
El concepto, los principios generales y las fuentes en materia de obligaciones: observaciones a los artículos 432 a 434 del Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia*

» DAVID FABIO ESBORRAZ**

RESUMEN. Este artículo se ocupa del análisis de los aspectos más sobresalientes de la regulación del derecho de las obligaciones por parte del Proyecto de Código Civil colombiano de 2020, elaborado por un grupo de profesores de la Universidad Nacional de Colombia. En particular, el análisis se centra en las fuentes del Proyecto, la metodología adoptada en materia de obligaciones, el concepto de obligación, los principios generales y las fuentes de las obligaciones.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de Código Civil colombiano de 2020, derecho de obligaciones, concepto de obligación, principios generales en materia de obligaciones, fuentes de las obligaciones.

* Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2020 . Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2021 .
Para citar el artículo: ESBORRAZ, D. F., “El concepto, los principios generales y las fuentes en materia de obligaciones: observaciones a los artículos 432 a 434 del Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, julio-diciembre 2021, 357-371, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.12>.

** Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) italiano, Roma, Italia; investigador. Doctor en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho”, Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’, Roma Italia. Contacto: davidfabio.esborraz@cnr.it Orcid: 0000-0002-0644-8397.

The Concept, General Principles and Sources in Matters of Obligations: Considerations in Regards to 432 to 434 of the Civil Code Project Prepared by the National University of Colombia

ABSTRACT. This paper analyzes the most outstanding aspects of the Colombian Civil Code Project of 2020 related to law of obligations. This Project was prepared by a group of professors from the National University of Colombia. In particular, the analysis focuses on the sources of the Project, the methodology adopted in matters of obligations, the concept of obligation, the general principles and the sources of obligations.

KEYWORDS: Colombian Civil Code Project of 2020, law of obligations, concept of obligation, general principles regarding obligations, sources of obligations.

SUMARIO. I. Consideraciones generales. II. Observaciones sobre la metodología de la teoría general de las obligaciones. III. Observaciones sobre los artículos 432-434 del Proyecto de 2020. A. ‘Concepto’ de obligación y elementos. B. La actuación de los principios generales en materia de obligaciones. C. Clasificación de las fuentes de las obligaciones.

I. Consideraciones generales

Nos ocuparemos a continuación del análisis de las disposiciones de los artículos 432-434 (ubicados en la sección 1.^a “Naturaleza y fuente de las obligaciones”, del capítulo I “Contenido y clases de las obligaciones”, del título I “Nociones generales”, del libro III “De las obligaciones”) del Proyecto de Código Civil elaborado por un grupo de profesores de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (sede Bogotá) de la Universidad Nacional de Colombia¹. Nada dicen sus autores acerca del origen de estas disposiciones (como, en realidad, de ninguna otra), limitándose tan solo a indicar –en la brevísima nota de introducción dirigida al lector– que su fuente de inspiración principal ha sido el Proyecto de Código Civil del profesor Arturo Valencia Zea, en su versión de 1983 (el cual sí contiene una sucinta exposición de motivos)².

De un simple cotejo de las normas que nos ocupan se puede deducir que ellas coinciden casi al pie de la letra con los artículos 425-427 del referido Proyecto, a cuyos textos se han introducido algunos procos agregados o variantes de redacción

1 Véase *Proyecto de Código Civil de Colombia - Primera versión*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (sede Bogotá), Universidad Nacional de Colombia, 2020, *passim*.

2 La exposición de motivos y el texto del Proyecto de 1983 pueden consultarse en Superintendencia de Notariado y Registro, *Proyecto de Código Civil*, Bogotá, Oficina de Publicaciones, 1984, *passim*.

y de puntuación, los que –como veremos– no siempre han mejorado la versión originaria.

PROYECTO DE 1983	PROYECTO DE 2020
<p>Artículo 425: En virtud de la obligación el deudor tiene el deber de ejecutar al acreedor una determinada prestación.</p> <p>Toda prestación debe ser susceptible de satisfacer un interés <u>racional</u> del acreedor. El interés puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales. La prestación también puede consistir en una omisión.</p>	<p>Artículo 432: En virtud de la obligación, el deudor tiene el deber de cumplir una determinada prestación <u>a favor del acreedor o de terceros</u>.</p> <p>Toda prestación debe ser susceptible de satisfacer un interés del acreedor. El interés puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales.</p> <p>La prestación también puede consistir en una omisión.</p>
<p>Artículo 426: El deudor en el cumplimiento de la obligación y el acreedor en la exigencia de la misma, deben comportarse según los dictados de la buena fe.</p>	<p>Artículo 433: El deudor en el cumplimiento de la obligación y el acreedor en la exigencia de la misma, deben comportarse según los dictados de la buena fe.</p>
<p>Artículo 427: Las obligaciones nacen de los contratos; de las declaraciones unilaterales de voluntad; de los hechos ilícitos dolosos y culposos, y de los no culposos en los casos previstos por la ley; del enriquecimiento sin causa y de aquellos hechos o situaciones idóneos para producirlos de acuerdo con la ley.</p>	<p>Artículo 434: Las obligaciones nacen de los contratos, de las declaraciones unilaterales de voluntad, de los hechos ilícitos dolosos y culposos, y de los no culposos en los casos previstos por la ley, del enriquecimiento sin causa y de aquellos hechos o situaciones idóneos para producirlos de acuerdo con la ley.</p>

