeras cláusulas de libertad y de igualdad, respectivamente, concebidas como derechos fundamentales inviolables en el sistema continental europeo, incluso de una manera a lo sumo análoga al derecho a la vida (inciso 2º del artículo 2º de la LF).

Así, postula la primera de esas normas:

Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

320 Hobsbawm, Eric. *A la zaga: Decadencia y fracaso de las vanguardias del siglo XX*. Editorial Crítica Barcelona. Traducción por Gonzalo Pontón. 2006.

321 Kelsen, Hans. *El Derecho como técnica social específica*. Editorial Ariel. Traducción Albert Calsamiglia. Barcelona. 1991, y también Schmitt, Carl. *El concepto de lo político* (1932), Madrid, Alianza Editorial, 1998.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

Al paso que la segunda preceptúa:

Todas las personas son iguales ante la ley.

[...]

Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas.

Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

Valga anotar ahora lo que no es un secreto, la Constitución española de 1978 hizo buen acopio tanto de la literalidad de las dos normas recién leídas, como el Tribunal Constitucional de sus desarrollos jurisprudenciales. La grandilocuencia de la sentencia *Lüth*, la ortodoxia de la sentencia “del Jinete” o la precisión conceptual de la sentencia “publicación de cartas”, no siempre fueron, sin embargo, con todo, precisamente acogidas en los desarrollos ulteriores de la jurisprudencia de otros ordenamiento jurídicos, pero fue el transcurso del tiempo y la consolidación de una perspectiva garantista y proteccionista en pro de los derechos humanos lo que fue dando la posibilidad de que los postulados jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Alemán fueran permeando el Derecho en otras zonas geográficas.

La libertad y la igualdad en la Constitución de 1991

En 1990 el constituyente colombiano copió a su turno en los artículos 13 y 16 del nuevo texto, las que típicamente se denominan por la dogmática, cláusulas generales de igualdad y libertad, respectivamente. Obviados los vericuetos de filigrana que son ostensibles en los artículos 15 y siguientes de la Constitución española, con respecto a los dos principios, puede ser evidenciada una copia casi literal de los textos traducidos del alemán y que fueron volcados en nuestra Carta Política, con pretensiones mucho más humanitarias que burguesas. Así, una aliteración casi completa de los derechos de igualdad y libertad reposan en nuestra constitución, instituyendo los principios a través de los cuales es menester releer entonces el derecho privado.

La cláusula general de libertad en Colombia está postulada en el artículo 16 de la Constitución Política, como se ha mencionado. La así llamada *freieEntfaltung der Personlichkeit* o la libre configuración de la personalidad, es en principio, si partimos de la dogmática alemana del derecho, fuente no sólo de la libre escogencia de la imagen de la persona, de su libertad religiosa, ideológica, sexual, ética o moral entre otras, sino también de su libertad económica: Qué contratos concluir, con quién hacerlo, en qué condiciones, bajo qué premisas o cláusulas, cómo ampliar su patrimonio, cómo explotarlo, cuándo fundar una empresa. Incluso, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su minuciosa jurisprudencia, asuntos que revisten alguna delicadeza como qué tan precisa es la información que se rinde al Estado para tributar, o si se concurre a una plataforma electrónica a negociar, personalmente o por interpuesta persona, son decisiones del talante libertario privatista, que le compete tomar única y exclusivamente al sujeto amparado en esa norma constitucional, contenida en la frase primera del inciso primero del artículo 2º de la LF, bajo el postulado, derecho al libre desarrollo de la personalidad (p. ej. BGH, IZR, 131/12).

El doble postulado de la libertad en la constitución de 1991 y su tratamiento

En este punto, cabe reiterar un punto común a lo largo del escrito: por alguna razón, que *prima facie* parece insostenible, se postuló nuevamente en el artículo 333 de nuestra constitución, que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

[...] El Estado, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

La Corte Constitucional, en sentencia C-524 de 1995³²² ha dicho que *“Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (...)”*

Desde perspectivas comparadas, pareciera mucho más dificultoso argüir sobre las ventajas de tener dos cláusulas de libertad en un mismo ordenamiento, máxime si se aborda esa coexistencia normativa desde perspectivas ontológicas o instrumentales, pero aun más si se tienen en cuenta elementos axiológicos. En la República Federal de Alemania y en general en casi todas las constituciones renovadas por el así llamado neoconstitucionalismo en Europa o en Latinoamérica, la cláusula general de libertad es postulado (y razón suficiente) para fundamentar, incluso para releer, toda clase de libertades, circunscribiendo también las libertades de tipo negocial o económico. Lo cierto es que una separación ontológica de la libertad burguesa o económica de otras clases de libertad, no sólo resulta supremamente compleja de argumentar y sostener en términos de técnica constitucional, sino que, entre otras cosas, presupone a un constituyente agobiado por la tiranía de ciertos actos del Estado, que a la postre, tampoco pareciera ser una razón (ni necesaria, ni suficiente) para sostener la criticada separación.

Las explicaciones que ha ofrecido la dogmática nacional para sustentar esa diferenciación entre el artículo 16 y el artículo 333 son bastante pobres, pero en aras de simplificar un discurso, podría decirse que, en efecto, si pueden ser encontradas diferenciaciones tanto ontológicas como instrumentales.

Con respecto a las diferencias ontológicas, podría decirse que mientras el artículo 16 postula una cláusula general de libertad humanista, enfocada a evitar los abusos del Estado frente al individuo, esto es la imposibilidad de restringir la libertad del individuo a instancias del Estado, sin buenas razones; la libertad económica y de iniciativa privada, por otro lado, resultan ser el substrato de una posibilidad de concurrencia de todos los sujetos al mercado y a una dinámica económica: la

.....
322 Corte Constitucional. Sentencia C-524/95. Magistrado Ponenete. Dr. Carlos Gaviria Díaz. 16 de noviembre de 1995.

regulación de esta libertad propendería por una libertad de la persona frente a las otras, no ya frente al Estado.

La sentencia T-067 de 1998 en cuanto a los límites de la libertad que contiene el artículo 16 constitucional señala:

La dilatada esfera que describe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, aparece restricciones y limitaciones que, necesariamente, se formulan en un lenguaje jurídico de contenido abierto, como presupuesto de posibilidad de la construcción del mismo orden jurídico que al mandar, permitir o prohibir difícilmente deja de afectar la libertad. En efecto, las limitaciones que pueden imponerse a este derecho son aquellas que provienen de “los derechos de los demás” y del “orden jurídico”. Sin embargo, no se remite a duda que la aplicación indiscriminada de limitaciones podría conducir a una inexorable erosión del contenido del derecho. La Corte Constitucional se ha negado a aceptar que el libre desarrollo de la personalidad, se circunscriba a proteger las acciones del sujeto que no hayan sido previamente limitadas por la ley. No obstante, el derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad no se reduce a la pretensión, por cierto legítima, dirigida a que las limitaciones legales a la libertad personal se ajusten a la Constitución Política. La Corte ha reconocido en el indicado derecho un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución Política³²³. (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, en términos instrumentales se debería admitir que mientras las limitaciones a la libertad económica son mucho más viables por cuanto esa libertad está enmarcada por el bien común y el interés general, que delimita también el derecho de propiedad (artículo 58 Constitución Política, con el que sistemáticamente debe ser reinterpretado el artículo 333), la limitación de la libertad consagrada en el artículo 16 debería obedecer a cánones mucho más rigurosos.

Así, en efecto, medidas como la privación de la libertad, la denegación del cambio de nombre por razones de identidad de género diverso, serían conductas estatales que ameritaran un soporte justificativo mucho más riguroso que otras medidas tales como la prohibición de venta de productos de primera necesidad

.....
323 Corte Constitucional. Sentencia T-067 de marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

por encima de determinado precio, o la regulación del valor de la gasolina o de las tasas por servicios públicos.

Caso 13: una institución educativa se niega a permitir que K –persona identificada sexualmente como transgénero– ingrese a clases por vestir el uniforme femenino de la institución, ya que, siendo su sexo genético masculino, debe portar el uniforme establecido en el manual de convivencia para los varones³²⁴.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-524 de 1995, señaló en lo relativo a los límites de la libertad de empresa algo que difiere sustancialmente de lo dicho:

(...) Con respecto a las limitaciones que según nuestro Estatuto Supremo se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte que “en el marco de un Estado Social de Derecho (CP art.1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art.334), —tal libertad— está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales”, pues como se dejó establecido “la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial (...)

Y en reciente fallo expresó, que “las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables (...)

Queda claro, entonces, que el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, siempre y cuando dichas restricciones no sean de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho y, que en desarrollo de la facultad de intervención económica, cuenta con poder suficiente para injerir en “la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes”. (Subrayas fuera del texto).

.....
324 Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

Por último, sólo basta agregar que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho una diferenciación radical al mencionar que el derecho contenido en el artículo 333 de la C. P. no es un derecho fundamental, como quedó postulado en la parte inicial de este estudio, en tanto que el derecho del artículo 16 sí lo es. En este sentido la Corte Constitucional, ha mencionado en la C-263 de 2011, que:

No obstante, en los términos del artículo 333, las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. (Subrayadas fuera de texto)

Sin embargo, a pesar de las consideraciones anteriores, no parecieran existir argumentos significativos que permitan hacer una diferenciación epistemológica entre uno y otro derecho. A la hora de evidenciar el instrumentario que permite operar con esos derechos, los mecanismos serían finalmente los mismos. Así, entonces, las libertades postuladas por el artículo 333 podrían ser limitadas a instancias estatales, solamente cumpliendo con los respectivos exámenes instrumentales y ontológicos, igual como ocurre con las libertades postuladas en el artículo 16.

En ese orden de ideas, debemos considerar dos instrumentos decisivos para el tratamiento de las libertades descritas:

El primero es el así llamado principio de proporcionalidad, que es el constructo en el ámbito internacional, diseñado para restringir válidamente libertades de tipo constitucional, o si se quiere, por parte del Estado. En segunda instancia, el bien común parece ser el principal elemento de restricción ontológico de las libertades económicas postuladas por el artículo 333 de la C. P., lo cual es un elemento diferenciador de la axiología predicable del artículo 16.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

Caso 14: una adolescente que regularmente usa *piercing* en su rostro es admitida a una institución educativa de carácter privado, en donde no se le da a conocer el respectivo manual de convivencia a sus acudientes. Al momento de iniciar las clases le fue negada la asignación de un curso por parte de los docentes encargados de la coordinación, pues estos condicionaron su ingreso al retiro de los *piercing* de su rostro. ¿Constituye esto una conducta atentatoria contra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la menor, así como el derecho a la educación?³²⁵.

Indicación ver: Sentencia T-839 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Es así como, en términos generales, es necesario decir que la libertad y la igualdad como principios instrumentales deben ser correctamente delimitadas dentro del espectro constitucional correspondiente. La libertad específicamente debe ser mejor entendida por parte de iusprivatistas y constitucionalistas en el espectro nacional, para poder acotar adecuadamente no sólo su naturaleza jurídica, sino su dinamismo instrumental, que posibilita en otras instancias (en otros niveles, incluso) la evaluación de, entre otras, la tarea legislativa.

En esa perspectiva los artículos 16 y 333 constitucionales guardan contenidos regulatorios diversos, pero en términos de verificabilidad instrumental, su fundamento es en principio idéntico. Así, el principio de proporcionalidad es un método, límite e instrumento válido de restricción de libertades adjudicadas al artículo 16, en tanto que para operar con el artículo 333, además es necesario tener en cuenta el postulado transversal del bien común, como lo señala expresamente la Constitución.

Haciendo una aproximación rigurosa no es claro por qué deberían restringirse libertades adjudicadas al artículo 333 de manera diversa a como se restringen las correspondientes al artículo 16. Sin embargo, el tema aun está abierto para ser discutido. De igual manera, la instrumentalización de principios no debería impedir el reconocimiento constitucional certero de límites explicitados por el texto, como por ejemplo, el bien común.

Sin embargo, y en relación con el Derecho del Consumidor, vale la pena aclarar que en cuanto a la normatividad que lo regula, se encuentra el artículo 78 constitucional, pero además el artículo 13 relativo a la condición de libertad e igualdad con que nacen todas las personas, como desarrollo del derecho de igualdad del

.....
325 Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

que son titulares todas las personas, especialmente las que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, como sucede con el consumidor³²⁶.

Caso 15: el propietario de un establecimiento de comercio ubicado en un centro comercial alega la vulneración de los derechos a la libertad económica, libertad de conciencia y de cultos, derecho al trabajo y a la familia, debido a una decisión adoptada por el Consejo de Administración del centro comercial en donde se obliga a todos los dueños de los mencionados establecimientos de abrir sus puertas los días domingo, bajo sanción de una multa de \$130.000 pesos cada vez que incumpliesen tal orden³²⁷.

Indicación: consultar Corte Constitucional. Sentencia T-555 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Constitución Política. Artículo 78, inciso segundo

El Estado Social de Derecho, tiene como función proteger los derechos de los consumidores, es decir, el acceso efectivo de estos, a bienes y servicios que cumplan con unos estándares mínimos de calidad, que se traducen en un mayor grado de bienestar para la sociedad. La Constitución Política de Colombia del año 1991, en su artículo 78, le otorgó estatus constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios, con lo cual se dio indiscutiblemente un paso trascendental en referencia al Derecho del Consumidor³²⁸.

