

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y DIFERENCIA CON LOS DEBERES

"La esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos de, haga o indemnice algo"

Digesto 44.7.3

A. LA RELACIÓN JURÍDICA

I. CONCEPTO

Para comprender cabalmente el concepto de obligación es menester, en primer término, entender lo que la doctrina moderna denomina la relación jurídica.

El ordenamiento jurídico, es un conjunto de normas –o sea de reglas de conducta humana– que tomadas aisladamente nada significan y por ende no pueden generar sus efectos. Para que ellos se produzcan es menester que, con relación a un sujeto de derecho, se produzca una circunstancia que realice el supuesto de hecho previsto en la norma

Cuando dicha circunstancia se realiza, aparece una relación jurídica. Ella pues se puede definir como *"la relación entre un determinado sujeto y el ordenamiento jurídico por medio de una norma jurídica"*¹.

II. ELEMENTOS

Dentro de ese contexto, los elementos de la relación jurídica son dos: por una parte el sujeto de derecho y por la otra el ordenamiento jurídico. Por lo que hace al sujeto, este es siempre una persona, natural o jurídica.

¹ BARBERO, Doménico. *Ibidem*. T. 1, p. 149.

El hecho que tiene la virtualidad de poner en movimiento la norma se denomina hecho jurídico en sentido amplio, y es aquél que concreta esa relación abstracta, dando lugar a una relación jurídica cierta o, lo que es lo mismo, a una de aquéllas que tienen como titular un sujeto determinado.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

Las relaciones jurídicas se clasifican en función de las variaciones que ocurran en cualquiera de sus elementos: sujeto, objeto y contenido.

1. *Según que varíe el sujeto*

No tienen mayor interés porque son demasiado particulares. Nada importa en general al derecho el que una cosa sea de una persona o de otra. Eventualmente resultarían relevantes en las relaciones que se derivan de los derechos personalísimos o en aquellas que no pueden tener como sujetos a los particulares sino al Estado.

2. *Según que varíe el objeto*

Estas son sin duda más interesantes y, según este criterio, pueden ser personales y patrimoniales. Son personales las que tienen por objeto una persona, como sería el caso del cónyuge o del hijo de familia, por ejemplo, y son patrimoniales las que tienen por objeto un bien económico. Ejemplos típicos de estas son los derechos reales, o los credituales.

3. *Según el contenido*

Desde este punto de vista las relaciones jurídicas pueden ser bien activas, cuando representan una ventaja para el titular, o bien pasivas, cuando representan un gravamen para el mismo.

Las relaciones jurídicas pasivas, pueden a su vez asumir diversas formas, de las cuales la más interesante es la del llamado deber jurídico, entendido como la necesidad de ajustar el propio libre albedrío a la norma jurídica². Este deber puede a su vez revestir la forma del llamado deber genérico, o puede ser una carga o modo o, finalmente tratarse de una obligación.

² BARBERO, Domenico. Ob. cit. T. 1, p. 157.

B. LA OBLIGACIÓN

I. ETIMOLOGÍA Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO

La palabra castellana obligación se deriva de la voz latina *obligatio* y este sustantivo proviene del verbo *obligare*; él es producto a su vez de la fusión del verbo “*ligare*” que significa unir, atar, vincular, con la preposición “*Ob*”, que significa a su vez, con el fin de. Resulta entonces que, gramaticalmente, *obligare* significa atar algo con cierto propósito.

El verbo *obligare* es anterior en el tiempo al sustantivo *obligatio* y originalmente se empleó en el sentido físico o material de unir cosas. Así, en las comedias de Plauto se utiliza para indicar el acto de unir unas tablas (*Obligatio tabula*).

En el lenguaje jurídico, el verbo *obligare* aparece mucho más tarde utilizándose en dos acepciones: *obligare rem* y *obligare personam*; *obligare rem*, significó originalmente dar una cosa en prenda como garantía de cumplimiento de una deuda, y *obligare personam*, afectar una persona para el mismo efecto.