Dada la similitud que presentan ambos textos respecto de las disposiciones que nos proponemos analizar (salvo respecto de las palabras o frases subrayadas), consideramos que gran parte de las consideraciones hechas en la exposición de motivos del Proyecto de 1983 pueden ser de utilidad para la interpretación del Proyecto de 2020^[3].

II. Observaciones sobre la metodología de la teoría general de las obligaciones

El Proyecto de 2020 (al igual que el de 1983) dedica todo el libro III a las obligaciones, continuando así con la sistemática ya insinuada por Andrés Bello en su Proyecto de Código Civil para la República de Chile (adoptado en Colombia a partir de 1859) y aplicada también por los otros dos “padres fundadores del derecho privado latinoamericano”, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, en los proyectos que –respectivamente– elaboraron para Brasil y para Argentina, metodo-

3 Véase la “Exposición de motivos” en Superintendencia de Notariado y Registro, *Proyecto de Código Civil*, cit., 34 y ss.

logía esta que en realidad reconoce sus raíces en la tradición jurídica romanística y, en especial, en su vertiente romano-iberoamericana⁴. A tal punto ello es así que consideramos que esta metodología constituye un elemento de unidad y de resistencia del derecho latinoamericano y, por ende, el modelo a seguir para la recodificación y/o armonización del derecho privado patrimonial en la región, de lo que constituye un ejemplo el trabajo que está llevando a cabo el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL) en miras a la elaboración de un “Código Marco de las Obligaciones” para Latinoamérica⁵.

Sin embargo, creemos que la metodología empleada por el Proyecto de 2020 (que reproduce, casi al pie de la letra, la del Proyecto de 1983, y este a su vez, en general, a la del código civil vigente) merecería ser perfeccionada, pues en él la regulación de las fuentes de las obligaciones (el contrato, la declaración de voluntad, los hechos ilícitos y el enriquecimiento sin causa) sigue siendo vista a través de la teoría general de las obligaciones, luego de los capítulos dedicados a ciertos temas generales (como el concepto, la clasificación de las obligaciones y el patrimonio del deudor como garantía del acreedor) y antes de otros que también refieren a las obligaciones en general (como su incumplimiento, transmisión y extinción).

Sería conveniente reunir todos los títulos y capítulos que hacen referencia a la teoría general de las obligaciones (aplicables por tanto a todas ellas, cualquiera sea su origen) en una primera parte del libro III, y los dedicados a la reglamentación detallada de cada una de sus fuentes en particular en una segunda. También sería oportuno –v.gr.– reubicar las secciones 1.^a (“De la prenda general de los bienes del deudor a favor del acreedor”) y 2.^a (“Derecho de los acreedores sobre el ejercicio de derechos del deudor”) del capítulo VIII dentro el capítulo I, por tratarse de cuestiones generalísimas que merecen ser tratadas al inicio de la teoría general de las obligaciones.

Muchos de los ajustes metodológicos que proponemos coinciden con la sistemática adoptada en América Latina por los códigos civiles de Bolivia de 1976, de Perú de 1984, de Paraguay de 1985, de Brasil de 2002 y de Argentina de 2014, que

4 A mayor abundamiento véase, sobre este particular, ESBORRAZ, D. F., “El Código Civil de Andrés Bello como punto de partida para la armonización/unificación del derecho de las obligaciones en América Latina”, en NAVIA ARROYO, F. y CHINCHILLA IMBETT, C. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello: análisis y perspectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 53 y ss. Por su parte, sobre la particularidad de la tradición romano-iberoamericana nos hemos expresado –en general– en ESBORRAZ, D. F., *Subsistema jurídico latinoamericano, comparación y tradición romanística*, t. I, Roma, UniversItalia, 2020, *passim*.

5 Nos hemos ocupado de esta especificidad del derecho latinoamericano en ESBORRAZ, D. F., “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, n.º 238, 2015, pp. 153-181. Sobre el GADAL se remite, en general, a la página web: <https://gadal.uexternado.edu.co/> y, en particular, sobre el Proyecto de Código Marco de las Obligaciones, a la sección “Principi GADAL” (135-430) y al apéndice “Código Marco de Obligaciones para América Latina” (431-456) en SACCOCCIO, A. y CACACE, S. (eds.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, t. I, Torino-Valencia, Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, 2020.

siguen de cerca en esta materia al código civil italiano de 1942, cuyo libro IV sobre las obligaciones continúa siendo un modelo insuperable en el panorama de la legislación comparada⁶.