El artículo 78³²⁹, señala de manera expresa que es obligación del Estado controlar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores y la información que sobre estos se encuentra en el mercado. Indica también que *“serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la*

326 Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/21NovedadesJurisprudenciales.pdf

327 Corte Constitucional. Sentencia T-555 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

328 Comisión Colombiana de Juristas. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_ii.pdf. Consultado el 12 de abril del 2015.

329 “Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. (...)”.

Merece especial atención, que la norma es bastante compleja por referirse a varios temas principales en el caso del Derecho del Consumidor. Primero se refiere a la calidad que deben tener los bienes y servicios; en segundo lugar indica la importancia del derecho de información que tienen los consumidores; tercero habla de la responsabilidad de los intervinientes en la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios; cuarto, menciona por primera vez la norma a la concepción de salud y seguridad, como elemento esencial de los bienes y servicios que llegan a los usuarios finales, concepto que desarrolla en el marco de la protección que deben proporcionar las entidades encargadas de la inspección y vigilancia del mercado en temas de consumo, como por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio; y finalmente garantiza la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de disposiciones que les conciernen.

De acuerdo a lo anterior, es claro que la Constitución comprendió la necesidad de crear un campo de protección en favor del consumidor, basado en el propósito de impedir cualquier vulneración a los derechos de los consumidores, evitando cualquier riesgo que pudiese afectar la seguridad de este o poner en riesgo su salud. Sin embargo, cabe anotar que la Constitución no determina de manera específica los supuestos de protección que se deben otorgar a los consumidores y permitió que con el desarrollo legislativo, estos parámetros se fueran aclarando, de acuerdo a los cambios y necesidades impuestos por la dinámica del mercado.

Es por esto que el tema se desarrolla con base en la jurisprudencia tanto de las Altas Cortes, como de la Superintendencia de Industria y Comercio, que hoy día y gracias a la ley 446 del año de 1998, artículos 143 y siguientes y a la ley 1480, tiene facultades jurisdiccionales y puede 1) ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección al consumidor o las contractuales si ellas resultan más amplias; 2) imponer las multas sucesivas que procedan de acuerdo con la ley, por incumplimiento de las órdenes de efectividad de garantías emitidas y 3) conocer y decidir sobre demandas en materia de

competencia desleal (ley 256 de 1996) y resolver solicitudes que en este sentido se den sobre medidas cautelares³³⁰.

Debido al desequilibrio que se presenta en la relación en la que está envuelto el consumidor, la Constitución Política, especialmente el artículo 78, exige de manera atenta especial protección a quien está en posición de debilidad, es decir, los consumidores³³¹. La Corte Constitucional reitera en su sentencia C-524 de 1995 lo señalado en la Constitución expresando:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Estatuto Superior, compete al legislador regular el control de calidad de los bienes y servicios que se ofrezcan y presten a la comunidad, como también la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Son responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de estos “atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Señala también la Corte en la sentencia C-524 de 1995, que la información que se le da al consumidor debe ser completa, y por esto el producto debe contener los componentes, usos, volumen, peso o medida, precio, forma de empleo, características, propiedades, cantidad, entre otros. Sin embargo, son pocos los productos que realmente contienen esta información de manera clara y completa, por lo que hoy día son muchas las demandas a los productores, distribuidores, fabricantes³³² en Colombia que se presentan ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por no cumplir los productos con estos requisitos. En este sentido, también resulta fundamental, que los consumidores conozcan la facultad que tienen para defenderse en caso de que un producto sea defectuoso o les genera daños en su salud y seguridad³³³.

330 Superintendencia de industria y Comercio. Consultar [en línea] Disponible en: <http://www.sic.gov.co/funciones>. Consultado el 12 de abril del 2015.

331 Pontificia Universidad Javeriana. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/21NovedadesJurisprudenciales.pdf

332 La ley faculta al consumidor para demandar a todos los intervinientes en la cadena de producción, frente a un eventual daño o incumplimiento.

333 Comisión Colombiana de Juristas. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_ii.pdf. Consultado el 12 de abril del 2015.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

En cuanto al régimen de responsabilidad, que se origina por ser un producto defectuoso, vale decir, que la responsabilidad se origina en la fase de producción y en la fase de comercialización del producto. Es por esto que nace el derecho de reparación a los consumidores, que consiste en la posibilidad que tienen estos de adquirir el mismo bien, pero en buen estado o de recibir el dinero que pagaron por el bien, en ambos casos, con derecho a una indemnización por los daños causados.

La responsabilidad que se deriva de los participantes en la cadena de producción y distribución, “(...) *deviene de introducir en el mercado un producto que vulnera la seguridad del consumidor; pues así lo dispone la norma superior (artículo 78). En ese orden de ideas, fabricantes y proveedores enfrentan, en cuanto empresarios profesionales, un juicio de imputación de responsabilidad, fundado, primordialmente, en el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso*³³⁴”.

Vale la pena señalar, que en desarrollo del *mandato constitucional del artículo 78, la indemnización de los daños causados a los consumidores se ubica en el ámbito del derecho de protección al consumidor y no en el de las reglas tradicionales del derecho privado patrimonial. (...) Esta solidaridad simplifica para los consumidores el trámite de acciones para la reparación de la indemnización, pues él o los demandados no podrán oponer excepciones relativas a la titularidad de la responsabilidad, pues las controversias por atribución o repetición no serán parte del proceso adelantado por el consumidor. En este sentido hay que tener en cuenta que cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto* (...)”³³⁵.

Para finalizar, en lo relativo a la comercialización y distribución de bienes que atenten contra la seguridad y la salud de los consumidores, debemos hacer relación al concepto peligro en la legislación colombiana. Por no tener la ley 1480 de 2011, una definición expresa de lo que significa peligro, se toma en cuenta la definición del lenguaje común, que lo entiende como una situación específica que

334 Corte Constitucional. Sentencia C 1141 de 2000 & Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de abril 30 de 2009, P. 35.

335 Giraldo López, Alejandro, Caycedo Espinel, Carlos Germán y Madriñan Rivera, Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, P. 68 y 69. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.sic.gov.co/documents/10157/1633035/Concepto_13-40240.pdf/cf1456d4-77e4-44ee-84ba-6d7346e67b5b

puede aumentar la inminencia de un determinado daño³³⁶. Es por esto, que debe hacerse un análisis preciso sobre los posibles riesgos a los que puede estar sometido el consumidor con el uso de un producto.

La jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, máxima autoridad en el tema de protección al consumidor, ha desarrollado este concepto haciendo alusión a la probabilidad de que se genere un daño a la vida, a la salud o la seguridad de los consumidores dentro del uso de los productos por parte de estos, bajo un escenario normal y habitual de uso³³⁷. De acuerdo con lo anterior, cabe señalar que a diferencia del concepto de seguridad, que es un requisito *sine qua non* del producto, el concepto de peligro hace referencia al riesgo que el mismo puede generar al consumidor con su uso.

Es por esto, que la citada Superintendencia, ha determinado que es el comerciante quien debe prevenir al consumidor de los peligros a los que se enfrenta con el uso de los productos, pues es este quien tiene el carácter de profesional lo que hace que conozca las características del producto, su funcionamiento y sus especificidades técnicas. No podría esperarse entonces que el consumidor conozca todas las implicaciones o riesgos que el producto puede generar, pues esto sería una carga adicional para el consumidor, que no estaría en condición que soportar. Al respecto indicó la Superintendencia:

(...) Es que no se puede pretender que un consumidor del común interprete e intuya sobre los peligros que no le son expresamente advertidos por quien tiene la carga de hacerlo, esto es, el comerciante³³⁸.

Adicionalmente, el concepto de peligro tienen una relación directa con el destinatario final del producto, es decir, los riesgos pueden aumentar considerablemente si el destinatario final es aquel que se denomina “consumidor vulnerable”. Es por esto que existe la necesidad de identificar el consumidor, lo que permitirá

336 De acuerdo con la definición establecida por la Real Academia de la Lengua. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

337 República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886 Radicación 12-157565 de fecha 9 de enero de 2013.

338 República DE Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886. Radicación 12-157565 de fecha 25 de junio de 2013.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

determinar con más precisión el peligro del producto. En algunos casos, el consumidor por sus características físicas o mentales tiene mayor probabilidad de estar en riesgo de daño por el uso del producto, por lo que la intervención de la autoridad competente será más fuerte, con el fin de evitar la desigualdad que existe en el mercado entre los mismos consumidores.

Con respecto a esto, la Superintendencia de Industria y Comercio, ha concluido:

Así pues, el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor es un factor imprescindible para garantizar relaciones contractuales justas y equánimes, precisamente porque es un instrumento que busca neutralizar las desigualdades sufridas en el mercado, que se producen por el simple hecho de que el consumidor se enfrenta a la otra parte del contrato -el productor-, como la parte más frágil.

Solamente el derecho puede corregir la disparidad de fuerzas enfrentadas por las personas naturales y/o jurídicas, cuando de la celebración de cualquier negocio jurídico se trate, por lo que es obligación de la Superintendencia de Industria y Comercio, cubrir esta necesidad³³⁹.

La Corte Constitucional, en este sentido, ha señalado en relación con la definición de peligro lo siguiente:

... una atenta lectura del artículo 78 de la Carta y de la discusión que se generó en la Asamblea Constituyente, dan cuenta de que en el mencionado precepto el constituyente se ocupó de un tema específico, como lo es el de las situaciones en las cuales se genera una situación de riesgo para los consumidores ...situaciones de riesgo previstas en la Carta (salud, seguridad y adecuado aprovisionamiento)³⁴⁰.

En relación con el concepto de riesgo, expresa la Superintendencia de Industria y Comercio que es la combinación de peligro y probabilidad³⁴¹. Para esta Superintendencia, es una variable importante en los análisis de seguridad de los pro-

.....
339 *Ibidem*.

340 Corte Constitucional. Sentencia C-973 de 2002 Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

341 República DE Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 67541 de 2012. Radicación 12-113242, de fecha 1 de noviembre de 2012.

ductos, pues por las condiciones particulares del consumidor, se puede sufrir una mayor afectación, es decir, puede eventualmente tener un mayor grado de daño, análisis que está directamente relacionado con el tipo de consumidor y el tipo de producto o servicio, como se menciona a continuación:

Así las cosas, la evaluación del riesgo que conlleva el uso de estos vehículos cuatrimotos debe ser asumido a partir de la población infantil vulnerable, quienes, en mayor proporción, son los usuarios de esta clase de bienes (...) De lo que viene de verse, concluyese que el riesgo intrínseco que conlleva el uso del vehículo cuatrimoto especialmente diseñado para el uso de niños —MINI ATV— es el de sufrir lesiones graves como fracturas y también en tejidos blandos o un accidente mortal, tal como aconteció (...) ³⁴².

Una de las razones por las cuales el Estado tiene una protección especial frente a los consumidores, es su condición de no profesionales, lo que les hace imposible, tomar decisiones de forma eficiente y segura. Es el mercado, el que ha generado que el consumidor tenga más barreras frente a la información que recibe en relación con la calidad e idoneidad de los productos y sobre todo, han aumentado los riesgos que tiempo atrás eran previsible en el uso de los mismos, aumentado la probabilidad de producir importantes daños y mayores efectos adversos, sobre todo en poblaciones vulnerables, como niños o personas con discapacidad.

Igualdad efectiva

A partir de la era industrial y postindustrial, surgió la necesidad de reevaluar la manera en cómo se negociaban los contratos, es decir, se necesitaba una dinámica más rápida, que se adecuara a la velocidad con que crecía el comercio. Debía crearse un nuevo proceso económico de producción y comercialización ³⁴³. En este sentido, un contrato con cláusulas ya establecidas por el empresario, y unos modelos de contratos, contentivos de cláusulas generales, resultaron ser “instrumentos adecuados para las economías de masas”. Estos contratos, permitían, entre otras cosas, ahorrar tiempo en la discusión del clausulado, lo que llevó a una

.....
³⁴² República DE Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886 Radicación 12-157565 de fecha 25 de junio de 2013.

³⁴³ Alterini, *Op., cit.*, P. 238.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado•

homogeneidad en la contratación empresarial, y ahorrar tiempo también en los litigios, porque dispone ya el contrato de una solución a los conflictos³⁴⁴.

Es así como nace el Derecho de Consumo. Un concepto que según la Corte Constitucional tiene carácter poliédrico por comprender asuntos de carácter sustancial, procedimental y de participación. Señala la Corte:

Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho de consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase, etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)³⁴⁵.

A partir de esto, nace el concepto de consumidor, enfrentado al concepto de empresario. (y consecuentemente las nociones de negocios para negocios y negocios para consumo B2B Y B2C). En el derecho moderno, y con la situación que se presenta, se adoptó entonces una normatividad que va a adaptarse a las necesidades de los consumidores, distanciándose de la legislación clásica de la que se beneficiaban los empresarios. La noción de protección nace de la idea *“la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales que tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales, en especial en las que se enlazan “entre los productores y distribuidores, de una parte, y los consumidores de la otra”*. Es decir, se plantea una relación desequilibrada, en donde una de las partes es la débil en la relación contractual.