Concebida pues la obligación como darse en prenda el “*obligado*” para garantizar el cumplimiento de una deuda propia o ajena, era lógico que se tomara el concepto como el de un vínculo puramente material de sujeción, de dependencia real del afectado enfrente del acreedor, y se explica también el por qué del procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio* que hoy nos parece casi brutal.

Según aquélla, si la deuda no era satisfecha, el acreedor aprehendía por el cuello al “*obligado*”, lo ponía prisionero en su casa, lo mostraba en los mercados y finalmente lo vendía como esclavo.

Se configura pues un vínculo físico material, y el “*obligado*” aparece en los albores del derecho romano como una prenda sujeta al poder del acreedor.

De este concepto marcadamente material fue pasándose a otro de naturaleza espiritual, jurídica, principalmente por la influencia de la filosofía griega y por la necesidad de agilizar el comercio en la medida en que Roma se fue convirtiendo en la metrópoli del Mediterráneo. ¿Cómo se produjo esta evolución?

En primer término se volvió cada vez mas frecuente que el “*obligado*” fuera el mismo deudor, lo que hizo desaparecer paulatinamente el carácter

de prenda que era muy marcado cuando eran personas distintas. En segundo lugar, las acciones de la ley, y entre ellas la *manus iniectio*, fueron cayendo en desuso, hasta quedar esta última abolida por una ley *Poetelia Papiria* del año 326 antes de Cristo que, completada por el edicto Rutiliano puso fin a la esclavitud en que podía colocarse al "obligado".

Se idearon nuevos procedimientos para hacer efectivas las deudas sobre el patrimonio y no sobre la persona del deudor, y estos procedimientos, inicialmente excepcionales y rigurosos, fueron generalizándose y suavizándose hasta llegar a semejarse a nuestro moderno proceso ejecutivo.

Sin embargo, una verdadera noción general de obligación solo viene a aparecer en la época de Justiniano, lo cual no es para extrañarse, en la medida en que los juristas de la época clásica fueron abiertamente contrarios a los conceptos abstractos y en general a lo que pudiéramos denominar la dogmática jurídica.

Concretamente, encontramos en el *Corpus Iure* de Justiniano dos pasajes con la definición de obligación: uno, atribuido a Paulo y el otro contenido en las *Institutas* del emperador Justiniano.

El primero, que sirve de epígrafe a este libro, es el más antiguo y según él "*La esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos de, haga o indemnice algo*"³.

Pero fue la *Instituta* la primera, obra de derecho que definió en términos científicos lo que constituye el tema de este libro, con una frase que habría de volverse famosa: "*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringitur alicujus solvende rei secundum nostrae civitatis jura*"⁴.

Esta definición contiene el criterio y los elementos constitutivos de la noción romana de obligación:

En primer término, el criterio de que la obligación es un vínculo jurídico, para enfatizar en que no se trata de un ligamen de carácter material como lo fue en los albores del derecho.

En segundo lugar, establece que el objeto de la obligación no es otro que el de poder constreñir al deudor a cumplir una prestación y, finalmente,

³ Digesto 44,7,3

⁴ Obligación es un vínculo Jurídico que nos constriñe a pagar alguna cosa según el derecho de nuestra ciudad.

establece como criterio de distinción entre las obligaciones y los demás deberes que no constituyen tales, la consagración expresa de las primeras por el derecho civil. Esta fórmula no sería mejorada en los siguientes mil años a Justiniano, hasta la aparición del concepto de relación jurídica.

II. DEFINICIÓN LEGAL

La técnica legislativa moderna considera que el legislador debe abstenerse de formular definiciones y que estas corresponden a la doctrina. Esto es resultado del hecho de que casi siempre que el legislador ha intentado definir, lo ha hecho inadecuada e insuficientemente. Esta aseveración es particularmente cierta en materia de las obligaciones. En efecto, nuestro Código Civil buscó definir las, sin éxito, en tres artículos distintos: los distinguidos con los números 666, 1494 y 1495.

El artículo 666 establece que los derechos personales o créditos son aquéllos que solamente pueden exigirse de determinadas personas que por un hecho suyo o por disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas.

Esta definición es incompleta. En el fondo se limita a afirmar que el sujeto pasivo de la relación obligatoria debe estar siempre determinado y deja a un lado todos los demás elementos que tradicionalmente se han señalado como distintivos de las obligaciones.