III. Observaciones sobre los artículos 432-434 del Proyecto de 2020

A. ‘Concepto’ de obligación y elementos

El libro III “De las obligaciones” del Proyecto de 2020 (al igual que el de 1983) principia con el artículo 432, el cual en su primer inciso dispone que “En virtud de la obligación, el deudor tiene el deber de cumplir una determinada prestación a favor del acreedor o de terceros”. Este texto coincide –en líneas generales– con el del artículo 425 del Proyecto de 1983, en cuyos fundamentos se indicaba que en él “se da un concepto claro” de las obligaciones y se “señala su fin”⁷, colocándose así en una línea de continuidad dentro de la tradición romanística, que tuvo inicio en el siglo VI d.C. con la célebre definición de la obligación de las *Institutiones* de Justiniano (I. 3,13 pr.)⁸ y que ha tenido un particular desarrollo en la codificación latinoamericana (lo que representa también un elemento de unidad y de resistencia del derecho privado de América Latina que es importante conservar).

En efecto, mientras en Europa, a pesar de que algunos proyectos habían previsto una definición de obligación (como el Proyecto francés de 1793, art. 1, libro III, título 1; el Proyecto español de 1936, art. 865; el Proyecto alemán de 1863, art. 5, y el Proyecto italiano de 1936, art. 1, libro IV), ninguno de los códigos civiles vigentes la contempla (con la sola excepción del código civil portugués de 1966, art. 397, ahora seguido por la Propuesta de Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil de 2018, art. 511-1); en América Latina, en cambio, la consagración legislativa de una definición de obligación se remonta al código civil de Guatemala de 1877 (art. 1395), seguido luego por el de Nicaragua de 1904 (art.

6 Al respecto véase, de nuevo, nuestro “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano”, cit., 164 y ss.

7 Véase la “Exposición de motivos”, cit., 35.

8 I. 3,13 pr.: ... *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* [“La obligación es un vínculo jurídico, por el cual somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”], la cual fue retomada luego por Teófilo en su Paráfrasis de las Instituciones justinianeas (Par. Theoph. 3,13,2). Ya con anterioridad el jurista Paulo (siglos II-III d.C.) había caracterizado la obligación, también de sus Instituciones (libro II), de esta manera: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* [“La sustancia de las obligaciones consiste no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que constriña a otro a darnos, a hacernos o a garantizarnos alguna cosa”] (D. 44,7,3 pr.). Con relación al derecho romano-iberocastellano, un esbozo de definición de la obligación estaba presente también en las Siete Partidas de Alfonso “El Sabio” de 1256-1263, en los términos que siguen: “... ligamento, que es hecho según ley [obligación civil] y según natura [obligación natural]” (Partida 5,12,5).

1820), el de las entidades federativas mexicanas de Sonora de 1949 (art. 1906), de Quintana Roo de 1980 (art. 2216), de Zacatecas de 1986 (art. 971), de Tamaulipas de 1987 (art. 1023), de Morelos de 1993 (art. 1256), de Tabasco de 1997 (art. 1872), de Coahuila de 1999 (art. 2199) y del Estado de México de 2002 (art. 7.1), y, ya en el tercer milenio, por el código civil y comercial argentino de 2014 (art. 724) y por el código civil puertorriqueño de 2020 (art. 1060)⁹.

Ahora bien, no obstante, lo apenas expuesto, tres serían las observaciones que podrían hacerse a esta parte del artículo 432, una de carácter general y otras dos más particulares.

En general cabe observar que dicho artículo no contiene un verdadero concepto de obligación (no obstante lo declarado en la exposición de motivos del Proyecto de 1983), si por tal entendemos la descripción del definiendo mediante la indicación del género próximo y la diferencia específica, técnica esta que desde el punto de vista diaréutico es la más recomendable cuando se pretende definir una institución jurídica, en atención a que ella permite identificar en modo preciso (mediante la indicación de las características específicas) el objeto de la definición y, al mismo tiempo, construir una red conceptual (mediante el reenvío al género) que tiene un fuerte impacto sistemático¹⁰. Desde este punto de vista habría sido más apropiado que el inciso primero de la norma aquí comentada dispusiera: “La obligación es el vínculo jurídico [género] en virtud del cual el deudor tiene el deber de cumplir una determinada prestación a favor del acreedor [diferencia específica]”.