Sin embargo, no debe olvidarse que en Colombia, hay normas que protegen al consumidor, precisamente por ser la parte débil, como es el caso del artículo 78 constitucional. Al respecto señala la Corte Suprema de Justicia: *“Así, el artículo 78 de la Carta Política de 1991 alude a dos esferas de protección disímiles,*

344 Alterini, Op., cit., P. 238 (Vallespinos C. G.: *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, 1984; Amaral, A. Jr.: *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, Sao Paulo, 1993).

345 Corte Constitucional. Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000.

aunque complementarias, pero claramente definidas: (...) Trátese pues, de una franca y rotunda alusión, de índole constitucional, a un régimen de responsabilidad de productores y distribuidores, derivado, ya no de las deficientes o irregulares condiciones de idoneidad y calidad de los productos que manufacturan o mercantilizan, sino de los actos que lesionan la salud y seguridad de usuarios y consumidores. Desde esa perspectiva, esta última prescripción complementa y perfecciona el conjunto de salvaguardas de la parte débil de la relación de consumo". Adicionalmente, está el artículo 4 de la ley 1480 que reza: "*(...) Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá a favor del consumidor. (...)*"³⁴⁶.

Los artículos 334, contentivo del principio de libre competencia, que favorece al consumidor por lograr más calidad, más oferta, mayor tiempo de garantía, y en general, beneficiarlo, y 368 de la Constitución, que prevé un subsidio para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, también son normas que proveen protección al consumidor por encontrarse en posición de debilidad.

La relación contractual entre consumidor y empresario, lleva implícita un principio de libertad contractual, que se desarrolla a través del principio de la Autonomía Privada. En este se describe la libertad de cada uno de los contratantes, de configurar una relación contractual a través de la "voluntad". Este principio de la Autonomía Privada de la Voluntad, está reglamentado en el derecho alemán en §305-311 BGB y de él surgen dos presupuestos en la relación contractual (*AllgemeineGeschäftsbedingungen*): Un presupuesto subjetivo que implica la relación entre la empresa y el consumidor; otro, es el presupuesto objetivo que se conoce como el contrato en sí mismo y la configuración de este, que parte de tres principios. El primer principio es el denominado de la conclusión contractual (*Gestaltungsfreiheit*) que en algunos casos faculta a las partes para que se amplíe algún término regulado en el contrato, el segundo principio se refiere a las cláusulas del contrato, es decir, las condiciones generales que el empresario le impone al consumidor, y el tercer principio consiste en la determinación de la contraparte

.....
346 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de abril de 2009, Magistrado Ponente Dr., Pedro Octavio Munar Cárdenas.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

contractual (*Abschlussfreiheit*)³⁴⁷, todo lo cual quedó referido liminarmente en el capítulo quinto.

Paradigma de la libertad negocial: Derecho de celebración de determinación de la contraparte contractual, de configuración misma del contrato, y el derecho de conclusión contractual

La fuerza obligatoria de lo convenido

Las normas que regulan los contratos son por lo general *default rules*, a través de las cuales, “*se evita que las partes estén precisadas a lograr un acuerdo sobre todas las cuestiones, y se las considera adecuadas a la intención de los contratantes cuando se puede presumir que reflejan el entendimiento común o las expectativas convencionales que probablemente integran la asunción tácita de las partes*”³⁴⁸, lo anterior, teniendo siempre en cuenta el principio de la buena fe contractual, como base para no tomar ventaja cuando en el contrato haya un tema no regulado o no desarrollado expresamente por las partes, pero que aun así, no va a generar perjuicios para ninguna de ellas, gracias a la interpretación del mismo, a la luz de este principio de buena fe.

Es así como se entiende que el contrato no regula todas las temáticas, pero sí constituye un “*esqueleto altamente ajustable, un esqueleto que casi nunca indica exactamente las relaciones verdaderas, pero que brinda una fuerte señal alrededor de la cual tales relaciones cambian, una guía ocasional en casos de duda, y una norma de último recurso cuando de hecho las relaciones dejan de operar*”³⁴⁹.

En este sentido, la determinación de las obligaciones que surgen del contrato, se ha ampliado en la medida que se incorporaron unos deberes secundarios de conducta que surgen del principio de buena fe. Es por esto, que la interpretación de los contratos hoy día, surge no sólo del contrato, sino también de una visión sistemática que se hace de él. Es importante resaltar, que el comportamiento de

347 Bronx/Walker. Allgemeines Shuldrecht. 35. Auflage. 2011. §4, 62.

348 Alterini, *Op.*, *Cit.* P. 228. Tomado de: R. Barnett, “The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent”, 78 Virginia Law Review, 1992, P. 821.

349 Alterini, *Op.*, *Cit.* P. 229. Tomado de: K. Llewellyn, “What Price Contract? An Essay in Perspective”, en Yale Law Journal núm. 40, may. 1931, P. 737.

las partes, debe ser conforme a los principios, no sólo desde la firma del contrato, sino desde que se tiene la intención de realizarlo, incluso antes de que exista una oferta de por medio³⁵⁰.

Adicionalmente, durante la ejecución del contrato, las partes también deben actuar de buena fe, ya que en el contrato se crean unas obligaciones secundarias “*pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes³⁵¹, a los usos si no han sido excluidos expresamente³⁵² y a la equidad³⁵³, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte³⁵⁴*”.

En síntesis, el contrato tiene su fuerza obligatoria en el mismo, y en los principios que de él se desprenden como el de la buena fe. Es un instrumento que debe interpretarse entonces, de manera sistemática, y que genera obligaciones en todas las etapas de la “negociación”. Dado lo anterior resulta también necesario hacer la siguiente precisión, no siempre los contratos basaron su interpretación en principios como el de la buena fe; diferenciaciones como estas, surgieron por los cambios económicos y los procesos de globalización que transformó al derecho patrimonial, y por ende la forma de entender la naturaleza clásica de los contratos. Los contratos al ser el medio por el cual se generan las transacciones de bienes y servicios necesarios para el desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad y el hombre, se vieron influenciados por los nuevos postulados de la globalización,

350 Alterini, *Op., cit.*, P. 229, 344. Tomado de: Fundamentos del Proyecto de C.C. argentino de 1998, núm. 161.

351 Alterini, *Op., cit.*, Pág. 229 Tomado de: El *UniformCommercialCode*, sec. 2-103 (1) (b) introduce la idea de observancia de las pautas comerciales razonables de buena fe.

352 Alterini, *Op., cit.*, P. 229 Tomado de: C.C. Italiano de 1942, art. 1340.

353 Alterini, *Op., Cit.* P. 229 Tomado de: C.C. Uruguayo, art. 1291; C. De Co. Uruguayo, art. 209; C.C. quebequés de 1991, art. 1434.

354 Alterini, *Op., cit.*, P. 229 Tomado de: C.C. Italiano de 1942, art. 1374; C.C. quebequés de 1991, art. 1434; Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, art. 8.3. La adecuación del cumplimiento del contrato *al propósito común, conforme a las expectativas justificadas de la otra parte* (com. al § 205 del *RestatementofContracts 2nd.*) emana de la idea de que el contratante se obliga en la medida en que genera confianza en la otra parte.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

entre ellos la protección al consumidor por los contratos de adhesión, lo que le dio cabida a que en la actualidad se interpreten bajo la mirada de la buena fe³⁵⁵.

Restauraciones de la libertad negocial ante la debilidad jurídica

Las normas de Derecho del consumidor, son normas de *iuscogens*, es decir, son normas de orden público. Se refieren al orden público económico de protección, que busca proteger a una de las partes del contrato, siempre procurando el equilibrio interno del mismo, fijando para tal fin, “un mínimo y un máximo de protección”³⁵⁶. Desde la perspectiva de los contratos de consumo, debe tenerse en cuenta que, está de por medio el orden público económico, “sea de protección, sea de coordinación”.

Es así como en este tipo de contratos, se establece un estándar de protección a favor de la parte débil, y esta parte, en palabras de RIPERT, pasa a ser “dueña del contrato”, pues “la otra parte sabe que debe temer todo: será forzada a cumplir si el contrato le resulta desventajoso y no podrá exigir el cumplimiento si tiene interés en el”³⁵⁷.

En un principio, el derecho del consumidor, logra que renazca el formalismo en los contratos³⁵⁸. Adicionalmente, el derecho del consumidor contribuye a la teoría de los efectos relativos del contrato, pues le otorga efectos a los terceros involucrados en la relación de consumo, es decir, surte efectos para quien efectivamente adquiere o utiliza bienes o servicios, pero también a quien de cualquier manera puede involucrarse o está expuesto en una relación de consumo³⁵⁹, como atrás también quedó sugerido.

De igual manera, en el derecho del consumidor, el consentimiento contractual no es definitivo, un ejemplo de esto se encuentra en la Directiva Europea 97/7, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Esta Directiva, le otorga al consumidor un plazo de siete (7) días laborables, para revisar los productos que adquiera en una venta a distancia, pues señala en las consideraciones

355 Cabrera Peña, Karen Isabel. El derecho de consumo Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. Universidad del Norte. Revista de derecho. Barranquilla. N° 35. 2011. P. 69

356 Alterini, *Op., cit.*, P. 343. Tomado de: J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, París, 1980, núm. 123, P. 116.

357 Alterini, *Op., cit.*, P. 260, 343. Tomado de: G. Ripert, *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*, trad. De J. M. Cajica (Jr.), Puebla, 1951, núm. 144.

358 Alterini, *Op., cit.*, P. 377.

359 Directiva Europea 85/374 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos.

que el consumidor, “no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato”³⁶⁰.

La libertad para concluir el contrato

La facultad para realizar un contrato parte del principio de la autonomía de la voluntad, que comprende entre otras: la facultad de celebrar un contrato, de rehusarse a celebrarlo, de elegir la parte con la que se va a contratar, determinar el objeto del contrato, elegir la forma de contrato, sus modificaciones, la cesión del contrato, la forma de terminación del contrato, entre otras. Sin embargo, en el derecho moderno, dichas facultades han sido modificadas por el derecho del consumidor en alguna medida. Es allí, donde la libertad se encuentra restringida, por ser más importante el equilibrio de las partes y la protección del consumidor, que lo que efectivamente se planteó en el contrato³⁶¹.

Hoy día en los contratos no se permite que al consumidor se le imponga el contrato. Tal es el caso de las ventas por correo, cuando el remitente al no recibir confirmación del destinatario, asume el silencio como algo positivo, y envía el producto al domicilio del destinatario, sin que este haya sido solicitado. Para prevenir este tipo de abusos, algunos países han expedido legislación al respecto. Por ejemplo, el decreto francés del 9 de febrero de 1961 incrimina penalmente a quien envía un producto sin que este se le haya solicitado. De igual manera, leyes británicas de 1971 y 1975, estipula además de las sanciones, que quien ha recibido el producto, puede quedárselo considerándolo como un obsequio³⁶².

Otro mecanismo de defensa del consumidor, es el denominado “consentimiento contractual *en ralenti*”, es decir, a marcha lenta. Este consiste en constituir un plazo de reflexión a favor del consumidor, que una vez transcurrido, hace que el contrato sea formado válidamente. Es el caso de *los contratos de otorgamiento de crédito inmobiliario en la legislación francesa, que exige que transcurran diez*

360 Alterini, *Op., cit.*, P. 344.

361 Alterini, *Op., cit.*, P. 375. Tomado de: A. A. Alterini y R. M. López Cabana, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Buenos Aires, 1989, Pág. 80, Núm. 18.

362 Alterini, *Op., cit.*, P. 376. Tomado de: Houin-Pedamon; Bercovitz.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

*días antes de que el prestatario pueda aceptar útilmente la oferta del prestamista (Ley del 13 de julio de 1979, art. 7, parte 2)*³⁶³.

Adicionalmente, existe la posibilidad en algunas legislaciones, de que el consumidor disponga de una “cláusula de poderse arrepentir”, que consiste en que por ejemplos en las ventas domiciliarias, o celebradas por teléfono o por correo, dispone el consumidor de diez días en la legislación argentina y siete días en la legislación brasileña, para revocar la aceptación sin que incurra en responsabilidad alguna³⁶⁴.

En Colombia este tipo de cláusulas esta reguladas en el estatuto del consumidor, la ley 1480 del 2011. En su defecto el artículo 47 de dicho estatuto expone el derecho de poderse arrepentir, pero lo denomina, derecho de retracto y opera de la misma forma que en otras legislaciones, sólo para los negocios que se han realizado de manera no convencional, entiéndase celebraciones por medio electrónico, o telefónico. Al respecto el artículo cita:

Artículo 47: En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor <sic> En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado (...).

La libertad para configurar el contrato

El principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto. Tiene generalmente unos límites que son, por lo menos en Colombia, el orden público y las buenas costumbres³⁶⁵. Es por esto que existen hoy día cláusulas prohibidas, y contratos que son regulados y controlados por la autoridad competente, según el país.

En este sentido, la legislación de cada país, impone unas obligaciones en el curso de los contratos celebrados con consumidores. Dichas obligaciones, se establecen tanto en el ámbito precontractual, como contractual y pos contractual.

.....
363 Alterini, *Op., cit.*, P. 376. (Tomado de: J. Flour, J. L. Aubert, *Les obligations. L'actejurisdique*, Paris, 1986, núm. 187-4.).

364 Alterini, *Op., cit.*, P. 377.

365 Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. 2012.