En segundo lugar, el artículo 666 incluye innecesariamente el concepto de las fuentes de las obligaciones dentro de la definición, lo cual parece innecesario, aparte de que la clasificación de las mismas que incorpora resulta bastante incompleta.

Por su parte, el artículo 1494 busca definir las obligaciones diciendo que ellas pueden derivarse del concurso de voluntades de las partes, de la manifestación de voluntad unilateral de una persona, de los hechos ilícitos o de la ley. Se incurre también en este artículo en el error de buscar una definición de obligación atendiendo a sus fuentes y no a su naturaleza. Además, la enumeración que el texto hace de las fuentes de las obligaciones resulta incompleta e inadecuada.

Finalmente, el artículo 1495 trata de definir el contrato, y al hacerlo dice que, por virtud de él, una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no

hacer alguna cosa. Se confunde en esta forma la noción de contrato con la de obligación y esta última se define únicamente en función de su objeto que es la prestación de dar, hacer o no hacer.

III. DEFINICIÓN MODERNA Y ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN

Decimos que obligación es una relación jurídica entre sujetos determinados de derecho, cuyo titular –llamado deudor– debe realizar una prestación para satisfacer un interés serio y legítimo de un sujeto de derecho denominado a su vez el acreedor.

La obligación es en esencia una relación jurídica entre sujetos determinados, protegida por el ordenamiento jurídico, pues la conducta del deudor puede ser exigida coactivamente por el acreedor. Su finalidad es la satisfacción de un interés serio y legítimo de este último.

De otro lado, hay que destacar que las relaciones obligatorias se caracterizan porque sus sujetos son determinados. Así las cosas, no se podría decir que el deber que se tiene de respetar los derechos reales que los demás tienen sobre sus bienes constituye una obligación, porque frente a su titular se encuentra es un sujeto pasivo de carácter universal, pues el derecho se tiene *erga omnes*.

Y, finalmente, el interés del acreedor tiene que ser serio, para excluir por ejemplo las obligaciones derivadas de los negocios que se han celebrado *jocandi gratiae* y también tiene que revestir el carácter de legítimo. En esas condiciones no se podría predicar que hubiera obligación de resarcir los perjuicios derivados del lucro cesante (que experimenta un narcotraficante que deja de percibir los ingresos derivados de lo que le produce su ilícita industria como consecuencia de un daño que recibe, aun cuando estos sean causados dolosa o culposamente) por parte de alguien.

IV. LA CONCEPCIÓN PATRIMONIAL DE LA OBLIGACIÓN

La última corriente alemana propugna por la tesis de que la obligación es más bien una relación entre patrimonios que entre personas⁵. En efecto, partiendo de la noción de un vínculo personal entre dos sujetos de derecho,

⁵ LARROUMET, Christian. *Droit Civile*. T. I, Les obligations. Primera parte. Paris: Económica, 1986.

se ha llegado a la conclusión de que la obligación no es cosa distinta de un valor dentro de un patrimonio, negativo para el deudor y positivo para el acreedor⁶.

La idea resulta seductora, sobre todo porque explica y da cabida a las obligaciones en las cuales el acreedor o el deudor no es una persona sino un patrimonio de afectación. Este fenómeno se ha venido presentando con mucha frecuencia en el tráfico jurídico, y en verdad quedaría sin explicación si se sigue exigiendo la personalidad del deudor y del acreedor en el concepto de obligación. Tal es el evento que se presenta en la Fiducia, cuando a través de ella se constituye un patrimonio autónomo que es quien en realidad llega a tener la calidad de acreedor o deudor según sea el caso.

Pensamos que es esta la noción que está llamada a pervivir en el derecho futuro de las obligaciones, y que estas llegarán a entenderse es como un elemento del patrimonio como atributo de la personalidad y nada más.

V. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA OBLIGACIÓN

Desde este punto de vista, la función social de las obligaciones no es otra que la de servir de instrumento económico para el intercambio de bienes y servicios entre los sujetos del derecho.