En cambio, la modalidad empleada para ‘conceptualizar’ la obligación por el Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia recuerda –en parte– a la utilizada por el BGB alemán de 1896 en su parágrafo 241[1]¹¹ (que tampoco contiene una verdadera definición, pues, como se sabe, el legislador teutónico es adverso a este tipo de operaciones), con la única diferencia –de fundamental importancia para nosotros– de que el primero pone el acento en la condición del deudor (como ya se hacía en I. 3,13 pr. y como hacen también, en América Latina, los vigentes códigos civiles de los Estados mexicanos de Sonora, art. 1906, Zacatecas, art. 971, Tamaulipas, art. 1023, y Morelos, art. 1256) mientras que el segundo

9 Sobre la legislación europea se remite a CARDILLI, R., “Considerazioni ‘storico-dogmatiche’ sul legame tra contratto e obbligazione”, en AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. 2, Napoli, Jovene Editore, 2006, 3 y ss.; y sobre la latinoamericana, nuevamente, a nuestro “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano”, 171 y ss., donde recordábamos que además habían definido la obligación los proyectos de código civil boliviano de 1920 (art. 2881) y de 1943 (art. 682), paraguay de 1964 (art. 795), panameño de 1970 (art. 403), mexicano para el Distrito Federal de 1979 (art. 1792), y los argentinos de 1993 (art. 714) y de 1998 (art. 671).

10 Sobre este tipo de operación véase, en general, LANTELLA, L., STOLFI, E. y DEGANELLO, M., *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, 78-84 y ss.

11 Parágrafo 241[1]: “Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern” [“En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para exigir del deudor una prestación”].

centra su atención en el poder de agresión del acreedor (inspirado en las enseñanzas de Friedrich Carl von Savigny, quien amoldó la relación obligatoria a la relación de dominio)¹².

En particular, la exclusión, al tratar sobre la naturaleza de la obligación, de las consecuencias de su incumplimiento respecto del acreedor parecería estar justificada –además– por haberse conservado en el Proyecto la categoría de las obligaciones naturales (arts. 435-437), caracterizadas precisamente porque no confieren al sujeto activo el derecho para exigir su cumplimiento (aun cuando lo autoricen para retener lo dado o pagado en razón de ellas). Menos claro aparece en cambio el agregado, a nivel definitorio, de que existe obligación no solo cuando el deudor tiene el deber de cumplir una prestación a favor del acreedor sino también de “terceros” (referencia esta última no presente en el Proyecto de 1983), pues así como está redactada la frase final del primer inciso del artículo 432 podría llegar a pensarse que habría algunas obligaciones que se instauran entre el deudor y el acreedor y otras que vinculan al deudor y a terceros (no acreedores), cuando en honor a la verdad solo el *solvens* y el *accipiens* pueden ser –respectivamente– sujeto pasivo y sujeto activo de la obligación¹³. Otra cosa es que en un contrato exista –v.gr.– un beneficiario distinto de las partes, el que será tercero respecto de la causa fuente de la obligación asumida como deudor por uno de los contratantes pero acreedor de ella, por lo que el referido agregado, además de confundir los sujetos de la obligación con los del contrato, resulta superfluo, motivo por el cual debería ser eliminado.

En su segundo inciso, el artículo 432 del Proyecto puntualiza que “Toda prestación debe ser susceptible de satisfacer un interés del acreedor”, el que “puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales”, adhiriendo de esta manera a las elaboraciones del romanista italiano Vittorio Scialoja, quien a fines del siglo XIX había distinguido entre la patrimonialidad de la prestación (de la que nos ocuparemos en el párrafo que sigue) y el interés del acreedor al que ella está llamada a satisfacer, el cual puede ser patrimonial o extrapatrimonial¹⁴. El código civil italiano de 1942 introdujo por primera vez una disposición similar a la del artículo que comentamos en el ámbito de la legislación comparada (art. 1174)¹⁵, modelo que fue imitado lue-

12 Véase SAVIGNY, F. C. v., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, 338, y SAVIGNY, F. C. v., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1851, 4-7. Sobre este particular, se remite a las consideraciones de Cardilli, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, Jovene Editore, 2016, 1 y ss.

13 Acerca de a quién debe hacerse el pago véase, en general, HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 580 y ss.

14 Véase SCIALOJA, V., *Delle obbligazioni in diritto romano*, Roma, Lit. Laudi, 1890, 42-79 y ss.

15 Artículo 1174, segunda parte: “La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione [...] deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore” [“La prestación que constituye el objeto de la obligación [...] debe corresponder a un interés, incluso no patrimonial, del acreedor”]. En la exposición de motivos del código civil italiano de 1942 se disponía que el interés del acreedor no debe ser necesariamente pecuniario, pudiendo ser incluso solo moral, porque el derecho mira a realizar y a proteger también los más altos ideales, basta que incluya un fin considerado útil

go por otros códigos civiles tanto europeos como latinoamericanos, algunos de los cuales han referido al interés del acreedor sin calificarlo (código civil boliviano, art. 292), mientras que otros han exigido que sea “digno de protección legal” (código civil portugués, art. 397), “lícito” (código civil y comercial argentino, art. 724), “legítimo” (código civil de Zacatecas, art. 971, y la Propuesta de Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil de 2018, art. 511-1) o “tutelable” (Proyecto de Código Marco de las Obligaciones del GADAL, arts. 1 y 2.4)¹⁶. Esta última orientación era la seguida por el Proyecto de 1983, cuyo artículo 425, inciso segundo, hablaba de interés “racional” del acreedor, calificativo que desapareció del Proyecto de 2020.