Como ejemplo de una obligación precontractual, está el derecho a la información, que en términos generales, debe ser, clara, transparente, completa, suficiente, detallada, etc. Como obligación pos contractual puede surgir la de realizar las reparaciones y prestar el servicio técnico necesario. De igual manera, se han asignado a los jueces, algunas facultades, para controlar temas de abuso del derecho, lesión, teoría de la imprevisión, cláusulas penales, y cláusulas abusivas, que se generan mayoritariamente en contratos predispuestos o contratos de adhesión³⁶⁶.

Otro aspecto, ciertamente importante en la libertad de configuración del contrato, son los denominados contratos predispuestos y contratos de adhesión. Los contratos predispuestos son aquellos que no han sido objeto de negociación individual. La Directiva 93/13/CEE, indica que una cláusula no es objeto de negociación individual, cuando el proveedor la redactó, y el consumidor no puede influir en su contenido (art. 3.2).

En cuanto a los contratos de adhesión, señala el código civil Peruano en el artículo 1390:

Quando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. *Las condiciones generales, según el artículo 1392 del mismo código* “Son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Un problema que surge con ocasión a estos contratos predispuestos y a los contratos de adhesión, es la posibilidad de que en los contratos, se implementen cláusulas abusivas. La Directiva 93/13/CEE, en el artículo 3.1 señala que una cláusula predispuesta es abusiva, cuando “*ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes resultantes del contrato*”³⁶⁷. En el derecho colombiano el artículo 42 de la ley 1480 de 2011, señala que cláusulas abusivas son aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Las cláusulas abusivas tienen como efecto que son ineficaces de acuerdo al artículo 43 del mismo estatuto.

366 Alterini, *Op., cit.*, P. 378.

367 Alterini, *Op., cit.*, P. 379.

Reglas generales de la responsabilidad

El concepto de responsabilidad en el mundo jurídico hace referencia a la consecuencia generada de violar una obligación, ya sea por transgredir los lineamientos trazados por un negocio jurídico, o por quebrantar un deber genérico; que no es más, que el daño causado a otro. En el primer evento estamos frente a un caso de responsabilidad concreta, en el segundo, frente a un caso de responsabilidad abstracta³⁶⁸.

Ahora bien, cabe recalcar en este punto que variadas nociones han surgido respecto al concepto de responsabilidad. Algunos de estos incluso han llegado a afirmar que la responsabilidad es una de las fuentes de las obligaciones, afirmación que no se comparte, ya que como se dijo en el párrafo anterior, la responsabilidad es una consecuencia, es el efecto generado de trasgredir una obligación, sea por el incumplimiento de un negocio jurídico o el daño causado a otro. La responsabilidad por sí misma no representa una de las fuentes de las obligaciones, sino que es la consecuencia³⁶⁹, proveniente de cuando dichas fuentes son compelidas.

.....
368 Romero Díaz, Héctor. Responsabilidad Civil General y del Notario. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2000. P. 1

369 *Ibidem*. P. 2.

La responsabilidad se divide en varias clases dependiendo del bien jurídico que protege³⁷⁰, de este modo se obtiene por ejemplo, la responsabilidad penal, civil, administrativa, disciplinaria entre otras. En este ensayo sólo nos ocuparemos de la penal y de la responsabilidad civil.

Responsabilidad penal

La responsabilidad penal se causa cuando una persona de manera culpable y antijurídica viola o contraviene mandatos expresos del legislador. Por regla general quien comete una conducta ilícita lesiona intereses superiores de la colectividad, que lo conllevan a incurrir tanto en una responsabilidad penal como civil³⁷¹.

De lo anterior, se deduce que cuando una persona incurre en responsabilidad penal, se le otorga la imposición de una pena, entendida como una sanción de carácter social que busca proteger a la comunidad de los agravios que la persona ha realizado con su conducta ilícita; además de buscar la reparación de los daños causados a las víctimas. De esto, se deriva que la condena penal busca resarcir dos agravios, uno abstracto, derivado de la amenaza y daño a la sociedad al cometerse una conducta típica, antijurídica y culpable; y una segunda de carácter particular desprendida del daño a la persona a la que se lesionó con el acto ilícito.

Establecido esto, existen diferencias notorias frente a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, las más notorias son las que versan sobre su alcance y sobre sus fuentes. Al respecto Valencia Zea menciona: *“En cuando al alcance o gravedad, la responsabilidad penal implica la lesión de intereses superiores de la colectividad; en cambio, la responsabilidad civil es lesión de interés de los particulares”*³⁷².

En cuanto a las fuentes, debe decirse que son más numerosas las que se originan de la responsabilidad civil que las que se originan de la responsabilidad penal. Esto se debe a que la responsabilidad penal es la consecuencia de una conducta propia o personal, lo que implica necesariamente que siempre es subjetiva, pues

370 Di Prospero, Mariana. La responsabilidad del escribano, en la responsabilidad profesional. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995. P. 35.

371 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones Editorial Temis. Bogotá. 2004. P. 150.

372 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones Editorial Temis. Bogotá. 2004. P. 150.

es un requisito indispensable que dicha conducta se cometa con dolo o culpa, condiciones que no son imprescindibles en la responsabilidad civil. La responsabilidad civil tiene sus fuentes en:

1. la conducta dolosa o culposa de una persona. Es en este aspecto el único campo en el que converge la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, en los demás fuentes sólo existe responsabilidad civil.
2. la conducta de las personas por las cuales se tiene un deber de cuidado. Dentro de esta categoría están los padres en relación con sus hijos menores, los guardadores en relaciones con sus pupilos, etc.
3. los hechos productos de animales y de objetos.
4. los daños ocasionados por el ejercicio de actividades peligrosas.
5. los daños ocasionados por personas jurídicas tanto públicas como privadas.

Responsabilidad civil

La responsabilidad civil a diferencia de la penal, tiene una sola finalidad que es la de obtener la indemnización de los perjuicios por la persona que los originó a favor de quien tuvo que sufrirlos³⁷³. La responsabilidad civil sólo busca la reparación pecuniaria o económica del daño.

En consecuencia, la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica, la obligación de reparar a una persona cuando se le ha ocasionado un daño. Autores como Romero Díaz mencionan; que la responsabilidad puede provenir de la mora o el incumplimiento de obligaciones concretas adquiridas previamente, bien mediante un contrato o de manera unipersonal, eventos en los cuales se está frente a la denominada responsabilidad concreta o contractual. Pero si la responsabilidad se origina de un evento en el que no existe ningún vínculo preexistente, sino de la violación de un deber genérico se está frente a la denominada responsabilidad abstracta o extracontractual.

Cabe anotar, que la responsabilidad dependiendo de la valoración que se le dé al elemento subjetivo (dolo-culpa) se clasifica en objetiva, subjetiva e intermedia.

La responsabilidad objetiva es aquella que para su existencia no es necesario la evaluación del dolo o culpa, sino la valoración del daño causado en sí. En este

.....
³⁷³ Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 4.

tipo de responsabilidad se relega todo elemento moral, y se aprecia únicamente en el daño que ha padecido la víctima.

Esta clase de responsabilidad se fundamenta en tres tipos fuentes a saber; la primera, en el riesgo creado; la segunda, en el riesgo provechoso; y por último, la equidad. El riesgo creado tiene sus orígenes en la Revolución Industrial, y halla su principio de la premisa que expone que; quien crea el riesgo es responsable de todos aquellos eventos en los que se le cause un daño a otro, así, se tiene por ejemplo la creación de inventos, la manipulación de máquinas, vehículos entre otros aparatos maquinizados³⁷⁴.

De otro lado, la segunda fuente, el riesgo provechoso, obtiene su fuente en la condición de que la obligación de reparar el daño ocasionado surge cuando, una persona ha generado el daño con la finalidad de aprovecharse de él en demérito de un tercero.

La tercera fuente, que hace referencia a la equidad, reseña que quien recibe el daño debe ser reparado en aras de la justicia. Esta fuente se basa en prescindir de todo concepto de culpa y sólo valorar la situación económica tanto de la persona que causó el daño como de la víctima³⁷⁵.

La responsabilidad subjetiva

En la responsabilidad subjetiva a diferencia de la objetiva es necesario que se evalúe el elemento moral (dolo-culpa), ya que sin la existencia de este no es posible imputarle a una persona la obligación de reparar el daño causado. Al respecto, Valencia Zea cita: *la responsabilidad subjetiva, ante todo la responsabilidad por el hecho propio, exige cuatro elementos: 1) una conducta que sea la causa del daño; 2) que la conducta haya sido dolosa o culposa; 3) un daño o perjuicio; 4) que entre el daño y la culpa exista un nexo de causalidad.*

374 *Ibidem*, P. 10.

375 Frente a esto Valencia Zea y Monsalve han afirmado que el Derecho moderno ha ampliado las razones de la equidad para ordenar la indemnización de los daños privados ocasionados en circunstancias, de legítima defensa o en estado de necesidad y otras situaciones. Dan como ejemplo el Código Civil Alemán en su § 827, que expresa que una persona puede quedar exonerada de responsabilidad cuando se encuentra en estado de inconsciencia u otro estado que excluya la libre determinación de la voluntad; pero advierten también que en § 829 del mismo cuerpo normativo se establece que quien cause un daño deberá indemnizar a la víctima en la medida que lo exija la equidad y teniendo en cuenta las circunstancias.

•Responsabilidad.

En este punto se puede advertir que, si la responsabilidad es subjetiva las obligaciones que se desprenderán de ella serán de medio, mientras las originadas de la responsabilidad objetiva serán de resultados. Estas diferencias serán estudiadas detenidamente más adelante.

Para terminar, vale recalcar en este punto el trascurso histórico que sufrió la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva. En los sistemas jurídicos primitivos el único requisito preciso para decretar la reparación de cualquier daño, era que la actividad que lo había producido le fuera imputable a una persona, sin la necesidad de entrar a examinar si dicho acto estaba dirigido por el dolo o culpa³⁷⁶. Estos sistemas se basaban en la reciprocidad, su idea de satisfacción social consistía en que el daño producido se compensaba, con un mismo daño generado; que no es más que el fundamento de la venganza primitiva³⁷⁷.

Tras esta forma de operación, y por la influencia de la moral griega y la fe cristiana, se dio origen a las doctrinas subjetivas, las cuales plateaban que la obligación de reparar el daño no provenía del daño causado, sino, de la culpabilidad del autor. La responsabilidad subjetiva fue introducida por las *Institutas* de Gayo y por la *lex Aquilia*, la cual fue expedida en Roma hacia la mitad del siglo III a. de C.

La *Lex Aquilia*, en sus dos primeros capítulos se refiere a la muerte de los esclavos y la remisión de deudas del acreedor a su deudor. El tercer capítulo versa sobre las lesiones generadas a esclavos y animales, así como de las consecuencias de la destrucción de objetos ajenos. La importancia de la *Lex Aquilia* radica en que por medio de ella, la jurisprudencia de los pretores, consolidó la idea de culpa y permitió darle la suficiente fuerza al fundamento de la responsabilidad subjetiva, para que con el pasar del tiempo se pudiera manifestar y consolidar. En efecto, dichos pronunciamientos fueron los que en últimas permitirían concluir dentro de la actividad judicial que le sucedería, que la responsabilidad civil sólo se originaba cuando el autor del daño había ejercido su conducta, con dolo o culpa. Claramente el elemento esencial que permitió estructurar la responsabilidad subjetiva, fue el resultado de la distinción de culpas hecho por los pretores romanos.

Cabe subrayar, como lo menciona Romero Días; “la ley *Aquilia* fue el primer enlace en la relación indivisible que debe existir entre la responsabilidad jurídica

376 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Tomo III. *Op., cit.*, P. 154.

377 Este principio encuentra su pilar en la idea de “*Darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente y golpe por golpe*”. De este postulado se inspiran las reglas del Pentateuco, el código de Amuraba, la ley de Israel, entre otras.

y la responsabilidad moral, para indagar el grado de culpa, de voluntad o intención dañosa con que procedió el causante del perjuicio³⁷⁸.

Responsabilidad intermedia

La responsabilidad intermedia es aquella donde la culpa se presume, opera de igual forma que la responsabilidad objetiva, pero se diferencia en que en ella, si se demuestra la ausencia de culpa, se exime de la responsabilidad. Este tipo de responsabilidad está contemplado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que corresponde a las obligaciones provenientes de los padres, guardadores y empleadores de reparar los daños causados por parte de sus hijos, pupilos y trabajadores. Visto el escenario en donde opera la responsabilidad intermedia, se considera que no posee un carácter indispensable para entrar a profundizarla aun más, por lo cual, de ahora en adelante sólo se tratará la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

Fundamentos de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil se funda en la obligación de reparar a una persona por los daños que se le causan, ya sea porque estos se han originado de manera concreta o de forma abstracta.

Trayendo la definición que en acápites anteriores se daba de obligación³⁷⁹, e incorporándola al contexto que nos atañe se deduce que la responsabilidad se traduce en la posibilidad que tiene el acreedor, cuando el deudor rehúsa o demuestra su renuencia a no cumplir con la obligación a la que está atado, de exigirle coercitivamente su ejecución, con la opción subsidiaria de tazar dicha prestación en una cifra de dinero, que se garantiza con el patrimonio del deudor hasta la concurrencia del equivalente pecuniario por el incumplimiento de la prestación debida.