VI. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

1. *La tesis tradicional*

Según una tesis muy en boga en la primera mitad de este siglo, los elementos de la obligación eran tres: el Sujeto Activo, El Sujeto Pasivo y el objeto.

Algunos, como Jorge CUBIDES CAMACHO, agregan el vínculo jurídico como elemento adicional de la definición⁷; empero, nosotros no estamos de acuerdo con esta posición porque aún manteniendo la noción de vínculo que como se dijo antes nos parece superada por la de la relación jurídica, consideramos que aquél es el género próximo de la definición y que este no

⁶ LARROUMET, Cristian. Ob. cit, p. 27.

⁷ CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. 2ª ed., Pontificia Universidad Javeriana. Colección Profesores. 1991, p. 14.

puede ir incluido dentro de los elementos de la misma, al igual que entre los elementos de los que se compone un hombre no podría incluirse su carácter de animal o de racional.

a. Elemento activo

Se denomina acreedor y es el titular del derecho creditual o personal. Puede estar formado por una o varias personas.

b. Elemento pasivo

Es el llamado deudor. A él le corresponde el cumplimiento de la prestación.

c. Objeto

El objeto de la obligación es la prestación, es decir el hecho positivo o negativo que debe realizar el deudor a favor del acreedor. Dicha prestación puede consistir en transmitir el dominio de una cosa, el procurar su mera tenencia o posesión o ejecutar un hecho distinto de entregar algo.

Tradicionalmente se ha discutido si la prestación tiene que tener un contenido patrimonial o no. La posición más fácil es la de sostener que sí, sobre la base de entender que, de no tenerlo, sería imposible determinar el quantum de la indemnización que debería satisfacerse al acreedor en caso de incumplimiento.

Empero, esta tesis deja sin explicación obligaciones como la del mandatario de cumplir gratuitamente con la gestión que le ha sido encomendada, o la citada por VODANOVIC, de "*hacer una retractación pública aun cuando ello no envuelva prestación ni interés patrimonial algunos*"⁸.

*Las legislaciones modernas se dividen en este punto, El B.G.B no hace distinción alguna*⁹, como tampoco el Código Ruso de 1964¹⁰, por lo que debe aplicarse el principio de que *ubi lege non distinguit, non distinguere debemus*¹¹. En cambio, el Código Italiano —quizás por su condición de ser

⁸ VODANOVIC, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Ediciones Periodísticas y Estadísticas. 1970, p. 127.

⁹ Código Civil Alemán, Artículo 241.

¹⁰ Artículo 138 Inciso 1°.

¹¹ "Donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete distinguir"

al mismo tiempo civil y comercial— sí exige expresamente que la prestación sea susceptible de valoración económica.

Nuestro Código y el chileno, que ni siquiera definen la obligación, menos exigen su apreciación patrimonial. En ese sentido parece haber sido unánime la doctrina y la jurisprudencia del país austral y también la nuestra.

2. *La posición moderna*

La doctrina moderna ha construido mediante un análisis más filosófico y profundo una nueva teoría basada en el hecho de que de nada sirve que exista la prestación misma, sin la posibilidad para el acreedor de constreñir al deudor a cumplirla.

De aquí se deduce que los elementos de la obligación son dos: el débitum o deuda (denominado Schuld por los alemanes) y el poder mismo de constreñimiento al deudor (Haftung).

VII. DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIÓN Y OTROS DEBERES QUE NO CONSTITUYEN TÉCNICAMENTE OBLIGACIONES

La obligación, en cuanto que impone al deudor la observancia de una conducta, pertenece al mundo de los deberes. Sin embargo, hay muchos deberes y por tanto es menester buscar criterios diferenciadores, así sean de carácter general, para distinguir entre estos y aquéllas. Se pueden distinguir tres aspectos:

VIII. LA OBLIGACIÓN Y LOS DEBERES MORALES Y SOCIALES

Las diferencias que se señalan no son distintas de las que distinguen entre la moral y los convencionalismos sociales de una parte y el derecho de la otra, de manera que no serán objeto de nuestro estudio.