El tercer y último inciso agrega además que “La prestación también puede consistir en una omisión”, como ya había hecho el artículo 425 del Proyecto de 1983 (inspirándose tal vez de nuevo –directa o indirectamente– en el parágrafo 241[2] del BGB¹⁷), la que constituiría el contenido de las “obligaciones de no hacer” definidas luego en el artículo 469 (pero de cuyo régimen nada dice, como en cambio hace –v.gr.– el artículo 778 del código civil y comercial argentino¹⁸)¹⁹. En realidad, más que este tipo de aclaración, sería aconsejable precisar, con relación a la prestación, que ella tiene que ser susceptible de valoración económica (lo que el Proyecto hace, pero, a nuestro entender, fuera de su natural *sedes materiae*, al definir el contrato en el artículo 472). La referencia expresa a la patrimonialidad como requisito de la prestación en la teoría general de las obligaciones fue introducida también por primera vez a nivel legislativo por el código civil italiano de 1942 (art. 1174), con la finalidad

según la apreciación dominante para la conciencia social, es decir, independientemente del juicio subjetivo que pueda hacer el sujeto de la relación (véase, sobre este particular, Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile. Testo e Relazione ministeriale*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943, 116).

- 16 Aun cuando de la exposición de motivos citada en la nota precedente se desprendería que para los redactores del código civil italiano de 1942 el interés del acreedor debía ser “útil según la apreciación dominante para la conciencia social”.
- 17 Parágrafo 241[2]: “... *Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen*” [“... La prestación puede también consistir en una omisión”].
- 18 Artículo 778: “Obligación de no hacer. Es aquella que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios”.
- 19 Algunos códigos civiles latinoamericanos han precisado además, en las normas donde se define la obligación, que la prestación puede ser de “dar, hacer o no hacer” (tal como sucede con los de Quintana Roo, art. 2216, de Coahuila de Zaragoza, art. 2199, y del Estado de México, art. 7.1, y tal como hace también el nuevo código civil de Puerto Rico, art. 1060). A nuestro entender la referencia a las prestaciones, tanto positivas (“de dar” o “de hacer”) como negativas u omisivas (“de no hacer”), resulta excesiva a nivel definitorio (ya que sería redundante), siendo preferible ocuparse del contenido de la prestación en la parte correspondiente a la clasificación de las obligaciones según su objeto, como hace el Proyecto de Código Marco de las Obligaciones para América Latina del GADAL (art. 14, el que a las tres conductas enunciadas agrega la “de garantizar”, sobre la cual se remite a NEME VILLARREAL, M. L., *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, *passim*).

de distinguirla del interés de la prestación (del que nos hemos ocupado en el párrafo precedente)²⁰; habiendo seguido su ejemplo, en Latinoamérica, los códigos civiles de Bolivia (art. 292), Paraguay (art. 418), Zacatecas (art. 971), Argentina (art. 725) y Puerto Rico (art. 1061), así como el Proyecto de Código Modelo de las Obligaciones para América Latina del GADAL (art. 2.3).

B. La actuación de los principios generales en materia de obligaciones

Luego de fijar los contornos de la obligación y regular algunos de sus elementos el Proyecto dispone en el artículo 433 que tanto el deudor como el acreedor “deben comportarse según los dictados de la buena fe”, generalizando así la aplicación de un principio que la primera generación de códigos civiles había previsto expresamente solo en el ámbito de los contratos (con la única excepción, primero, del BGB, par. 242, y, más tarde, del código civil italiano, art. 1175). Desde esta perspectiva, el Proyecto se coloca en una línea de continuidad con muchas codificaciones latinoamericanas, que desde la segunda mitad del siglo xx han operado también esta generalización (véanse –v.gr.– los códigos civiles de las entidades federativas mexicanas de Sonora, art. 1906, Zacatecas, art. 971, Tamaulipas, art. 1029, y Morelos, art. 1257; y, más recientemente, el código civil y comercial argentino de 2014, art. 729, y el puertorriqueño de 2020, art. 1062)²¹.

Sin embargo, consideramos que tal vez sería conveniente hacer referencia también –en esta norma o en otra separada, pero siempre en esta misma sección del Proyecto– al deber de cooperación de las partes, como había previsto el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (art. 677)²² y como ahora también dispone la Propuesta de Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho

20 Artículo 1174, primera parte: “*La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica...*” [“La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica...”]. En la exposición de motivos del código civil italiano se expresa que, a diferencia del interés del acreedor, la prestación debe ser siempre susceptible de valoración económica, sin lo cual no se podría ejercer la coacción jurídica establecida por el derecho en caso de incumplimiento. Asimismo se agrega que la posibilidad de valoración económica no existiría solo si la prestación tiene un valor patrimonial intrínseco, sino también cuando lo recibe de reflejo de la naturaleza de la contraprestación o de una valoración hecha por las partes, como cuando se conviene una cláusula penal (véase, de nuevo, Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile. Testo e Relazione ministeriale*, cit., 116).