Frente a esto, vale la pena aclarar que aunque si bien el concepto de obligación y responsabilidad tienen grandes puntos de convergencia, en ningún caso, implican lo mismo, ya que los dos términos hacen referencia a una relación establecida entre

378 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 5.

379 De manera general es; el vínculo jurídico establecido entre una parte denominada acreedor y otra denominada deudor, en la que el primero le puede hacer exigible coercitivamente al segundo la ejecución de una prestación que puede versar en dar, hacer o no hacer. Si dicha prestación no se puede ejecutar, cabe la posibilidad que el acreedor solicite que la prestación sea estimada en una cantidad de dinero (subrogado pecuniario) que corresponda al equivalente de los daños causados e intereses.

causa y efecto. Las dos terminologías se pueden distinguir claramente, si se precisa en que la responsabilidad es una consecuencia generada de la violación de una obligación anterior; en donde la responsabilidad no es nada mas que, una nueva obligación consistente en reparar un daño originado por el incumplimiento, que pudo ser de carácter genérico o abstracto, como la de causar un daño, o de una obligación determinada y concreta, como la que se produce al no haber cumplido con un contrato.

En otras palabras, cuando las partes están atadas mediante una obligación se comprometen a materializar lo que dicha obligación les establezca, ya que de otra forma se incurriría en incumplimiento (excepto cuando es un acuerdo entre las partes). Por otro parte, la responsabilidad es la sustitución o el reemplazo que se manifiesta en la indemnización dado el incumplimiento. La responsabilidad es entonces una sanción cuando no se cumple totalmente la obligación en desmerito del acreedor.

La responsabilidad civil es entendida entonces como la obligación de indemnizar los daños causados, no sólo por mandato legal, sino también por la supremacía de la justicia y la equidad. Su propósito es sin lugar a dudas buscar la compensación entre el perjuicio causado y la reparación del mismo, o sea, un equilibrio prestacional entre los sujetos vinculados, en aras de garantizar que entre las partes exista un contrapeso proporcional, pilar esencial del ordenamiento jurídico.

Objeto de la responsabilidad civil

El ser humano por naturaleza tiene una vocación de convivir en sociedad. Dicho fenómeno trae consigo que cada persona tenga un deber inherente de comportamiento, un límite en el que se garantice la relación pacífica entre los miembros de una sociedad. Cuando este deber es violentado o quebrantado enmarcándolo dentro de una conducta ilícita que conlleva la causación de un daño o perjuicio a otro, es cuando se incurre o genera la responsabilidad, que como ya se ha dicho, consiste en la obligación de reparar el daño causado.

Claramente la responsabilidad civil haya su base funcional en el postulado según el cual; a nadie se le está permitido causarle un daño a otro sin ningún motivo justo, y el que lo genere tendrá el deber de repararlo. Frente a esto, es necesario precisar que si el incumplimiento de este deber es producto de una obligación genérica conducirá a responsabilidad abstracta o extracontractual, pero si dicho

incumplimiento se genera de una obligación determinada o específica que se ha adquirido con anterioridad, se está frente a un caso de responsabilidad concreta o contractual.

En síntesis, la finalidad última de la responsabilidad civil es garantizar la obligación de reparar el daño causado a otro, sin importar si fue el resultado de una acción u omisión de la persona obligada, o el producto de sus dependientes o cosas.

Elementos de la responsabilidad civil

Lo primero que debe decirse frente a este punto, es que dependiendo del tipo de responsabilidad que se analice, se tendrá un número de elementos variado. De este modo, si se estudia la responsabilidad subjetiva o la responsabilidad objetiva la consideración de sus elementos no será la misma. En todo caso, si se hace evidente que la diferencia radical está presente en la referencia que se realiza del elemento interno (dolo-culpa). Dicho esto, los elementos para que opere la responsabilidad subjetiva, son: 1) Una conducta que sea la que originó el daño; 2) que la conducta sea el resultado de una acción u omisión ocasionada con daño o culpa; 3) un daño o perjuicio; 4) la existencia de un nexo causal entre el hecho y el perjuicio sufrido por la víctima.

A diferencia de la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva sólo posee tres elementos en su consideración, los cuales son; 1) la autoría material o imputabilidad; 2) el daño o perjuicio y; 3) el nexo causal entre daño y la imputabilidad. Visto esto, es claramente visible que en la responsabilidad objetiva se prescinde de la culpa, pero no de la imputabilidad o autoría de una persona. Cabe aclarar, que ninguno de los tres elementos ya mencionados se presume y por eso es requisito indispensable de cualquier persona que los alegue la obligación de probarlos. Es evidente que quien desee exonerarse de este tipo de responsabilidad podrá hacerlo sí; 1) demuestra que no es la persona que causó el daño; 2) que el daño se que alega nunca se causó; 3) que no existe nexo causal entre el daño y la autoría material.

A continuación se estudiarán con un poco más de detalle el primer elemento común de los tipos de responsabilidad vistos, o sea, la conducta. Posteriormente se estudiarán los demás elementos comunes; el dolo y la culpa en la responsabilidad

•Responsabilidad•

subjetiva o la causación o imputabilidad en la responsabilidad objetiva; seguidamente se estudiará el daño y el nexa causal.

Conducta atribuible a una persona

El ordenamiento jurídico tiene como propósito regular el comportamiento del hombre en sociedad; el cual se expresa a través de acciones u omisiones³⁸⁰. Estas conductas reguladas por el derecho son denominados hechos jurídicos, los cuales se caracterizan porque de ellos se deriva una consecuencia jurídica. De esto es posible entonces afirmar que los hechos jurídicos son conductas humanas voluntarias o involuntarias, lícitas o ilícitas, dependiendo de si en su construcción intervino la manifestación de voluntad o si dichas conductas están permitidas por el derecho³⁸¹. Este tipo de conductas puede ser generado por la actividad de un hombre (persona natural) o por un conjunto de personas organizadas con un fin (personas jurídicas)³⁸². En materia de responsabilidad el factor indispensable que se observa es que el hecho jurídico le sea atribuible a una persona capaz de causar un daño, sea esta una persona natural o jurídica.

Visto lo anterior, es perceptible que dependiendo del tipo de conducta que se cree se determinará la clase de responsabilidad a la que se haga alusión, de este modo, si la conducta versa sobre el incumplimiento de un negocio jurídico en el cual las obligaciones fueron determinadas con anterioridad, se hablará de responsabilidad concreta o contractual. Pero, si por otro lado, la conducta que se cometió viola un deber general (no causarle un daño al otro), se estará frente a un caso de responsabilidad abstracta o extracontractual. Cabe decir, que es la ley la que implanta este tipo de deberes, así que su contravención constituye un hecho ilícito, una clara manifestación de un acto contrario al ordenamiento jurídico.

Factor subjetivo de imputación

El factor de imputación hace referencia a la condición necesaria que se requiere para poder determinar de si un hecho acarrea responsabilidad o no. Como ya

380 Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis. Bogotá. 1979. P. 28.

381 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá. 1990. P. 140.

382 Cabe recordar que para que este evento ocurra es necesario que las personas jurídicas puedan adquirir y contraer obligaciones y derechos.

se anotó anteriormente es el factor subjetivo el que permite distinguir entre responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Cuando se valora el dolo o culpa se está frente al estudio de la primera, pero si al contrario, se prescinde de esta valoración se está frente a la segunda³⁸³. La responsabilidad objetiva se predicara entonces, cuando el factor interno de la persona no se requiera, ya que el análisis que se realiza, se concentrará frente a la elaboración de actividades peligrosas o la creación de situaciones de riesgo. Visto esto, se procederá a estudiar el dolo y la culpa.

Dolo

El Código Civil en su artículo 63 define al dolo como “*la intención positiva de inferir daño a una persona o propiedad de otro*”. De esta definición se deduce que el dolo es un error de conducta que está dirigido a causar un perjuicio. Para que exista el dolo es indispensable que se den dos elementos a saber; la conciencia y la voluntad. La primera establecida como el querer del acto que se ejecuta, así como de todos sus resultados y consecuencias. La voluntad por su parte es, la búsqueda de las consecuencias dañosas que están prohibidas por el derecho y consideradas como ilícitos o delitos civiles

En el derecho civil es necesario distinguir entre dolo contractual, o dolo como vicio del conocimiento, con el dolo extracontractual. El dolo contractual o *dolo in contrahendo* bajo la mirada del Código Civil (art. 1551) es el engaño consciente que uno de los contratantes infiere a otro para inducirlo a la celebración de un contrato. El dolo extracontractual es el daño causado a otro en forma consciente al margen de un contrato³⁸⁴.

El daño como se dijo atrás debe ser querido, aunque no sean queridos todos los daños generados por una conducta inicial, ya que sólo basta que sean queridos algunos y que se estime la consecución de otros (dolo eventual) para que se genere la obligación de repararlos. Igualmente, hay que tener en cuenta que otras figuras como la preterintención también son evaluadas. La preterintencional es entendida como el resultado que, siendo previsible, excede la intención original que la persona deseaba y genera consecuencias que no se querían.

383 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, 1994. P. 148.

384 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 171.

Culpa

Ya se dijo que el dolo es un error de conducta positiva, ya que requiere de un acto dirigido a causar un daño, ahora bien es necesario precisar que la culpa es un error de conducta de carácter negativo. Se dice que la culpa es un error de conducta negativa en la medida a que obedece a la no realización de un patrón exigido por una persona, dado por un error de comportamiento que le es imputable³⁸⁵.

Los hermanos Mazeaud definen la culpa como: “*el error de conducta que no habría cometido una persona prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas en el que se hallaba el autor del daño*”³⁸⁶. Dicho todo esto, se podría definir a la culpa de forma sencilla, aduciendo que es la negligencia, impericia o imprudencia con el que actúa una persona.

Cabe recalcar en este punto, que si tanto el dolo como la culpa no son visibles, o no existen dentro de la conducta de una persona, no es posible obligarla a reparar un daño bajo el marco de la responsabilidad subjetiva.

Apreciación probatoria de la culpa

Como ya se ha mencionado la culpa hace parte del elemento interno, volitivo, que le es indispensable a la responsabilidad subjetiva para su configuración. Dada esta importancia es evidente que es un requisito propio para perseguir sus efectos la necesidad de probar la existencia de la culpa.

Existen circunstancias en las que existiendo un patrón de conducta delimitado (actuación prudente y diligente de un ser humano promedio), se puede establecer un paralelismo entre la conducta patrón y la conducta de la persona que causó el daño; si en dicha diferenciación no coinciden las conductas, por defecto, queda probada la culpa³⁸⁷. En otros escenarios se exterioriza la culpa, esto debido a que es el producto de conductas de las cuales se presume se tiene un control por obligación, por lo cual, si un daño se causa es debido a la ausencia del control obligatorio en dicha actividad. En este suceso el que pretende obtener los efectos de la

.....
385 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 11.

386 Henri y Leon Mazeaud. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y el contrato*. Tomo I. Edición 3. P. 423.

387 Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, 1994. P. 171.

responsabilidad sólo tiene que probar el hecho dañoso, para que se infiera que la otra contraparte actuó con culpa.

En otros casos, el actor no tiene que demostrar la existencia de la culpa, ya que puede trasladarle la carga de la prueba a su contraparte. Esta circunstancia se presenta cuando por ejemplo, el que pretende la indemnización del pago no le es fácil probar la culpa de su contrario; en este evento, sólo le bastaría con alegar y probar el hecho dañoso, para que se le transfiriera la obligación de probar al agente que causó el daño, que no obró con culpa. Esta presunción es aplicable, en principio, a la responsabilidad concreta, mientras que para la responsabilidad extracontractual, por regla general, hay que probar la culpa por parte de quien causó el daño³⁸⁸.

Capacidad culposa de los menores

El deber de no causar daño es el principio que gobierna la capacidad delictual civil. Este deber presupone que cada persona posee un cierto grado de conocimiento sobre lo que está acorde a derecho, y lo que no lo está. Esto induce a la afirmación de que; quien carece de dicho discernimiento es incapaz de cometer daños³⁸⁹. Al respecto el Código Civil en su artículo 2346 declara:

Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia.

Visto, el postulado que se expresa de la ley, es deducible que la incapacidad delictual civil y la incapacidad contractual no siguen los mismos parámetros. Por un lado, se encuentra la capacidad contractual, y por el otro, la capacidad delictiva; aunque las dos se refieren a la existencia de un factor de orden psicológico; la primera hace referencia a la capacidad de celebrar negocios jurídicos con validez dentro del ordenamiento jurídico, la segunda es la aptitud para reparar los daños causados. La ley establece que la capacidad contractual se manifiesta cuando una persona ha cumplido los 18 años. En cambio, la capacidad para responder por los

388 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 12.

389 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 167.

daños de carácter civil sólo son palpables para las personas que son mayores de 10 años y menores de 18.

Respecto a esto, hay que aclarar lo siguiente; ya el artículo 2346 manifiesta, que una cosa es que los menores de 10 años no se vean abocados a responder personalmente por sus conductas dañosas, porque se entiende que aun no poseen la capacidad para conducirse socialmente, y diferenciar lo que los perjudica a terceros y a ellos mismos. Pero, otra cosa, es que aunque si bien los menores de 10 años no respondan directamente, signifique que el daño causado deba dejarse incólume. La obligación de reparar el daño producido se traslada a los encargados del cuidado de los menores, los cuales tendrán que responder por los daños que se hayan generado con su patrimonio.