IX. LAS OBLIGACIONES Y LOS DEMÁS DEBERES JURÍDICOS

Tomemos dos ejemplos: El deber de fidelidad que se deben los cónyuges entre sí y la obligación del mutuario de devolver una suma de dinero al mutuante. ¿Cómo diferenciarlas?

La tesis tradicional estableció la distinción en el presunto contenido económico patrimonial que se supone característico de las obligaciones y que en cambio se echa de menos en los deberes jurídicos que no constituyen tales.

No obstante, este criterio no resiste un análisis profundo. Basta con poner de presente el caso del que confiere mandato para hacerse representar en la celebración de su matrimonio, para concluir que el deber del mandatario de comparecer a la ceremonia nupcial y prestar el consentimiento a nombre del mandante, es una verdadera obligación pese a que no tiene contenido económico alguno.

Para la doctrina moderna, la diferencia entre las obligaciones y los demás deberes jurídico-positivos se encuentra en el interés jurídico que se protege y sanciona: en las obligaciones se protege y sanciona en forma directa e inmediata un interés de carácter particular, aunque indirectamente se proteja y promueva un interés general como el cumplimiento de los contratos.

En los demás deberes jurídico positivos se protege y promueve un interés general en forma directa, como la unidad de la familia, aunque indirectamente se satisfagan y protejan intereses concretos y particulares.

X. LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIÓN Y CARGA

Entre los deberes jurídicos se encuentra una subespecie que a veces suele confundirse con las obligaciones, pero que al examinarla detenidamente se encuentran diferencias apreciables enfrente de estas: nos referimos a lo que los tratadistas italianos denominan como "*carga*" y los franceses como "*modo*".

Se trata de deberes jurídicos impuestos generalmente por vía del acuerdo de voluntades, en virtud de los cuales, un sujeto pasivo determinado debe ciertamente realizar para con otro, una conducta como en las obligaciones pero, a diferencia de estas últimas, dicha conducta no es en beneficio y provecho del sujeto activo sino de un tercero o inclusive del propio sujeto pasivo. Tal es el caso del deber de probar en juicio las propias afirmaciones, o las asignaciones modales a que se refieren los artículos 1147 y siguientes del Código Civil¹².

Es menester, sin embargo advertir que algunos autores consideran la carga como una modalidad de las obligaciones, como el término y la condición,

¹² BARBERO, Doménico. Ob. cit. T. I, p. 163.

y le asignan el nombre de "*modo*", conforme a la denominación que le da el artículo 1147 del Código Civil.

Nosotros estamos de acuerdo con OSPINA FERNÁNDEZ en que las llamadas obligaciones modales no existen, y pensamos que el llamado "*modo*" o la "*carga*" es una figura distinta que no puede enlistarse dentro de la misma categoría que el término y la condición. Sin embargo, el maestro OSPINA comete el error de incluir la carga dentro de las llamadas obligaciones *propter rem* sin parar mientes en que estas últimas son verdaderas obligaciones, en cambio que las cargas pertenecen a una categoría de deberes distinta, como quedó demostrado.

XI. LOS DEBERES *PROPTER REM*

Tampoco deben confundirse las obligaciones, con lo que nosotros denominamos deberes *propter rem* y que la doctrina tradicional ha denominado obligaciones *propter rem*.

Según esta última, se trata de obligaciones que tienen su origen en el hecho de ser alguien titular de un derecho real principal y, en esa virtud, resultar constreñido por una norma legal a realizar determinada conducta. Se cita como ejemplo el deber de los vecinos colindantes de contribuir a los gastos de conservación y mantenimiento de la pared medianera.

Nosotros pensamos que en este evento no se está enfrente de una verdadera obligación –por lo menos desde el punto de vista en que la concebimos– puesto que los sujetos activo y pasivo no son determinados sino perfectamente indefinibles: Los vecinos, los comuneros, etc.

En el momento en que se individualicen en un caso concreto, ya estaremos enfrente de una obligación común y corriente, en la cual resulta indiferente averiguar si tiene su origen en un derecho real o no, porque el interrogante pasaría a ser simplemente de averiguación de la fuente de dicha obligación, la cual no será el derecho real de propiedad de los vecinos o los comuneros sino el hecho jurídico de la comunidad o la indivisión.