21 Hemos destacado esta otra particularidad de la codificación latinoamericana en “La conveniencia de distinguir entre obligaciones corresponsivas o sinalagmáticas y obligaciones simples o unilaterales en un Código Marco para América Latina”, en PRIORI POSADA, G. y MORALES HERVÍAS, R. (eds.), *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo (Lima 21 y 22 de julio de 2011)*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, 107.

22 Artículo 677: “Deber de cooperación. Tanto el deudor como el acreedor deben cooperar, de buena fe, para que el interés de éste sea satisfecho mediante la prestación”. La referencia al deber de cooperación, sin embargo, no fue conservada por el vigente código civil y comercial argentino.

Civil de 2018 (art. 511-2)²³, y/o llevar a cabo una regulación más integral de los despliegues de la buena fe y de los demás principios que de ella se desprenden, así como de los otros con los cuales ella se integra, tal como hace el Proyecto de Código Marco de las Obligaciones para América Latina del GADAL (arts. 7-12)²⁴. Esto último se justificaría en atención a que los referidos principios generales (buena fe, prohibición del abuso del derecho y de ir contra los actos propios, etc.) no han sido regulados explícitamente en el título correspondiente a “los derechos subjetivos y su ejercicio” (arts. 34-42) del libro I (dedicado a la Parte general); como en cambio –v.gr.– hace, en Latinoamérica, el código civil y comercial argentino en un homónimo capítulo de su Título preliminar (arts. 9-14) y también, en cierta medida, el Anteproyecto de Reformas al Código Civil peruano de 2019 (arts. II-II B, igualmente ubicados en el Título preliminar).

Cabe señalar, asimismo, que desde un punto de vista lexical sería conveniente sustituir la expresión “de la misma” –empleada en el artículo comentado– por la expresión “de ella”, en atención a que el uso del término “mismo/a” es innecesario y desaconsejable cuando es usado como mero elemento anafórico (esto es, como elemento vacío de sentido, cuya única función es recuperar otro elemento del discurso ya mencionado); en cuyo caso siempre puede sustituirse por otros elementos más

23 Artículo 511-2: “Buena fe y deber de cooperación. El acreedor y el deudor están obligados a cooperar entre sí para el cumplimiento de la obligación y a comportarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe”.

24 Artículo 7: “Principio de buena fe. Ámbito de aplicación y carácter imperativo. El principio de buena fe rige el vínculo obligacional en su surgimiento, cumplimiento y extinción. En consecuencia, el acreedor y deudor deberán comportarse de modo que preserven la integridad de las ventajas legítimas del vínculo obligacional. La aplicación del principio de buena fe no podrá excluirse”.

Artículo 8: “Funciones integradora e interpretadora de la buena fe. El contenido y alcance del vínculo obligacional deberán integrarse e interpretarse de conformidad con el principio de buena fe, atendiendo a su fuente, naturaleza y finalidad”.

Artículo 9: “Prohibición del abuso del derecho. Los derechos deben ser ejercidos de conformidad con las exigencias y dentro de los límites que imponen los principios que inspiran este Código”.

Artículo 10: “Prohibición de ir contra los actos propios. El acreedor y el deudor deben observar la exigencia de coherencia que impone la buena fe y, en consecuencia, no podrán actuar en contradicción con conductas precedentes que hayan generado una confianza legítima en los demás sujetos del vínculo obligacional”.

Artículo 11: “Principio de equidad. La interpretación, determinación del contenido y exigibilidad de las obligaciones estarán guiadas por el principio de equidad, en armonía con los principios que inspiran este código”.

Artículo 12: “Consecuencias de la violación de los principios. Las conductas contrarias a los principios que inspiran este Código no producen efectos. En consecuencia, en caso de amenaza de violación a los principios o de la concreción de una conducta contraria a ellos, el afectado tendrá el derecho de exigir, según corresponda, su inhibición o cesación, el cumplimiento *in natura* o por equivalencia de los deberes respectivos que permitan preservar los principios que se han pretendido transgredir, así como el resarcimiento de todo daño sufrido”.

Para el análisis de estos artículos se remite a RODRÍGUEZ OLMOS, J., “Principios Generales en materia de obligaciones nel *Codice Tipo delle obbligazioni per l'America Latina*”, en SACCOCCIO, A. y CACACE, S. (eds.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, cit., 187 ss.

propiamente anafóricos, como los demostrativos, los posesivos o los pronombres personales²⁵.

C. Clasificación de las fuentes de las obligaciones

La tríade de disposiciones que integra la primera sección de la teoría general de las obligaciones del Proyecto de 2020 se cierra con el artículo 433, referido a cuáles son sus fuentes, cuyo texto –como hemos visto– también proviene sin alteración alguna del Proyecto de 1983 (art. 427). En la exposición de motivos²⁶ de este último se explicitaba que el código vigente “es confuso al enunciar los hechos capaces de generar obligaciones”, en atención a que el artículo 1494 “señaló el cuasicontrato y la ley como fuentes”, lo que sería cuestionable.