Frente al escenario penal, las circunstancias varían; la legislación en materia penal establece que los menores de 18 años no podrán verse sometidos a las condenas penales que se ejercen sobre los mayores de 18 años, pero sí a la obligación de responder civilmente.

De forma ilustrativa, cabe retomar los lineamientos de autores como Valencia Zea y Ortiz Monsalve para clarificar este tema. Estos autores expresan: “ habrá que distinguir entre el daño ocasionado por un menor de 10 años y el causado por un menor de 10 años y menor de 18.

1. los daños causados por menores de 10 años deben ser reparados por las personas a cuyo cargo están dichos menores
2. los daños causados por quienes han cumplido 10 años sin sobrepasar los 18 años, deben ser reparados en forma directa por esos menores. Pero si estos no cuentan con la capacidad económica para garantizarlo, la víctima podrá perseguir el patrimonio de las personas que están al deber de su cuidado, con el fin de responder por la obligación de reparar el perjuicio.

Diferencia entre dolo y culpa

Establecido todo lo anterior, se materializa que el dolo se caracteriza por ser una conducta dirigida a obtener un resultado determinado nocivo y perjudicial; la culpa, por otro lado, es el querer de una conducta pero sin la consecución de sus resultados³⁹⁰. La gran diferencia entre dolo y culpa radica en que; la primera busca el daño intencionalmente y la culpa no, ya que esta última, se caracteriza por la falta de cuidado y previsión que hubiera podido tener una persona media en dicha circunstancia.

La diferencia más radical que se observa entre el dolo y la culpa es la que se presenta en el campo penal. Casi de manera general, todo daño que se cause con dolo constituye un delito penal, y los causados con culpa ilícitos civiles. El derecho penal tiene como propósito reprimir el dolo, en tanto el derecho civil se preocupa de la reparación de los daños cometidos con culpa o sin ella. Esta generalidad tiene pocas excepciones, casi no existen ilícitos simplemente culposos que sean castigados por el derecho penal; y de la misma forma, aun mas muy pocos ilícitos intencionales sancionados por el derecho civil.

Quien comete un delito penal incurre tanto en la sanción penal, como en la obligación de reparar el daño causado. En cambio, el que comete un ilícito civil sólo se le es obligado a repararlo. Dentro del campo civil es de poca importancia si el ilícito se ha cometido con dolo o culpa, ya que con cualquier manifestación de los dos, es suficiente para ordenar la reparación del daño. Aunque cabe advertir, que la diferenciación sí cobra importancia en el evento en el que se pueda compensar culpas (art 2357, C.C.), ya que, tanto la culpa que tuvo el agente que causo el daño, como la culpa en la que incurrió la víctima pueden verse sometidos a la compensación, con lo cual, la obligación que tiene la persona de reparar puede disminuir en la medida de la culpa de la víctima. En este escenario si será de vital importancia la identificación del dolo y la culpa, ya que la compensación sólo está permitida en los actos cometidos con culpa, y en ningún caso, los motivados con dolo.

.....
390 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 175.

Imputabilidad de la responsabilidad objetiva

La imputabilidad, o atribución material hace referencia a la exigencia de que un daño sea consecuencia de un hecho. En otras palabras, es la designación que se le da a un evento de ser el causante de un daño. Así, el hecho de poseer o explotar una actividad que genere un riesgo actúa como causa de todos los daños que se causen. Este evento es el mismo que se origina cuando se tiene por ejemplo un edificio, un vehículo o un animal, etc.

Como ya se manifestó anteriormente, es posible eludir la imputabilidad originada de la responsabilidad objetiva. Esto se puede dar, demostrando que la persona a la cual se acusa de ser responsable, no lo es porque, no es dueño ni poseedor de la actividad peligrosa, así de las edificaciones, animales, ni de cualquier objeto o cosa que haya generado el daño. También una persona puede exonerarse probando que aunque si bien es dueña de la actividad peligrosa, o de las cosas que como ejemplo ya se mencionaron, no fueron los causantes del daño, sino que al contrario dicho perjuicio se debió a un hecho o acontecimiento diferente.

En síntesis, la característica esencial de la responsabilidad objetiva es que su imputación sólo requiere que el responsable sea vinculado como causa material del daño, sin la necesidad de indagar su intencionalidad o elemento subjetivo. El querer y la voluntad del responsable en este tipo de responsabilidad simplemente es descartado, es un elemento del cual se puede prescindir.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

Todo perjuicio debe ser atribuido a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad se traduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría, desaparece el concepto o idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. De modo que, según la teoría que se analiza, no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa, ni si esta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella, basta que el hecho se produzca, basta la relación de causalidad para que nazca la responsabilidad³⁹¹.

.....
391 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 18 de noviembre de 1940. Publicada en la Gaceta Judicial, Tomo I. P. 440.

Daño

Como se había mencionado al inicio de este libro, el daño es una de las fuentes de las obligaciones, ya que de la producción de una lesión se desprende el deber, la obligación de reparar integralmente todo perjuicio causado. Para este punto cabe recordar la definición que da el gran jurista Álvaro Pérez Vives, el cual define al daño como: “es toda lesión moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufre en su patrimonio o en si misma (en su integridad física, en sus derechos extramatrimoniales o la personalidad en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)”³⁹².

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que debe pensarse como daño lo siguiente:

El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva — presente o futura—, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge³⁹³.

A partir de lo anterior se deduce que el daño es el pilar esencial por el cual la responsabilidad tanto civil como penal puede configurarse, en resumidas cuentas, es indiscutible que el daño sólo puede ser pretendido como fuente de una indemnización, cuando este efectivamente se ha producido, y ha generado una lesión. En otras palabras, “sin daño causado no existe la responsabilidad”³⁹⁴.

392 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría de las obligaciones*. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 1968. P. 245.

393 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 24 de agosto del 2009. Magistrado ponente, Dr. William Namén Vargas.

394 León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010. P. 400.

Características

El daño posee las siguientes características:

1. Ser directo.

El concepto de daño directo, hace referencia a la existencia de un vínculo de causalidad que permita determinar si un perjuicio es la consecuencia necesaria de un acto, de tal manera, que sin la existencia de dicho acto no sea posible concluir que el daño se originó. Esto es que la causa que lo originó sea la fuente misma más reciente y próxima de ese perjuicio que afectó el bienestar del sujeto o el bien jurídicamente tutelado o protegido. En caso contrario, se estará frente a un daño que puede o no haber sido causado por el hecho culposo o doloso o simplemente acaecido, que salió de la esfera de acción del sujeto a quien se le imputa la supuesta responsabilidad, pero que no acarrea una indemnización.

Parra ilustrar este fenómeno se planteará el siguiente caso, imagínese un mercader de ganado el cual comete el error de vender una vaca infestada: el animal vendido muere y hace que todos los demás animales del comprador se enfermen y mueran. Este hecho genera que el comprador pierda una gran suma de dinero, y lo imposibilita para seguir con sus actividades de comercio, lo cual lo lleva a que no pueda pagarle a sus acreedores, los cuales embargan su casa y hacen que este la pierda. En el anterior caso, el vendedor es responsable por la pérdida de la vaca vendida y de los animales alcanzados por el contagio, que corresponde al daño directo; en este evento, el vendedor no responde por la falta de dinero del comprador para realizar otros negocios, ni del embargo, ni de todo lo que se derive de ese suceso, que son los daños indirectos³⁹⁵.

2. Ser actual.

Se entiende que el daño es actual cuando un acto o una conducta materializan efectivamente la producción de un daño, o genera los eventos propicios para que estos desemboquen en una lesión.

La regla general es que el daño sólo es indemnizable cuando es el producto de un acto cumplido, o que se encuentra en estado de desarrollo, el cual produce efectos en el presente. Cabe anotar frente a lo que se ha dicho, que este no es un

.....
395 Este ejemplo fue tomado de León Moncaleano, citando a Pothier. P. 401.

postulado absoluto, y que permite una excepción y es la indemnización del daño futuro. El daño futuro debe ser entendido como el resultado de la prolongación de un perjuicio que se genera en la actualidad, pero que aun no ha logrado producir todas sus consecuencias. Este daño es susceptible de ser evaluado en una apreciación pecuniaria³⁹⁶.

Al respecto Valencia Zea señala:

No es necesario que el daño se haya causado en su totalidad en el momento actual, pues existen daños sucesivos. Tal sucede con una lesión a la salud o a la integridad corporal; si la enfermedad resulta crónica o la desfiguración primitiva, el daño participa de la misma naturaleza, pues acompaña a la víctima hasta su muerte. Aquí se trata de un daño futuro real.

Al lado de estos daños existen los llamados daños futuros eventuales, que son aquellos de los que se es posible conceptuar legítimamente que se causarán, pero que no arrancan de un daño presente, no son objeto de indemnización³⁹⁷.

Una ilustración de esto, sería por ejemplo, la fumigación que realiza un campesino a gran escala en la finca de su propiedad con el objetivo de eliminar una determinada plaga, y no prevé que las corrientes de aire puedan llevar dicho pesticida a las zonas de pastoreo de su vecino. En este caso existirá un daño presente que será las consecuencias inmediatas e indeseadas del químico en la propiedad del tercero, pero también habrá otras consecuencias, como la contaminación gradual del suelo, y por ende de los animales que allí pastorean, los cuales no manifestarán síntomas sino hasta después de un tiempo.

Otro ejemplo de la indemnización del daño futuro podría presentarse de la siguiente manera: cuando a Juan se le ha contagiado una enfermedad incurable y degenerativa, es claro que puede ser que en la actualidad no está sufriendo las consecuencias del contagio, pero es indiscutible que las va a sufrir en un futuro determinado, cuando la enfermedad se desarrolle y se haga evidente.

396 *Idem.* P. 402.

397 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomo III. *De las obligaciones*, Bogotá D.C., Ed. Temis, 2004, P. 185.

•Responsabilidad•

3. Ser cierto.

El postulado de cierto hace énfasis en que el daño debe ser un hecho preciso y no una hipótesis. Por consiguiente, el perjuicio cierto se opone al eventual o hipotético, de lo cual se deduce que las meras conjeturas no son indemnizables³⁹⁸.

Un perjuicio puramente eventual o hipotético no es susceptible de ser tomado en cuenta: por ejemplo, el supuesto perjuicio que alegue una persona por la pérdida de sus posibles ahorros, cuando ni siquiera ha iniciado la preparación previa para realizarlos, no constituye un daño cierto, ya que todo su sustento se basa en una expectativa que aún no tiene ninguna base fáctica en la cual se pueda consolidar.

Clasificación del daño

El daño suele dividirse en perjuicio material y moral: el primero está constituido por el daño emergente y lucro cesante. El segundo se divide a su vez en daño moral subjetivo y daño moral objetivable.

Daño material o patrimonial

El daño material hace referencia al detrimento que ha sido causado al patrimonio de la víctima; es la disminución o pérdida que recae sobre un objeto de forma directa o indirecta como consecuencia de la lesión causada a la persona titular del mismo, siempre que el objeto sea susceptible de comercio entre los hombres³⁹⁹. De lo anterior se deduce que existe un elemento o interés patrimonial, pecuniariamente valorable. El daño material tanto en el campo contractual como extracontractual comprende el daño emergente y el lucro cesante⁴⁰⁰.

No siempre que se presente el daño material, necesariamente se deben presentar el daño emergente y el lucro cesante al tiempo, puede suceder que el perjuicio consista simplemente en la aparición de alguno de los dos.

En el Código Civil según el artículo 1613 señala que el daño emergente es uno de los elementos que debe comprender la indemnización de perjuicios, así mismo, el artículo 1614, lo define como el perjuicio o pérdida que proviene de no haberse

398 León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010. P. 402.

399 Gómez, Ramón Maciá. La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Revista de responsabilidad civil y seguro. P. 22.

400 León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010. P. 403.

cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

Dado lo anterior, se entiende que el daño emergente es el valor de la obligación o prestación que debió producir el cumplimiento oportuno y completo de la misma. Ejemplo: Si Pedro compra a Juan una casa de \$100.000.000 e incumple con la obligación de entregarla, el daño emergente será el valor por el cual se apreció dicho inmueble, o sea la suma de \$100.000.000⁴⁰¹.

El lucro cesante es otro de los elementos que está inmerso dentro de la indemnización de perjuicios, siguiendo los lineamientos del artículo 1613. El Código Civil más concretamente define al lucro cesante en el artículo 1614 como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, de cumplirla imperfectamente, o tardar su cumplimiento.

Continuando con el ejemplo que se utilizó para ilustrar el daño emergente, se entendería que el lucro cesante hubiera estado presente si el comprador, se viera forzado a perder la ganancia de una venta posterior sobre el bien, si por culpa del incumplimiento de la entrega del vendedor original, este no hubiera podido realizar la venta que deseaba. Cabe advertir que esta pérdida debe ser cierta y plenamente constatada.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión⁴⁰².

401 Ejemplo tomado de Romero Díaz, Héctor. *Responsabilidad Civil General y del Notario. Op., cit.*, P. 27.

402 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 7 de mayo de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Guillermo Ospina Fernández.

Daño moral

Es el daño a un derecho extramatrimonial y que se traduce en la aflicción, sufrimiento, dolor o pena que experimenta una persona en razón de dicho perjuicio. A menudo se considera que todos los daños extramatrimoniales corresponden a daños morales; sin embargo, se considera que esta categoría sólo es aplicable para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la persona que ha sido damnificada, o los provenientes del dolor físico producidos por la lesión⁴⁰³.

El daño moral puede lesionar derechos extramatrimoniales como los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad, los derechos provenientes de calidades civiles (estado del padre, esposo, pariente, etc.), entre muchos otros. El daño moral puede atacar la parte social del patrimonio moral, o la parte afectiva del mismo. El primero correspondiente a aspectos como el menoscabo al nombre o la reputación de una persona; el segundo dirigido al perjuicio de los afectos, sentimientos, pensamientos, etc. Las lesiones de este tipo de daño son de carácter subjetivo, ya que nos son valorables en dinero, debido a que el dolor no puede ser ponderado, y por lo tanto, tazado pecuniariamente⁴⁰⁴.

Como ya se mencionó anteriormente, el daño moral puede dividirse en subjetivo y objetivado. El daño moral subjetivo es cuando la lesión radica en una lesión de carácter psicológico. El daño moral subjetivo puede agruparse de la siguiente manera:

1. Daño ocasionado a los derechos de personalidad, que integran el aspecto objetivo o social de la persona moral.

Dentro de esta clasificación se agruparían el ataque al honor de una persona, el agravio a su nombre, a su honestidad, el ataque a la autoridad paterna, la violación de la fidelidad conyugal, etc.

2. Daño ocasionado a los derechos de la personalidad, que integran el aspecto subjetivo de la personalidad moral.

Son ejemplos de esto: “la lesión a las afecciones legítimas, el ataque a la seguridad personal e integral física de las personas, la violación del

403 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 28.

404 León Moncaleano. *Op., cit.*, P. 404.

derecho moral del autor, la violación del derecho a la intimidad, la destrucción, pérdida o menoscabo de los bienes patrimoniales con valor de afectación⁴⁰⁵.

Establecido todo lo anterior, es evidente que la indemnización del daño moral subjetivo es una tarea muy compleja, ya que se desprenden factores nada fáciles de lidiar, como a qué persona debe indemnizarse y de qué manera debe efectuarse dicha indemnización. Frente a qué persona debe indemnizarse, cabe advertir que la indemnización no está limitada exclusivamente a la persona que ha sufrido la lesión, sino que es posible que la indemnización se extienda a sus familiares y a otras personas.

El ordenamiento jurídico presume que todas las personas que son familiares están atadas por un vínculo de afectividad especial. Dicho vínculo es uno de los pilares fundamentales por el cual se estructura la institución de la familia. Dado esto, es comprensible porque el daño ocasionado a una persona puede extenderse a la familia.

Frente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no en todas las ocasiones la indemnización por el daño moral subjetivo puede trasladarse a los familiares. Ha manifestado este tribunal que, cuando la persona que ha sobrellevado el daño vive, la indemnización a los familiares u otras personas no puede trasladarse, aunque efectivamente hayan sufrido algún tipo de dolor emocional o alteración por los eventos. Puntualmente la Corte ha dicho:

Por haber sido indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy extraños de consanguinidad o de gran amistad, hayan experimentado en su espíritu un hondo dolor y una inmensa tristeza debido a la tragedia psíquica⁴⁰⁶.

Cabe señalar, que no sólo en las relaciones de parentesco es posible que una persona pueda hacerse con la reparación generada de un perjuicio de otra persona. Un ejemplo de esto es una persona que sostiene un vínculo sentimental, como una novia, o un amigo. Basta aclarar que en dichos casos el vínculo de afectividad

405 *Idem*. P. 404.

406 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 1954.

que se origina y se presumen de la familia, no aplica, así que si una persona ajena a los vínculos familiares desea verse amparada de la indemnización del daño moral, debe probar dicho lazo. Los familiares sólo tendrán que demostrar su relación afectiva dada por el parentesco y el perjuicio realmente causado.

Basta anotar que el artículo 97 de la ley 599 del 2000, establece el valor máximo en el que puede recaer la indemnización originada del daño moral. Al respecto el artículo cita:

...la indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Por último, cabe recordar que la valoración económica que se realiza frente al daño moral es prácticamente simbólica, y con el objetivo de menguar de alguna forma el perjuicio causado, ya que su valoración económica en un equivalente monetario es prácticamente imposible. *Se dice que es mejor un dolor con dinero que sin él y aunque es cierto que muchas veces la indemnización no puede mermar ni la intensidad ni la sinceridad de la pena, también lo es que el derecho procura hasta donde sea posible, reparar el daño.*

Daño objetivable

El daño objetivable es aquel que es apreciable en una suma de dinero, ya que incide directamente sobre una lesión de carácter patrimonial. Este sería el caso, por ejemplo, de un abogado que habiendo presenciado la muerte abrupta de un familiar muy cercano por parte de un delincuente, sufre una alteración psíquica de gran magnitud que lo imposibilita para continuar con los procesos que lleva en curso. En este escenario, el daño subjetivo se traslada a una plataforma objetiva, que es apreciable patrimonialmente, en este ejemplo, los honorarios que dicho abogado devengaba y que tendrá que dejar de percibir, por la culpa de un tercero.

Al respecto, el profesor León Moncaleano expresa:

Los perjuicios morales objetivables, pues, están constituidos por aquellas consecuencias de un accidente que engendran un sentimiento o complejo de inferioridad,

una perturbación o decaimiento psicológico, que al modificar el estado cenestésico ocasiona una disminución en el entusiasmo, serenidad, constancia, equilibrio anímico o actividad para el trabajo, factores cuya influencia es importante en la producción del trabajo.

Cabe mencionar que para la tasación de la indemnización por este tipo de daño, se siguen las mismas reglas de los daños materiales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1997.
- Alonso Martínez, Jesús María y Herrero de la Fuente, Alberto A. *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007)*. Instituto de estudios europeos, 2007.
- Alterini, Alirio Aníbal y R. M. López Cabana. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, 1989.
- Alterini, Atilio Aníbal. *Treinta Estudios de Derecho Privado*. Ed. Temis, 2011.
- Amaral, A. Jr. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, Sao Paulo, 1993.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*, 2012.
- Barrera Tapias, Carlos Darío. *El derecho de las obligaciones. Concepto, clasificación, transmisión y extinción*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2012.
- Beck, Ulrich. *Una Europa Alemana*. Barcelona. Editorial Paidós, 2012.
- Betancourt Rey, Miguel. *Derecho privado. Categorías básicas*. Universidad Nacional de Colombia.
- BGB. Código Civil Alemán.
- Biglino Campos, Paloma. *La evolución de los derechos fundamentales en la comunidad europea: Algunos aspectos federales*, 2007.

- Bonnetcase, Julien. *Pécis de droit civil*, 2^{emé} ed., t. II, núms. 29 y ss., Paris, Librairie Arthur Rosseau, 1939.
- Bronx/Walker. *Allgemeines Schuldrecht*. 35. Auflage, 2011.
- Brox/ Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 31 Auflage, C.H. Beck, München, 2006.
- Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*. Leichtes Lernen durch zahlreiche Aufbauschemata und vielekurze Einstiegsfälle. 31 Auflage, C.H. Beck, München, 2006.
- Bucher, Eugen: Die Eigentumstraslativ-wirkungvon Schuldvertragen: Das Woher und Wohin dieses Modell der Code Civil in ZeitschriftfüeuropäischesPrivatrecht (ZeuP), 1998, p. 615-669, recuperable bajo: <http://www.eugenbucher.ch/publikationen/privatrecht-ausland-rechtsvergleichung/>
- CABRERA PEÑA, Karen Isabel. *El derecho de consumo Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos*. Universidad del Norte. Revista de derecho. Barranquilla. N.º 35, 2011.
- Cámara de Comercio de Medellín, Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor-Una mirada a la ley 1480 de 2011. Edición No. 29. Octubre de 2012. P. 19. Disponible en: www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf
- Canaris, Claus. *Die Bedeutung der Iustitia distributiva imdeutschen Vertragsrecht: Aktualisierteundstarkerweiterte Fassung des Vortragsvom 2. Juli 1993*. CH Beck Verlag; 1 edición, 1997.
- Castellanos Ruiz, Esperanza. *Régimen Jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Comares Editorial, 2010.
- Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho la constitucionalización como fenómeno histórico. Un intento metodológico de renovación de la argumentación jurisdiccional civil*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado. Consultar [en línea] N. 48 (Julio-Diciembre del 2012) https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri466.pdf
- Castro Ayala, José Guillermo. *La Corte Constitucional: ¿demasiado activa?* 2013. Consultar [en línea] <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>
- Castro Ayala, José. *Das pactum de contrahendo - Der vorvertrag. Möglichkeiten einer europäischen rechtsvereinheitlichung auf der basis eines rechtsvergleichs der deutschen undfranzosischen rechtsordnungen*. Alemania. ed: Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, 2013.

•Bibliografía•

Castro Ayala, José. *Aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves comentarios al caso colombiano*. Universidad católica de Colombia, 2013

Castro Ayala, José. *De la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos de mutuo pactados en UPAC: análisis jurídico de la procedencia de la institución*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

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>

Castro Ayala, José. Una aproximación teórica a la obra de Arturo Valencia Zea: de la posesión y la función social de la propiedad. Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea. Universidad Nacional de Colombia. Edición 5. P- 145-188, 2014.

Cavanilla Mujica, Santiago. *Responsabilidad Civil y Protección al Consumidor*. Serie Ensayos-8 Palma de Mallorca, 1995.

Código Civil del Perú.

Código Civil de la República de Colombia.

Código de Procedimiento Civil de la República de Colombia.

Código de Derecho Privado Italiana.

Código General del Proceso de la República de Colombia.

Comanducci, Paolo. *Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, 2003.

Comisión Colombiana de Juristas. Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_ii.pdf

Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980

Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma, el 19 de junio de 1980. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF>

Constitución Alemana de 1949.

Constitución de Portugal de 1976.

Constitución de Italia de 1977.

Constitución Española de 1978.

Constitución de Chile de 1980.

Constitución del Brasil de 1988.

Constitución de Colombia de 1991.

Constitución Peruana de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia T-494/92. Magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-537/92.

Corte Constitucional. Sentencia C-524/95. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz. 16 de noviembre de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia T-067 de marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-595/99. Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C 1141 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-973 de 2002 Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-534/05.

Corte Constitucional. Sentencia T-968/09

Corte Constitucional. Sentencia. C-830/10.

Corte Constitucional. Sentencia T-235/11.

Corte Constitucional. Sentencia C-577/11.

Corte Constitucional. Sentencia T-212/13.

Corte Constitucional, Sentencia 028 de 2006. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 de mayo de 1844, LVIII.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 1860.

•Bibliografía•

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de julio de 1890.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de mayo 1893.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de febrero de 1894.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 septiembre de 1909, XXI.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de mayo de 1913.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 19 de julio de 1914, XXIV.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de mayo de 1920. XXVIII.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 1925, XXXII.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de septiembre de 1927. XXXIV.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 19 de agosto de 1935.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 15 de febrero de 1940.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1940. Magistrado Ponente Dr. Liborio Escallón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de noviembre de 1940.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 18 de noviembre de 1940. Publicada en la Gaceta Judicial, Tomo I.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de noviembre de 1940, L.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de julio de 1941
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de agosto de 1942, LIV.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de enero de 1943, LV.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 24 de marzo de 1943. Magistrado Ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 de agosto de 1945.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 13 junio de 1946.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 12 de 1950. Magistrado Ponente Dr. Pedro Castillo Pineda.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 1950.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 12 de 1950. Magistrado Ponente Dr, Pedro Castillo Pineda.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 1954.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1954, LXXIX.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 8 de febrero de 1955. LXXXIX.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de julio de 1958.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de julio de 1958. LXXXVIII.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 febrero 1959, xc.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 7 de mayo de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Guillermo Ospina Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de octubre de 1974.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1976, CLLII.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 2 noviembre de 1987, xxxv.

Corte Suprema de Justicia. Sala civil. Sentencia del 6 de diciembre de 1993. Magistrado Ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente: Liborio Escallón.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 12 de septiembre del 2000. Magistrado ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Magistrado Ponente Dr. César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de abril 30 de 2009.

•Bibliografía•

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de abril de 2009, Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cárdenas.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 24 de agosto del 2009. Magistrado ponente, Dr. William Namén Vargas.

D. de Buen. *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1932.

Decreto 3466 de 1982. República de Colombia.

De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1944.

Di Prospero, Mariana. *La responsabilidad del escribano, en la responsabilidad profesional*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995.

Díaz Tarragó, Iván. *¿Se puede considerar a una persona jurídica “consumidor”, a los efectos de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo? Economist and Jurist*. Mayo 2003. Disponible en: <http://www.diaztarrago.com/Articles/EMPRESA%20CONSUMIDOR%20LEY%2023-2003.pdf>

Directiva Europea 85/374 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos.

Dr. Fluck, Jürgen Limburgerhof, und RechtsanwältinSilkeSechting. *Öffentlich-rechtliches Verbraucherschutz- und Produktsicherheitsrecht*. Mannheim 15 de noviembre del año 2004.

Dupichot, Jacques. *Derecho de las obligaciones*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1984.