Con relación al cuasicontrato, dentro del cual el artículo 2303 del código civil vigente ubica “la agencia oficiosa [o gestión de negocios ajenos], el pago de lo no debido, y la comunidad”, se objetaba que “los dos primeros son aplicación del principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin fundamento a expensas de otra” y que la tercera “representa un aspecto de la propiedad con pluralidad de sujetos”, de tal manera que “reglamentadas esas situaciones en su lugar, se puede prescindir del concepto [de cuasicontrato], sin perjuicio alguno y, antes bien, con utilidad para la claridad conceptual de las normas”. Respecto de la ley se observaba que “cuando se habla de fuente de obligaciones, nos referimos a las fuentes actuales o próximas”, mientras que aquella “es siempre fuente remota o mediata de toda obligación: tanto de las que nacen del contrato como de las que nacen de un hecho ilícito”; lo que sucede es que “existen ciertos estados o situaciones que unidos a determinadas circunstancias pueden engendrar una obligación” (v.gr., “la pobreza de un hermano inválido y la riqueza del otro” genera la obligación de pasar alimentos: pobreza + riqueza + parentesco = obligación alimentaria).

Además, se criticaba que el código no hubiera enunciado “una importante fuente de las obligaciones: el enriquecimiento sin causa”.

Por todas estas razones se propuso en el Proyecto de 1983 (y, ahora, se propone en el de 2020) sustituir el artículo 1494 (y el 2202 que lo complementa) del código civil vigente –inspirado (pero no copiado a la letra) en el artículo 1437 del código civil de Chile elaborado por Andrés Bello, y este, a su vez, en la clasificación quinquepartita de las fuentes de las obligaciones diagramada por Robert Joseph Pothier²⁷, quien agregó la ley a la cuatripartición de las Instituciones de Justiniano

25 Véase Real Academia Española, *Diccionario panhispánico de dudas*, entrada “mismo - ma”.

26 Véase “Exposición de motivos”, cit., 35.

27 Véase POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, t. 1, Paris-Orléans, Debure-Rouzeau Montaut, 1771, 134 y ss. Debe aclararse, sin embargo, que algunos textos del Digesto ya mencionan como fuente de las obligaciones a la ley (*ex lege*), tal como se desprende de D. 13,2,1 (Paulo), D. 44,7,41 pr. (Paulo) y D. 44,7,52 pr. (Modestino). Sobre esta categoría se remite, en general, a Saccoccio, A., “Dall’ob-

(I. 3,13,2)²⁸— por el artículo 433 en el que, en cambio, se sienten los ecos de la clasificación tripartita propuesta por el jurista Gayo (siglo II d.C.) en las *Res Cottidianae* (D. 44,7,1 pr.)²⁹, quien, corrigiendo la originaria bipartición de las fuentes (contrato-delito) identificadas en sus *Institutiones* (Gai. 3,88)³⁰, añadió una tercera categoría residual (la de las “varias figuras de causas”) con la que completó la clasificación de las fuentes de las obligaciones, abriéndola —de esta manera— a una infinita gama de posibilidades que puedan presentarse en el ámbito de la realidad social (no necesariamente identificables con el contrato o con el delito)³¹. Desde esta perspectiva el Proyecto de Código Civil de 2020 lleva a cabo, con relación al código vigente, una operación similar a la realizada en el derecho italiano mediante la sustitución del artículo 1097 del código civil de 1865^[32] por el artículo 1173 del código civil de 1942^[33] (guiada también por el propósito de eliminar la ley como fuente autónoma y las categorías “artificiales” del cuasicontrato y del cuasidelito)³⁴.

Se trata de una clasificación no homogénea pues el clasificando está dividido en más de dos subcategorías, una de las cuales es residual al estar constituida por elementos que tienen en común solo el hecho de que no encuentran colocación en las otras subclases (es decir, está construida en forma negativa), motivo por el cual no

bligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*”, en *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 35, Modena-Bogotá, 2014, 3 ss.

- 28 I. 3,13,2: (*Obligationum*) [...] aut [...] *ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* [“(Las obligaciones) o nacen de un contrato, o como (si nacieran) de un contrato, o de un maleficio, o como (si nacieran) de un maleficio”]. En realidad, las artificiosas categorías de los “cuasicontratos” y del “cuasidelito” receptadas por muchos códigos modernos (entre los que se encuentra el Código de Bello) constituyen una derivación de las elaboraciones llevadas a cabo por Teófilo (siglo VI d.C.), quien en su Paráfrasis de las Instituciones de Justiniano (Theoph. Par. 4,5 pr.) crea las categorías del *quasi contracton* (o *contracton*) y del *quasi delicton* (ya que al omitir la preposición *ex* estas expresiones pasaban a significar “como si fuera” un contrato o un delito). Acerca de este particular véase entre otros, nuevamente, SACCOCCIO, A., “Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*”, cit., 21 y ss.
- 29 D. 44,7,1 pr.: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* [“(Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un maleficio, o por cierto derecho propio, según las varias figuras de causas”)].
- 30 Gai. 3,88: *Nunc transeamus ad obligationes quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* [“(Pasemos ahora a las obligaciones. Una división general establece dos clases de obligaciones: toda obligación nace o de contrato o de delito”)].
- 31 Sobre las fuentes gayano-justinianeas indicadas en el texto se remite, en general, a ESBORRAZ, D. F., *Vicisitudes del contrato en la tradición jurídica romanística: sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 73-82 y ss.
- 32 Artículo 1097: *Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto, o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto* [“(Las obligaciones derivan de la ley, del contrato o del cuasicontrato, del delito o del cuasidelito”)].
- 33 Artículo 1173: *Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico* [“(Fuentes de las obligaciones. Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de todo otro hecho o acto idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico”)].
- 34 Véase al respecto, una vez más, la exposición de motivos del código civil italiano de 1942, en Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile. Testo e Relazione ministeriale*, cit., 116.

siempre es considerada un producto óptimo. Sin embargo, una clasificación de este tipo estaría justificada cuando el clasificando es particularmente amplio y complejo (como sucede con las fuentes de las obligaciones), en cuyo caso la presencia de una subclase residual –posiblemente no tan extensa– puede evitar el peligro de una clasificación incompleta, además de resultar sumamente eficaz por llamar la atención sobre algunas subcategorías y sus elementos (*v.gr.*, como hace el artículo 434 del Proyecto con el contrato, la declaración unilateral de voluntad, los hechos ilícitos culposos y dolosos y el enriquecimiento sin causa), resaltando –en cambio– la menor relevancia que tienen otros elementos, relegados a la subcategoría residual³⁵.

Referencias

CARDILLI, R., “Considerazioni ‘storico-dogmatiche’ sul legame tra contratto e obbligazione”, en AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. 2, Napoli, Jovene Editore, 2006.

CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene Editore, 2016.

ESBORRAZ, D. F., “El Código Civil de Andrés Bello como punto de partida para la armonización/unificación del derecho de las obligaciones en América Latina”, en NAVIA ARROYO, F. y CHINCHILLA IMBETT, C. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello: análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

ESBORRAZ, D. F., “La conveniencia de distinguir entre obligaciones corresponsivas o sinalagmáticas y obligaciones simples o unilaterales en un Código Marco para América Latina”, en PRIORI POSADA, G. y MORALES HERVÍAS, R. (eds.), *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo (Lima 21 y 22 de julio de 2011)*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

ESBORRAZ, D. F., “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, n.º 238, 2015.

35 Sobre esta otra operación véase, de nuevo, LANTELLA, L., STOLFI, E. y DEGANELLO, M., *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, cit., 149 y ss. Este ha sido también –*v.gr.*– el modo de clasificar las fuentes de las obligaciones empleado por el Proyecto de Código Marco de las Obligaciones del GADAL (art. 3: “Fuentes de la obligación. La obligación nace de un contrato, de un hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirla de conformidad con el sistema jurídico latinoamericano”) y por la Propuesta de Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil de 2018 (art. 511-3: “Fuentes de las obligaciones. 1. Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto...”).

ESBORRAZ, D. F., *Subsistema jurídico latinoamericano, comparación y tradición romanística*, t. I, Roma, UniversItalia, 2020.

ESBORRAZ, D. F., *Vicisitudes del contrato en la tradición jurídica romanística: sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

GADAL, “Código Marco de Obligaciones para América Latina”, en SACCOCCIO, A. y CACACE, S. (eds.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, t. I, Torino-Valencia, Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, 2020.

HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

LANTELLA, L., STOLFI, E. y DEGANELLO, M., *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile. Testo e Relazione ministeriale*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943.

NEME VILLARREAL, M. L., *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, t. I, Paris-Orléans, Debure-Rouzeau Montaut, 1771.

Real Academia Española, *Diccionario panhispánico de dudas*, entrada “mismo - ma”.

RODRÍGUEZ OLMOS, J., “Principios Generales en materia de obligaciones *nel Codice Tipo delle obbligazioni per l’America Latina*”, en SACCOCCIO, A. y CACACE, S. (eds.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*.

SACCOCCIO, A., “Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*”, *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 35, Modena-Bogotá, 2014.

SAVIGNY, F. C. v., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1851.

SAVIGNY, F. C. v., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840.

SCIALOJA, V., *Delle obbligazioni in diritto romano*, Roma, Lit. Laudi, 1890.

Superintendencia de Notariado y Registro, *Proyecto de Código Civil*, Bogotá, Oficina de Publicaciones, 1984.

Universidad Nacional de Colombia, *Proyecto de Código Civil de Colombia - Primera versión*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (sede Bogotá), Universidad Nacional de Colombia, 2020.