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act. [en línea] 5 de julio 2000. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf>.

Ernest Hobsbawm, Eric John. *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*. 19 Editorial, España: Siglo XXI, 1988.

Ernest Hobsbawm, Eric John. *Las Revoluciones Burguesas*. Londres: Veuienfei D. and Nicolson, 1962.

Fondo Monetario Internacional. *¿Qué significará el ingreso en la OMC para China y sus socios comerciales? Consular* [en línea] <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/09/pdf/adhikari.pdf>

Florian. *Dispositives Recht*. Mohr Siebeck. 2011. ISBN: 978-3-16-150891-2

Frank. *Grundrechtsschutzgegenschelbst*. Peter Lang. 1993. ISBN 978-3-631-46520-2; Möslein

Frau, Robert. *Drohnen und das Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

- Fukuyama, Francis. *El Fin de la Historia y el último hombre*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Planeta, 1992.
- García, Canclini Néstor. *Consumidores y ciudadanos; Conflictos multiculturales de la globalización*. México D.F., Grijaldo, 1995.
- Garriges. *Curso de Derecho Mercantil*. Vol. II. Madrid, 1940.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III. Temis, 1987. Bogotá.
- Giraldo López, Alejandro, Caycedo Espinel, Carlos Germán y Madriñan Rivera Ramón Eduardo, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, Primera Edición, 2012. Disponible en: http://www.sic.gov.co/documents/10157/1633035/Concepto_13-40240.pdf/cf1456d4-77e4-44ee-84ba-6d7346e67b5b
- G. Baudry, Lacantinerie. *Précis de droit civil*, Tomo II, 1921.
- Gómezí, Ramón Maciá. *La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Revista de responsabilidad civil y seguro*.
- Gustavo Vallespinos, Carlos, & Oviedo Albán, Jorge. *El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo*. Lineamientos centrales de la leyes 24.240 y 26.361.; en *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*. Ed. Dike, 2010.
- Hanau, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeitals Schranke der PrivaterGestaltungsmacht*. Jus Privatum 89. Mohr Siebeck, 2004.
- Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. Editoial Ariel. Barcelona, España, 1987.
- Henri y Leon Mazeaud. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y el contrato*. Tomo I. Edición 3.
- Hinestrosa Forero, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002.
- Hobsbawn, Eric. *A la zaga: Decadencia y fracaso de las vanguardias del siglo xx*. Editorial Critica Barcelona. Traducción por Gonzalo Ponton, 2006.
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht II, Grundrechte. *Academia Iuris*. Lehrbucher der rechtswissenschaft. Auflage, 16 Vahlen, 2013.
- Josserand, Louis. *Cours de droit civil*, t. II, Paris, RecueilSirey, 1932.

•Bibliografía•

- Josserand, Louis. *Del Abuso de los Derechos y otros ensayos*. Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- Judt, Tony. *Algo va mal*. Traducido por Belen Urrutia. Bogotá D.C. Colombia. Editorial Taurus, 2011.
- J. Flour, J.L. Aubert, *Les obligations. L'actejurisdique*, Paris, 1986.
- Kelsen, Hans. *El Derecho como técnica social específica*. Editorial Ariel. Traducción Albert Calsamiglia. Barcelona. 1991. y también Schmitt, Carl. *El concepto de lo político* (1932), Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Kuntze, Tobias. *Binich Verbraucheroderdoch Unternehmer? –einLeitfadenzur Abgrenzungzwischen § 13 BGB und § 14 BGB*. 18.04.2012. Disponible en: www.it-recht-kanzlei.de/verbraucher-unternehmer.html.
- Lafont Pianetta, Pedro. *Manual de Derecho Privado Contemporáneo. Derecho de consumo*. Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Tomo II. Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2012.
- León Moncaleano, William. *Derecho obligacional*. Editorial: librería Ediciones del Profesional. Primera edición. 2010. Bogotá, Colombia.
- Ley 200 de 1936. República de Colombia.
- Ley 73 de 1981. República de Colombia.
- Ley 222 de 1995. República de Colombia.
- Ley 1116 de 2006. República de Colombia.
- Ley 1258 de 2008. República de Colombia.
- Ley 1306 de 2009. República de Colombia.
- Ley 1480 de 2011. República de Colombia.
- Ley 1676 de 2013. República de Colombia.
- Ley No. 8078, del 11 de septiembre de 1990. Disponible en: brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdces.pdf
brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdc-es.pdf
- Ley No. 29571 del 2010. Disponible en: http://portal.andina.com.pe/EDPEspeciales/especiales/2010/setiembre/codigo_consumidor.pdf
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel, Barcelona, 2010.
- Lehmann, Heinrich. *El Negocio Jurídico*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, 2005.

- Ledesma Gil, Jorge Iván. *Teoría General de las obligaciones*. Ediciones Unaula. Medellín, Colombia, 2014.
- León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010.
- Levi-Strauss, Claude. *Antropología estructural: mito, sociedades, humanidades*. Siglo XXI, 2009.
- Littwin, Frank. *Grundrechtsschutzgegenseichselbst*. Peter Lang, 1993.
- Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. Las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis. Colombia, Bogotá, 2003.
- Lorenzetti Ricardo Luis & Schotz, Gustavo Juan. *Defensa del Consumidor*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires Argentina, 2003.
- Mac Donald, Andrea. *La influencia de la globalización en el mercado y en el consumidor*. Artículo publicado en el suplemento de consumidor y defensa de la competencia. Revista jurídica digital patagónica legal, 2006.
- Macedo Junior, Ronaldo Porto. *Globalización y derechos del consumidor: Revista de Derecho del Consumidor*, Brasilia: FESMPDFT, v. 32, no. 1, 1999.
- Mansel, en Jauernig BGB, Kommentar, 15. Auflage, C.H. Beck, München, 2014.
- Martínez Gaitán, *Lecciones sobre títulos-valores*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.
- Medicus/ lorenz. *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil Ein Studienbuch*, 20. Auflage, C.H. Beck. Darmstadt, 2012.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. 4ª edición. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile, 1963.
- Micele, Mario R. *La Ley de Defensa del Consumidor (antecedentes, técnica legislativa y viabilidad)*. LL., 1994.
- Mommsen, Teodoro. *Historia de Roma*. Traducción por A. García Moreno. Buenos Aires. Editor, 1953.
- Möslein, Florian. *Dispositives Recht*. Mohr Siebeck, 2011.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Defensa de los Consumidores*. Santa Fe, Argentina, 2011.
- Neuner, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. Beck legal publishing, 1998.
- Ortiz Márquez, Julio. *Comentarios a las instituciones de Gayo*. Ediciones Rosaristas, 2 Ed. Bogotá, 1985.

•Bibliografía•

- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las obligaciones*. Temis. Bogotá, 1998.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las Obligaciones*. Sexta Edición. Temis. Bogotá, 2000.
- Ospina Fernandez, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed 8° actualizada. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2005.
- Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Temis. Bogotá. 1979.
- Pérez Vives, Álvaro. *Teoría General de las obligaciones*. Volumen I. Segunda Edición. Universidad Nacional de Colombia, 1957.
- Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Bogotá. Edit. Temis, 1953.
- Plata López, L. *Responsabilidad por productos defectuosos: Algunos comentarios de la Corte Suprema de Justicia Colombiana*. En V. Monsalve Caballero & L. Escobar, La responsabilidad una mirada desde lo público y lo privado. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2009.
- Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/21NovedadesJurisprudenciales.pdf
- Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/21NovedadesJurisprudenciales.pdf
- Polaco, Delladazione in pagamento. Citado por Álvaro Pérez Vives en *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Universidad Nacional de Colombia. Segunda Edición, 1957.
- Poscher, Ralf. *Grundrechteals Abwehrrechte*. Reflexive Regelungrechtlichgeordneter Freiheit. 2003. XI, 449 Seiten. JusPubl 98, 2003.
- Prieto Sanchis, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, en Carbonell, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta, 2003.
- Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III obligaciones y contratos: Editorial Pirámide, España, Madrid, 1976.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Las obligaciones civiles*. Bogotá, Colombia. Editorial Leyer, 2005.
- Planiol y Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^{ème} ed., t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.
- 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

- Rodolfo Arguello, Luis. *Manual de Derecho Romano; Historia e Instituciones*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 2000.
- Rengifo García, Ernesto. *El abuso del derecho*. Garrido & Rengifo. Abogados. Consultar En línea. <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>
- Reppen, Tilman. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Mohr Siebeck, 2001.
- Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Tübingen. Mohr Siebeck, 2001.
- República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 67541 de 2012. Radicación 12-113242, de fecha 1 de noviembre de 2012.
- República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia- Red Nacional de Protección al Consumidor. *Curso Práctico de Políticas y Mecanismos de Protección al Consumidor. Módulo Consumidores*, 2013.
- República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886 Radicación 12-157565 de fecha 9 de enero de 2013.
- República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886. Radicación 12-157565 de fecha 25 de junio de 2013.
- Rene, David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigación jurídica. México. D.F., 2010.
- Rodríguez, Alessandri. *De los contratos*. Bogotá. Temis S.A., 2011.
- Rodríguez, Alessandri. *Derecho civil de los contratos*. Volumen 2. Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1988.
- Romero Díaz, Héctor. *Responsabilidad Civil general y de la Notaría*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2000.
- Romero Díaz, Héctor. *Responsabilidad Civil general y del Notario*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2000.
- Rüthers, Bernd: *Die Heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden Ein Essay*. Mohr Siebeck, 2014.
- Salvamento de Voto. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 21 de marzo de 1995. Magistrado Ponente, Dr. Javier Tamayo Jaramillo.
- Salvamento de Voto. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 21 de marzo de 1995. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Hinestrosa.

•Bibliografía•

- Schiavone, Aldo. Ius, *La invención del derecho en Occidente*. Traducción; Prosperi 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 Veintiuno. 1 ed., 2001.
- Schroeder, Moritz. Bitcoin, virtuelleWährung, reelleProblemstellungen. Consultar [en línea] Disponible en: <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140104>
- Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.
- Seguro social alemán. Consultar [en línea]: <http://www.deutsche-sozialversicherung.de/de/wegweiser/einfuehrung.html>
- Sentencia Lüth del 15/01/1958. Tribunal Constitucional Alemán.
- Sentencia del caso de la Fianza de ingresos y el familiar despilfarrador del 19/10/1993. Tribunal Constitucional Alemán.
- Sentencia del caso de la Antena Parabólica del 09/02/1994. Tribunal Constitucional Alemán.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 19 de octubre de 1993, referenciada como: 1 BvR 567, 1044/89.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, en el asunto 120/78. Disponible en: <http://cde.usal.es/master/practicas/Mercado%20interior/Cassis%20de%20Dijon.pdf>
- Smith, Adam. The Wealth of Nations. Ed. Naxos, 2008.
- Stadler, Astrid, Die Vorschläge des GemeinsamenReferenzrahmensfüreineuropäisch
- Sachenrecht- Grundprinzipien und Eigentumserwerb. Para consultar el faseability Study, este es recuperable bajo: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf
- Stöber, Michael. *La significación de los Derechos Fundamentales para el Derecho Privado Alemán*.
- Superintendencia de industria y Comercio. Consultar [en línea]: Disponible en: <http://www.sic.gov.co/funciones>
- Universidad de Buenos Aires, facultad de Derecho. Discurso preliminar sobre el proyecto del código civil presentado el primero de Pluvioso del año IX por la comisión designada por el gobierno consular [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/9/discurso-preliminar-sobre-el-proyecto-de-codigo-civil-presentado-el-primero-de-pluvioso-del-a%C3%B1o-ix-por-la-comision-designada-por-el-gobierno-consular.pdf>

- Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Derecho Privado, Categorías básicas. Primera edición. Santafé de Bogotá, Colombia, 1996.
- University of Kent. Consultar [en línea]: Disponible en: www.kent.ac.uk/courses/modulecatalogue/modules/LW908
- Valencia Zea, Arturo. *La Posesión*. Bogotá. Ed. Temis, 1982.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo I. Parte general y personas. Séptima edición. Editorial Temis, 1976.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo III. *De las obligaciones*. Quinta edición. Bogotá: Temis, 1978.
- Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; Obligaciones*. Tomo III. Novena Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- Valencia Zea, Arturo & Monsalve Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo III. *De las obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá, 2004.
- Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho civil: parte general y personas*. Decimoséptima Edición. Bogotá D.C., Temis, 2011.
- Villamil Portilla. Edgardo. *Algunas Garantías Civiles*. Editorial U. Javeriana, Coedición Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C., 2013.
- Valles, Pinos C. G. *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, 1984.
- Vodanovic, Antonio. *Derecho de obligaciones*. Ediciones periodísticas y estadísticas, 1970.
- Von Ihering, Rudolf. *De la lucha por el Derecho*. Traducción de Adolfo González Posada. Buenos Aires, Argentina. En Estudios jurídicos Editorial Heliasta S.R.L., 1940.
- Weingarten, Celia; A. Aracet, L. Cáceres, G correa, C. Ghersu y M. Hise. *Derecho del Consumidor. La Estructura Legal en el Ámbito del Consumo*. Editorial Universidad, 2007.
- Wieacker, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Comares.
- Wolf/Neuner, Larenz. *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, § 3 liberales und soziales Recht, 2013.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia en agosto de 2015, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital:
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia