

# La transformación del derecho privado en Colombia\*

## The change of private law in Colombia

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.45.7970>

Betty Martínez-Cárdenas\*\*

Hernando Tapias-Rocha\*\*\*

Universidad del Rosario (Colombia)

\* Este trabajo es uno de los resultados del proyecto de investigación “Actualidad del Sistema de Derecho Continental en Colombia”, que se viene desarrollando desde febrero de 2007, de la Línea de Derecho Civil del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Betty Mercedes Martínez-Cárdenas es la investigadora responsable de este proyecto, y el coautor Hernando Tapias-Rocha es uno de los investigadores invitados del Grupo de Investigación. Este proyecto nació de la necesidad de saber cuál es el espíritu que animó la estructura del derecho privado en Colombia, las tendencias que se siguieron en él, la necesidad de la abstracción y la sistematización sobre el empirismo y la manera como pueden ser interpretadas sus reglas frente a una evidente influencia del sistema de derecho angloamericano. El proyecto ha sido financiado en parte por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y en parte por la Fondation pour le droit continental. El proyecto se apoyó en varios trabajos de campo, indagación y análisis.

\*\* Profesora de la Universidad del Rosario, doctora en Derecho de la Université Panthéon-Assas, Paris II. [betty.martinez@urosario.edu.co](mailto:betty.martinez@urosario.edu.co)

\*\*\* Profesor emérito y honorario de la Universidad del Rosario. Investigador asociado a la Línea de Derecho Civil del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Exmagistrado de las salas Constitucional y Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, miembro del Comité que revisó los trabajos de Código de Comercio entre 1968 y 1971. [htapiasr@yahoo.com](mailto:htapiasr@yahoo.com)

REVISTA DE DERECHO

N.º 45, Barranquilla, 2016

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

## Resumen

*Este artículo pretende mostrar algunas consideraciones en relación con los aportes más importantes del Código de Comercio expedido en 1971 a la actividad contractual colombiana. Dichos aportes pueden sintetizarse en que dicho Código no buscó modificar o derogar el Código Civil de 1887, sino que, por el contrario, dio continuidad a las instituciones civiles, actualizándolas y transformándolas, por lo que no se justifica ni tendría explicación alguna realizar una nueva codificación en la materia, sino, más bien, se resalta la necesidad de vigorizar y valorar las normas que tenemos vigentes.*

**Palabras clave:** Código de Comercio, Derecho Privado, Código Civil, códigos decimonónicos.

## Abstract

*This paper shows some considerations regarding the most important contributions of the Commercial Code issued in 1971 in the Colombian contracting activity. These contributions can be summarized in that the Commerce Code of 1971 did not seek to amend or repeal the Civil Code of 1887, but, by contrast, was a work which gave it continuity, updating and transforming its institutions. So, it is not justified to make a new codification on the subject, but, on the contrary, it is highlighted the need to invigorate and understand the rules we have in place.*

**Keywords:** Commercial Code, Private law, Civil Code, decimononicos codes.

*Fecha de recepción:* 23 de octubre de 2014

*Fecha de aceptación:* 9 de febrero de 2015

*No acudas a los extremos y persiste con calma, pues aunque todo es paralelo, todo regresa al punto de partida. Las plantas florecen, pero vuelven a las raíces de donde han salido<sup>1</sup>.*

Lao Tsé

Es imposible determinar una tendencia uniforme que justifique las diversas soluciones actuales en derecho privado en Colombia, pero es evidente que el contrato ha sufrido cambios trascendentales en los últimos cuarenta años. Si los movimientos no son unívocos, en sentido único, estos existen de todas formas. En efecto, hay tendencias que han marcado al derecho privado. Estas tendencias se manifiestan por la creación de nuevos textos legislativos, por la resurrección de otros que habían sido olvidados y por otros tantos que van a ser eclipsados.

El Código Civil y el Código de Comercio constituyen el núcleo fundamental del derecho privado de Colombia desde 1887. El Código Civil contiene las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, y es el mismo que fuera elaborado para Chile por Andrés Bello (humanista, jurista y hombre de letras venezolano) mediante la publicación de tres proyectos presentados en 1843, 1847 y 1853, que finalmente fue adoptado por el Congreso de este país en 1855, previa una última revisión en la que participó también su autor, don Andrés Bello. Este Código fue adoptado en Colombia por los Estados Soberanos de Santander, Cundinamarca, Cauca y Panamá, durante la vigencia de la Constitución federal de 1863 (Rodríguez Piñeres, 1923).

En 1873 el Código Civil fue promulgado en todos los territorios de la Unión colombiana que no estuvieran comprendidos dentro de los límites de los Estados soberanos, y al ser reemplazada la Constitución federal de 1863 por la de 1886. Es en este momento que el Código de Comercio de Chile se introdujo en la legislación colombiana como acompañante del régimen civil. Así, el artículo 1° de la Constitución

---

<sup>1</sup> Aparte de Lao Tsé que explica el punto de referencia del Tao en relación con la naturaleza, transcrito por García, V. (1988). *La Sabiduría Oriental: Taoísmo, Budismo, Confucianismo*, t. 2 (3ª ed. p. 159). Bogotá, D.C.: Editorial Cincel Kapelus.

de 1886 declaró que “Colombia se reconstituye en forma de República Unitaria”, y fueron expedidos los códigos de la nación mediante la Ley 57 de 1887, que dispuso: “Regirán en Colombia, noventa días después de la promulgación de la presente ley, los siguientes Códigos: a) el Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873. 2º. El de Comercio del extinguido Estado de Panamá...”.

En efecto, el Código de Comercio al que hace referencia este artículo era el de comercio de Chile, elaborado por el jurista argentino Gabriel Ocampo y aprobado por el Congreso de ese país en 1865; rigió la profesión de comerciante y los actos mercantiles, y se acompañaba con el Código Civil, comoquiera que fue expedido poco tiempo después de comenzar a regir el Código Civil de 1855. Siendo adoptado primero por el Estado de Panamá, desde 1887 hasta 1971 rigió en el territorio colombiano. Posteriormente fue derogado y sustituido por un nuevo Código de Comercio expedido por el Gobierno nacional mediante Decreto 410 de 1971 en virtud de las autorizaciones que le otorgó la Ley 16 de 1968 para que, previa la revisión que le hiciera una comisión de expertos, pusiera en vigencia el proyecto de Código de Comercio que en 1958 había sido presentado a consideración del Congreso pero que no recibió la aprobación de este.

A diferencia del anterior, el nuevo Código de Comercio de 1971, que rige no solo la profesión de comerciante sino los asuntos de comercio, esto es, los actos, operaciones y empresas mercantiles<sup>2</sup> (arts. 10 y 20 C. de Co.), también tuvo muy en cuenta el Código Civil de 1887, como que trató de completarlo y en vez de corregirlo o modernizarlo a la luz de las corrientes jurídicas europeas posteriores al Código francés de 1804. En efecto, su promulgación introdujo nuevos conceptos en del derecho privado colombiano, tales como el reequilibrio del contrato, conversión del contrato, y una necesidad de redistribuir los poderes entre el juez y las partes. De igual forma, este Código redefinió otros conceptos y, por ello han aparecido nociones tales como equilibrio,

---

<sup>2</sup> Esta Comisión fue conformada por los profesores Emilio Robledo Uribe, quien la presidió, Álvaro Pérez Vives, José Ignacio Narváez, Samuel Finkielstein, Gabriel Escobar Sanín y Hernando Tapias Rocha. Véase Actas del Comité para la Revisión del Código de Comercio (sin publicar), disponibles en el Centro de Documentación del Ministerio del Interior y de Justicia, calle n° 8-28, piso 3, Bogotá, D.C.

lealtad, abuso, buena fe, economía del contrato. Hoy por hoy ciertos textos son más citados que otros, tales como el artículo 1603 del Código Civil o el 871 del Código de Comercio.

Sin embargo, algunos siguen negando la existencia de esta evolución, amparados en discursos que califican de regresivo el Código Civil por contener aún instituciones “decimonónicas”, como el francés de 1804 (Reyes Villamizar, 2014), e insisten en la brecha que supuestamente existe entre el Código Civil y el Código de Comercio; separación tan importante que consideran que debe crearse *una legislación única en materia de obligaciones y contratos* y proponen, en consecuencia, la separación del derecho privado en diversas codificaciones (Mendoza Ramírez, 2008, p. 97). Otros entienden que la modernización del régimen jurídico en materia de obligaciones y contratos necesita de una verdadera unificación de regímenes (Castro Ruiz, 2011, p. 5), lo cual aseguraría además su internacionalización (Valdenebro, 2011, p. 6).

Los signos de la evolución del derecho privado colombiano, y de su innegable actualidad a nivel internacional, son numerosos, y esto nos lleva a cuestionarnos si el lugar de seguir dando palos de ciego, sería mejor examinar con más cuidado la finalidad del movimiento que logró esta transformación. El estudio de cada uno de estos signos conduce a un mismo indicio: el Código de Comercio de 1971. En efecto, este Código es el que determinó en Colombia la existencia de la evolución de su derecho privado. Luego de estudiar las Actas del Comité Revisor de dicho Código, que trabajó durante 1968 y 1971, bajo la presidencia del doctor Emilio Robledo Uribe<sup>3</sup>, y de entrevistar a algunos de sus miembros que

---

<sup>3</sup> Recuérdese que el actual Código de Comercio fue expedido por el Gobierno nacional mediante Decreto 410 de 1971 en virtud de las autorizaciones que le otorgó la Ley 16 de 1968 para que, previa la revisión que le hiciera una comisión de expertos, pusiera en vigencia el proyecto de Código de Comercio que en 1958 había sido presentado a consideración del Congreso pero que no recibió la aprobación de este. A diferencia del anterior, el nuevo Código de Comercio de 1971 rige no solo la profesión de comerciante sino los asuntos de comercio, esto es, los actos, operaciones y empresas mercantiles. El Comité Revisor fue conformado por los profesores Emilio Robledo Uribe, quien la presidió, Álvaro Pérez Vives, José Ignacio Narváez, Samuel Finkielsztejn, Gabriel Escobar Sanín y Hernando Tapias Rocha. Véase para estos efectos las Actas del Comité para la Revisión del Código de Comercio (sin publicar), disponibles en el Centro de Documentación del Ministerio del Interior y de Justicia.

aún sobreviven, trataremos de demostrar que más que una ruptura, el Código de Comercio contribuyó, y de manera importante, a la evolución del derecho contractual colombiano y que, contrario a lo que algunos piensan, esta obra dio continuidad a dichas instituciones civiles, actualizándolas.

El objetivo de este texto es mostrar la falsa necesidad de expedir un nuevo Código en derecho privado colombiano.

Para efectos didácticos, en este estudio nos restringiremos a las reglas de derecho privado que han evolucionado en relación con las fuentes de las obligaciones (I) con la formación y ejecución del contrato (II).

### **REGLAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO QUE ACTUALIZAN LAS REGLAS DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DEL CÓDIGO CIVIL**

Bajo la óptica de evolucionar hacia la creación de nuevos textos legislativos, el Código de Comercio de 1971 le resta al contrato la importancia que tenía como única fuente de obligaciones a través de la voluntad, pero aumenta su campo de aplicación. En efecto, al lado del contrato, este Código crea, de un lado, dos nuevas fuentes de las obligaciones y amplía la noción de contrato en sí misma.

#### **La creación de dos nuevas fuentes de las obligaciones**

Las obligaciones en materia civil se forman por la realización de algunas de sus fuentes, como las enuncia y desarrolla el Código Civil en el artículo 1494, que establece:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de herencia o legado, y en todos los cuasicontratos: ya de un hecho que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

El Código Civil distingue en el artículo 1494 un primer grupo de obligaciones: integrado por las que llama «convencionales», o sea, aquellas que “nacen ... del concurso real de las voluntades de dos o más personas”, como en los contratos o convenciones. Sin embargo, en el artículo 2302, que forma parte del título 33, relativo a los cuasicontratos de agencia oficiosa, pago de lo no debido y gestión de la comunidad singular, tal como fue sustituido por el 34 de la Ley 57 de 1887, destaca un segundo grupo conformado por las obligaciones que “se contraen sin convención”, esto es, los vínculos obligatorios que no se forman por el concurso real de las voluntades de dos o más personas, sino que nacen de la ley y se expresan en ella, o provienen del hecho voluntario de las partes; y agrega que “Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato; si es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa”.

En resumen, conforme a los principios civiles las obligaciones llamadas convencionales nacen o se forman por el concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; y las no convencionales nacen, a su vez, sea

de un hecho voluntario y lícito de la persona que se obliga, como en la aceptación de herencia o legado, y en todos los cuasicontratos, sea de la realización de un hecho que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro, como en los delitos y cuasidelitos; ora por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (Rocha Alvira & Martínez Cárdenas, 2009)

Ahora bien, toda vez que de acuerdo con el artículo 822 del Código de Comercio “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles”, resulta obvio que dichos principios también gobiernan tanto las obligaciones ya formadas como la formación de los actos o contratos de derecho civil aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.

Comoquiera que las obligaciones no pueden ser calificadas por su contenido en mercantiles o no mercantiles, las que establece el título I del libro cuarto del Código de Comercio sobre *generalidades* y cuya primera norma es la del artículo 822, regulan en seguida, expresa o tácitamente, cuándo se aplican a obligaciones mercantiles; así ocurre, por ejemplo, con la interpretación de términos técnicos o usuales destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles (art. 823); con el llamado principio de consensualidad en materia mercantil (art. 824), con la presunción de solidaridad en los negocios mercantiles cuando fueren varios los deudores (art. 825), con las reglas especiales sobre escritos y firmas (826), con las firmas por medios mecánicos (art. 827), la firma de los ciegos (art. 828), con los plazos (art. 829), y termina estableciendo dos normas específicas que no se refieren a generalidad alguna sino que regulan dos nuevas fuentes de las obligaciones: el abuso del derecho (art. 830) y el llamado enriquecimiento sin causa (art. 831).

Así, nos referiremos primero al abuso del derecho (1) y luego al enriquecimiento sin causa (2).

**1. Abuso del derecho.** En relación con el abuso del derecho, se trata de una evolución que se origina en un movimiento jurisprudencial de 1935 y que se mantuvo hasta que se creó esta fuente de las obligaciones en el Código de Comercio de 1971. En principio, las hipótesis de abuso del derecho determinadas por la Corte Suprema de Justicia se confundían con la culpa extracontractual e incluían, entre otras, el exceso del acreedor en el embargo de los bienes del deudor<sup>4</sup>; la formulación de denuncias penales temerarias<sup>5</sup>; la insistencia del acreedor en secuestrar bienes que no pertenecían al deudor<sup>6</sup>; el abuso del derecho a litigar<sup>7</sup>.

Posteriormente, con la adopción del abuso del derecho como fuente de obligaciones, las hipótesis se ampliaron al campo contractual. Así, la

<sup>4</sup> CSJ, Cas., 30 de octubre de 1935, XLIII, 313; 9 de abril de 1942, LIII, 302.

<sup>5</sup> CSJ, Cas., 21 de febrero de 1938, XLVI, 60, M. P.: Arturo Tapias Pilonieta; Cas., 5 de agosto de 1937, XLV, 419; 19 de agosto de 1938, XLVII, 57; 23 de octubre de 1942, LIV bis, 206; 7 de marzo de 1944, LVII, 76; 21 de noviembre de 1969, CXXXII, 177.

<sup>6</sup> CSJ, Cas., 19 de mayo de 1941, LI, 248.

<sup>7</sup> CSJ, Cas., 22 de junio de 1943, LV, 550.



Corte ha encontrado varios tipos de abuso del derecho, como el abuso de posición dominante al contratar<sup>8</sup>, abuso del derecho en la ejecución del contrato<sup>9</sup>. Así, la Corte Constitucional considera que hay abuso de posición dominante cuando una entidad bancaria modifica unilateralmente las condiciones del contrato<sup>10</sup>; cuando una compañía aseguradora impone al asegurado el pago de una suma de dinero a título de indemnización sin que esta haya tenido la oportunidad de determinar el monto de la pérdida<sup>11</sup>; también cuando una entidad financiera impone unilateralmente un procedimiento de sanción a sus clientes por el uso no autorizado o fraudulento de un servicio<sup>12</sup>; cuando los derechos a la salud y la vida son afectados por el uso de una concesión de aguas<sup>13</sup>, para mencionar algunos de los ejemplos más importantes en estos últimos años (Rengifo, 2003, p. 113).

Pasaremos ahora a ver la evolución del enriquecimiento sin causa.

**2. Enriquecimiento sin causa.** Sobre el enriquecimiento sin causa, aunque ya había sido conocido entre nosotros durante la Colonia como *enriquecimiento torticero*, regla XVII, título 34, partida séptima, el Código de Bello no lo incluyó expresamente como fuente de las obligaciones. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1936 había acudido a esta fuente para explicar varias hipótesis: primero, en que la entrega hecha de una cosa de cuya causa no se han puesto de acuerdo las partes; segundo, en la entrega hecha en virtud de una causa jurídica que no ha llegado a realizarse y, finalmente, en la entrega cuya causa jurídica ha desaparecido, como sucedía en los sistemas alemán y francés (Rocha Alvira & Martínez Cárdenas, 2009, p. 157).

---

<sup>8</sup> CSJ, Cas., 19 de octubre de 1994, M.P.: Carlos esteban Jaramillo, CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777.

<sup>9</sup> CSJ, Cas., 19 de octubre de 1994, M.P.: Carlos esteban Jaramillo, CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777.

<sup>10</sup> CC, Sentencias C-973/02; T-608/04; T-549/03; T-899/06; T-129/05; T-357/04; T-1165/01; T-141/03; T-186/04; T-733/04; T-863/05; C-670/04.

<sup>11</sup> CC, Sentencia T-199/95xxxx y xxxx contra Aseguradora Solidaria de Colombia. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>12</sup> CC, T-1240/01; T-432519; T-433662; T-434084; T-438010; T-447636; T-457153; T-458035 y T-458336.

<sup>13</sup> CC, sentencias T-511/93 y T-379/95.

La proposición de hacer del enriquecimiento sin causa una fuente legal de las obligaciones había sido planteada en Colombia desde 1958 por el Proyecto de reforma de Código de Comercio de este mismo año. El artículo 234bis de dicho Proyecto establecía la siguiente fórmula: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a costa de otro”. Sin embargo, cuando el Proyecto fue sometido a la aprobación del Senado se cambió esta fórmula por esta otra: “Quien en el ejercicio del comercio se enriquezca sin causa a costa de otro, indemnizará el perjudicado en la cuantía del perjuicio ocasionado, y hasta la concurrencia del enriquecimiento debido”.

Años después, durante los trabajos del el Comité para la Revisión del Código de Comercio de 1968-1971, la discusión sobre estos textos mostró que el texto del Senado contrariaba la jurisprudencia de la Corte, ya que esta, de un lado, había admitido el principio de enriquecimiento sin causa en toda clase de negocios y, del otro, no la confundía con la acción de indemnización de perjuicios<sup>14</sup>.

En efecto, para este Comité era

necesario dejar libertad para que el Juez elabore criterios y no someterlo desde ya a acoger uno que puede resultar inconveniente. De todas maneras y aunque en materia civil ya está establecido, no sería muy conveniente dejar la referencia solo en materia comercial, pues se podría entender que se había limitado el campo de aplicación<sup>15</sup>.

Finalmente, el Comité para la revisión del Código de Comercio convino en mantener la redacción del artículo 234bis del Proyecto de 1958, el cual en la actualidad corresponde al artículo 831 del Código de Comercio, que le dio legalmente estatus de fuente de las obligaciones al enriquecimiento sin causa.

Estas son las dos nuevas fuentes que se crearon en el ordenamiento mercantil colombiano; ahora pasaremos a ver cómo se amplió el al-

<sup>14</sup> Comité para la revisión del Código de Comercio, Acta n° 33, p. 6.

<sup>15</sup> Intervención del Dr. Hernando Tapias Rocha: Comité para la revisión del Código de Comercio, Acta n° 33, p. 6.

cance de una vieja fuente de derecho civil que no había sido tenida en cuenta por la doctrina antes de la expedición del Código de 1971: la declaración unilateral de voluntad.

En suma, en materia de fuentes de las obligaciones, el Código de Comercio se enriqueció de las tendencias del derecho comparado y contribuyó, sin duda, a la armonización de las fuentes de las obligaciones en el derecho privado colombiano. Pasaremos ahora a revisar la evolución de la noción de contrato, ahora vista no solo como fuente de obligaciones, sino de relaciones jurídicas.

### **Evolución de la noción de contrato**

Esta evolución se logró de dos maneras: la primera, equiparando la noción de negocio jurídico a la de contrato (1) y ampliando el campo de aplicación del contrato (2).

**1. Equiparación de negocio jurídico a contrato.** En palabras de Savigny,

Por declaraciones de voluntad o negocios se entienden aquellos supuestos de hecho jurídicos que no solamente son acciones libres, sino en los cuales la voluntad de los sujetos está encaminada directamente a la constitución o extinción de una relación jurídica. (§114, p. 123)

Sistemáticamente, el “negocio jurídico” es una categoría de la cual hace parte el contrato. El “negocio jurídico” es una categoría que hace parte de los actos jurídicos pero que permite establecer una distinción entre los actos jurídicos de autonomía privada y los actos jurídicos en sentido estricto. De esta manera, el negocio jurídico es definido por algunos como un “acto de autonomía privada” (Massimo Bianca, 2007, p. 30) que si bien cobija al contrato como figura principal, no lo hace como única.

En Colombia, el negocio jurídico –dice Guillermo Ospina Fernández (1998)– es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos (p. 4).

Agrega el mencionado autor que la más generalizada en el campo filosófico, y en nuestro sentir la más clara y apropiada, denomina negocio jurídico al acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, como el otorgamiento de un testamento o la celebración de un contrato; acto jurídico, al acto voluntario del cual derivan también efectos jurídicos. Pero independientemente del querer de la gente, o mejor dicho, por el solo ministerio de las normas jurídicas, como sucede en la comisión de un delito. Y hecho jurídico, al simple hecho de la naturaleza física, como el desplazamiento del lecho de un río o la muerte de una persona.

Sin embargo, termina diciendo Ospina Fernández,

... desde el punto de vista de nuestro derecho civil, es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa, que reduce los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas a solo dos especies: el acto jurídico que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que le ley les atribuya, se producen independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos. El código civil colombiano, lo mismo que el francés, emplea la expresión acto y no negocio, exclusivamente en el sentido que esta clasificación bipartita le atribuya. Por lo tanto, en lo sucesivo nosotros emplearemos indistintamente dichas expresiones, pero le daremos preferencia a la de acto, siempre que con esta se logre la mejor inteligencia de los preceptos positivos que la emplean.

La equiparación del negocio jurídico mercantil a los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil tiene además una gran importancia práctica: el acto o contrato es la categoría jurídica utilizada en todas partes del mundo (Galgano, 2007).

**2. Ampliación de la noción de contrato.** El Código Civil define el contrato en el artículo 1495 acercándose al concepto de obligación. El Código de Comercio de 1971 trata de corregir aquel defecto reproduciendo la definición de contrato expresada por el Código italiano de 1942,

según la cual “contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

En la actualidad constituyen también actos jurídicos, ya no los acuerdos de voluntad destinados a crear o a trasladar, modificar o extinguir obligaciones, sino las declaraciones de voluntad de una sola persona que creen a su cargo una obligación, como lo serían la aceptación de una herencia o legado que crea obligaciones a cargo del heredero o legatario aceptantes, y los llamados cuasicontratos de agencia oficiosa, pago de lo no debido y gestión de la comunidad singular, que crean obligaciones para quien los ejecuta o celebra y aun para terceros.

Y puestos a los actos jurídicos unilaterales y bilaterales se encuentran en la enumeración del artículo 1494 algunos hechos voluntarios del hombre que no se encaminan a la producción de efectos jurídicos sino a la producción de efectos físicos o materiales, hechos cuya realización crean obligaciones.

En conclusión, la introducción de estos textos en el Código de comercio marca una clara evolución en el derecho privado colombiano. Ahora nos ocuparemos de otra manifestación de esta evolución a través de la resurrección de textos olvidados del Código Civil durante la etapa de formación del contrato.

## **LA REGULACIÓN DE LA ETAPA DE FORMACIÓN DEL CONTRATO**

Varios ejemplos magníficos de resurrección de los mal llamados textos “decimonónicos” civiles se manifiestan con la expedición del Código de Comercio. Veremos primero los relativos a la fuerza que se le reconoce a la voluntad como creadora de obligaciones y luego la regulación de la responsabilidad precontractual.

### **La resurrección de la declaración unilateral de voluntad**

Veremos primero la evolución de la declaración de voluntad en nuestra legislación (1) y luego su ejemplo más representativo: la oferta (2).

**1. Evolución de la declaración unilateral de voluntad.** Las “declaración unilateral de voluntad” no encuentra sus orígenes en el derecho romano, cuyas únicas aplicaciones de esta se reducían a la promesa que se hacía a una divinidad o a una cité, ya que, en general, una persona no podía obligarse para con otra por su simple voluntad. De esta forma, este tipo de declaraciones fue por primera vez deducido por Domat (Domat, 1844, p. 20) en el siglo XVII, y estudiado por los pandectistas del siglo XIX, permitiendo así la redacción de los actuales §116 y siguientes del título segundo de la Parte General del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

Por su parte, la doctrina mayoritaria en Francia coincide en que esta fuente no fue adoptada por el Código Napoleón por varias razones: primero, por las razones históricas ya explicadas; segundo, porque se considera que este tipo de declaraciones no merecen un lugar autónomo como institución jurídica, dado que pueden ser fácilmente confundidas con la agencia oficiosa y la estipulación para otro; tercero, porque de ser aceptada como fuente, de la declaración unilateral solo pueden nacer cierto tipo de obligaciones, lo que acentuaría su carácter excepcional en lugar de ser una fuente general de obligaciones (Marty & Réinaud, 1971, n<sup>os</sup>. 357 y 358; Flour & Aubert, 2013, n<sup>o</sup> 499); cuarto, se estima que es simplemente imposible que la voluntad pueda obligarse a sí misma, ya que así como se obliga, esta también puede liberarse (Elías, 1909); y por último, la doctrina francesa es aún renuente a la existencia de obligaciones “sin acreedor”, esto es, en las que el único obligado sea el deudor que emite la declaración (Chabas, 1931), dado que esto conllevaría a múltiples dificultades en cuanto a la protección del autor de la declaración y a la protección de a lo que terceros se refiere (Rieg, n<sup>o</sup> 445 et 446; Flour & Aubert, n<sup>o</sup> 499 ; Mazeaud & Chabas, n<sup>o</sup> 361). Este rechazo puede aún verse en el Anteproyecto de reforma del título III, capítulo III del Código Civil francés propuesto por Pierre Catala, en el que la declaración unilateral de voluntad es apenas evocada superficialmente en el inciso 3 del artículo 1101-1, relativo a los actos unilaterales (Flour & Aubert, 2013, p. 410).

No obstante, el desarrollo de la Unión Europea y del derecho comparado han abierto las puertas de nuevas tendencias en materia de

fuentes de las obligaciones dentro del derecho interno francés. Así, una renovación del concepto de la voluntad se aprecia con claridad en los Principios Europeos de los Contratos, de una parte, y en algunos fallos de la Corte de Casación francesa que, de manera muy prudente y restrictiva, tiende hacia su adopción cuando se trata de determinar la naturaleza del poder de uno de los contratantes para fijar el precio, por ejemplo (Mazeaud, 2001, p. 153).

La doctrina colombiana durante mucho tiempo negó también la existencia de esta fuente dentro de la regulación nacional<sup>16</sup>. De haber continuado con esta tendencia, el sistema colombiano habría resultado insuficiente para hacer frente a la concepción objetiva del derecho de crédito que impera en la actualidad y que permite, entre otras cosas, la circulación de los títulos valores, la cesión de contratos, la compra de cartera y el mercado de acciones. El sistema colombiano habría quedado no solo incongruente, en relación con las fuentes legislativas, sino también aislado del tráfico internacional (Rocha Alvira & Martínez Cárdenas, 2009, p. 24). No obstante, la lectura atenta del artículo 1494 del Código Civil de Bello, cuya redacción no es muy diferente de la del artículo 1370 del Código Civil francés<sup>17</sup>, permite sostener lo contrario, ya que en él se establece que las obligaciones nacen “de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos”.

En efecto, en el Código de Bello, la creación de obligaciones a partir de los hechos voluntarios de una persona que se obliga, como ocurre

---

<sup>16</sup> Para Guillermo Ospina Fernández (1983, p. 4), por ejemplo, las obligaciones solo nacen del acto o negocio jurídico y del hecho jurídico. En el mismo sentido opina el Dr. Fernando Hinestroza Forero (2007, p. 45).

<sup>17</sup> Article 1370: “Certains engagements se forment sans qu’il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s’oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les uns résultent de l’autorité seule de la loi ; les autres naissent d’un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

Les engagements qui naissent d’un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre”.

en una declaración unilateral de voluntad, puede ser hoy explicada a partir de la concepción objetiva del derecho de crédito, poniendo en primer plano la importancia económica del mismo. Una concepción que había sido olvidada, o tal vez ignorada por muchos en Colombia, pero que no fue extraña a los redactores del Código de Comercio de 1971, para quienes la voluntad unilateral creaba obligaciones<sup>18</sup>, tal como el contrato. Ejemplo de este desarrollo lo constituye la oferta, ya que el Código de Comercio le confiere un carácter irrevocable, como lo veremos a continuación.

**2. La oferta irrevocable en Colombia.** El actual artículo 845 del Código de Comercio corresponde a la redacción del artículo 254 del Proyecto de reforma de 1958. La historia de cómo llegó a ser adoptado como legislación permanente muestra la importancia que tuvo el Derecho comparado para los miembros del Comité de 1968-1971. Ante el problema de saber desde qué momento obligaba la promesa: “Si desde el momento de la expedición o desde que la persona a la cual va dirigida tiene conocimiento de la misma”<sup>19</sup>.

Este problema fue objeto de dos debates. En el primero este Comité examinó todas las tesis que en Derecho Comparado se habían formulado como respuesta al mismo; así, el profesor Pérez Vives, quien también había hecho parte de la Comisión Revisora de 1958, explicó que

El criterio de la simple emisión, en virtud del cual se considera que la propuesta rige desde el momento de la exteriorización de la voluntad y el contrato se perfecciona desde el momento en que el destinatario emite su voluntad de aceptar. Tiene la anterior postura el inconveniente de ser eminentemente subjetivo y, por ende, inseguro. El otro criterio es el de la expedición. El acto se considera obligatorio desde el momento en que se expida. Para el proponente el acto de expedición es seguro por cuanto es un hecho que él conoce y se considera obligado desde el momento mismo en que remite la oferta. No se puede tomar, en cambio, como punto de referencia. La recepción pues no se sabe exactamente cuándo se produce, pues la respuesta puede demorarse o extraviarse. Otro criterio

---

<sup>18</sup> Comité para la revisión del Código de Comercio, Acta n° 34, p. 2.

<sup>19</sup> Comité para la revisión del Código de Comercio, 1968 - 1971, Acta n° 37, p. 1.



es el de la recepción de la respuesta, y por último, existe el criterio de la información, el cual se resiente de un subjetivismo exagerado<sup>20</sup>.

El profesor Pérez Vives agregó que para el Comité de 1958 el criterio que brindaba mayor seguridad fue el de la recepción de la respuesta.

No obstante, para algunos miembros del Comité de 1968-1971, la solución acogida en 1958 parecía ilógica, toda vez que el “oferente quedaba obligado desde el momento en que expide la oferta, en tanto que el destinatario de ella solo se obliga cuando el primero reciba la nota de aceptación”. A ello se agregaron las dificultades probatorias de cualquiera de las tesis propuestas.

En consecuencia, el Comité de 1968-1971 llegó al consenso de que ninguna de las soluciones antes explicadas “facilitaban la prueba que tiene que presentarse por quien alegue una determinada circunstancia que le favorece”, y que en este punto valdría la pena tener en cuenta lo que establecía el artículo 1326 del Código Civil italiano, el cual acoge la tesis del conocimiento: “Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell’accettazione dell’altra parte (1335)”.

La discusión fue zanjada en una segunda sesión, con ocasión de la revisión del artículo 272 del Proyecto de 1958, que disponía que “El contrato se tendrá como celebrado en el lugar de la residencia del que haya propuesto y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

Así, al examinar los artículos 254 y 272 en paralelo otros problemas fueron planteados por los doctores Finkielstein y Escobar Sanín: el primero, al adoptarse en el artículo 272 el criterio de la recepción de la respuesta de la aceptación, que era el más inconveniente al aceptante, se creaba una asimetría entre él y el oferente, ya que finalmente dejaba en poder de este la determinación del momento de la formación del contrato. El segundo es que dicha tesis no concluía el círculo que con la oferta se abría: “Es necesario arrancar de un punto conocido, la emisión de la oferta, y debe llegarse a otro determinado, que debe ser la

---

<sup>20</sup> Comité para la revisión del Código de Comercio, 1968 - 1971, Acta n° 37, p. 2.

recepción de la aceptación del destinatario por parte del oferente. Es necesario que las dos partes tengan conocimiento de la realización del negocio...”, decía el Dr. Escobar Sanín<sup>21</sup>. Por estas razones, y luego de revisar la insuficiencia de los demás criterios, en particular el del anterior Código de Comercio, que al acoger el criterio de “la expedición” comenzaba a obligar al aceptante sin que este hubiera manifestado su consentimiento, el Comité de 1968-1971 fijó como punto de referencia para la creación del consentimiento el momento en que se tuvo o se ha debido tener conocimiento de la respuesta del destinatario.

En conclusión, el Código de Comercio, gracias al análisis que en derecho comparado realizaron sus redactores, rechazó expresamente las teorías de la emisión y de la recepción y adoptó en su lugar la teoría de la comunicación:

... el efecto inmediato de la comunicación es el de presumir el conocimiento de la oferta por el destinatario si se ha hecho uso de un medio de transporte que normalmente haga llegar la propuesta al domicilio de aquél... si se trata de persona determinada bastará la comunicación de la oferta de manera que pueda ser posible su conocimiento por ella. (Escobar Sanín, 1994, p. 442)

De allí que en derecho colombiano lo que prime sea el conocimiento del destinatario.

De esta forma, la oferta o propuesta, definida como el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, comenzaba a tener efectos obligatorios siempre que cumpliera con ciertos requisitos como: contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario por cualquier medio adecuado para ello, lo cual incluye en la actualidad un mensaje electrónico de datos, según lo dispone el artículo 14 de la Ley 527 de 1999.

En relación con la oferta pública, se exigió también esta se pusiera en conocimiento del público para que pudiera producir efectos. En con-

---

<sup>21</sup> Comité para la revisión del Código de Comercio, 1968 - 1971, pp. 3 y ss. Acta n° 38.

secuencia, la oferta pública debe ser comunicada a través de medios eficaces, esto es, por todos los medios adecuados para que llegue a conocimiento del o los destinatarios, con el fin de que este o estos puedan manifestar su voluntad.

Como se ha visto, la oferta no es vinculante en tanto no sea comunicada. Por ello, una vez conocida por el destinatario, la oferta es irrevocable (artículo 846). Este carácter de irrevocabilidad, contrario al anterior, fue uno de los puntos de mayor consenso entre los miembros del Comité de 1968-1971. En efecto, la certeza en todos ellos de que la voluntad unilateral creaba obligaciones era suficiente para explicar un régimen obligatorio de la oferta que cambiaría completamente el régimen ecléctico del anterior Código de Comercio.

En efecto, el Código de Comercio de 1887 conservó la doctrina clásica de la revocabilidad de la oferta e introdujo una parte de la doctrina moderna al disponer que el retiro de la misma pudiera dar lugar a una indemnización de perjuicios. Un estudio de derecho comparado con las regulaciones alemana e italiana permitió a los comisionados de 1958 determinar que la posición del Código de 1887 era “contradictoria e insostenible, ya que si es exacto el principio de la revocabilidad de la oferta, no debe haber lugar a indemnización de perjuicios” por su retiro<sup>22</sup>. Por ello, esta Comisión entendió que lo que el régimen anterior tendía más hacia la irrevocabilidad de la oferta, por lo que convenía acoger para el nuevo código la tesis de la doctrina moderna propuesta por el Código civil alemán. Fue esta la misma motivación que tuvo el Comité de 1968 para cambiar la naturaleza de la oferta.

Esto es lo que explica sus actuales consecuencias: la oferta se transmite a los herederos con la muerte del oferente y no caduca cuando el oferente incurre en una causa de incapacidad. Asimismo, de la irrevocabilidad de la oferta se deduce la naturaleza contractual de los perjuicios que se causen como consecuencia de la retractación del oferente, aun cuando el contrato definitivo no haya sido formado.

---

<sup>22</sup> Comisión Revisora del Código de Comercio, Proyecto de Código de Comercio, t. II, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1958, pp. 77 y ss.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, todavía hoy no ha podido entender los efectos de la voluntad unilateral y explica el régimen de la oferta a través de la tesis de un precontrato. En efecto, la Corte ha considerado que el artículo 846 prevé dos situaciones sucesivas y concatenadas entre sí: un primer contrato, “contrato preliminar”, que nace del concurso de voluntades, ambas de acuerdo en que se formule una oferta y en que esta sea comunicada, y cuyo único efecto es que una de las partes –el proponente para el caso– quede vinculada; y un segundo contrato, el definitivo, cuya formación depende entera y exclusivamente de la aceptación de la otra parte –el destinatario de la oferta–; por supuesto, también para este segundo contrato es necesario el asentimiento del oferente, solo que este no puede rehusar la formación del contrato, so pena de ser obligado a ejecutar en naturaleza la obligación de suscribir el contrato o de indemnizar el daño emergente y el lucro cesante que por la no contratación causó al destinatario de la oferta<sup>23</sup>, son estos los perjuicios a los que se refiere dicho artículo<sup>24</sup>.

En consecuencia, el régimen de la oferta completó y actualizó las reglas de formación del consentimiento durante la formación del contrato del Código Civil, y a continuación permitió la introducción de un principio general de responsabilidad precontractual, como se verá a continuación.

### **La resurrección de la responsabilidad precontractual**

El artículo 863 del Código de Comercio introdujo un principio general de responsabilidad precontractual en el Derecho privado colombiano.

<sup>23</sup> C.S.J. Cas. Civ. 28 junio 1989. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVIII, n° 213, Legis, septiembre de 1989, p. 597; C.S.J. Cas. Civ. 23 de noviembre de 1989. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIX, n° 217, Legis, enero de 1990, p. 75; C.S.J. Cas. Civ. 27 de junio de 1990. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIX, n° 225, Legis, septiembre de 1990, p. 597; C.E., Nulidad y restablecimiento del derecho, 4 de marzo de 1991. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XX, n° 233, Legis, mayo de 1991, p. 400; C.E., Nulidad, 10 de octubre de 1994. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIII, n° 276, Legis, diciembre de 1994, p. 1550; C.S.J. Cas. Civ. 8 de marzo de 1995. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIV, n° 281, Legis, mayo de 1995, p. 493; C.S.J. Cas. Civ. 4 de abril de 2001, expediente 5716, consultable en [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), [www.notinet.com.co](http://www.notinet.com.co), [www.bibliotecajuridica.com.co](http://www.bibliotecajuridica.com.co)

<sup>24</sup> No se trata aquí de una equivocación en la redacción del artículo, como lo sostienen Uribe Holguín (1982, p. 187) y Tamayo Lombana (2004, p. 48).

Esta regla es, a su vez, el complemento de tres reglas especiales de responsabilidad precontractual previstas en el Código Civil (1), constituye la regulación de las hipótesis de retiro unilateral e intempestivo de las negociaciones (2) y permite la creación de deberes precontractuales de información, discreción y coherencia (3), como lo explicaremos a continuación.

**1. Reglas civiles y comerciales que disciplinan la responsabilidad precontractual en Colombia.** A partir de tres hipótesis civiles previstas dentro de las reglas de los vicios del consentimiento se estableció el principio general de responsabilidad precontractual en el Código de Comercio.

En efecto, en Colombia existen tres hipótesis especiales de responsabilidad precontractual en el Código Civil; de estas dos hacen parte de la regulación de los vicios del consentimiento, dentro del título II del libro cuarto del Código Civil, sobre los actos y declaraciones de voluntad, y la tercera se encuentra en el capítulo II, de las obligaciones del arrendador, del título XXVI sobre el contrato de arrendamiento.

La primera disposición se endereza a obtener la responsabilidad con el fin de restablecer el patrimonio de una persona como consecuencia de un error en la persona del contratante (*artículo 1512 del Código Civil*); la segunda se refiere a la responsabilidad fundada en el dolo que no es determinante del consentimiento (*artículo 1515 del Código Civil*); y la tercera hipótesis especial de responsabilidad precontractual sanciona el error cometido por una de las partes del contrato de arrendamiento, el cual la ha conducido a creer que iba a poder entregar la cosa cuando en realidad no se encontraba en capacidad de hacerlo (*artículo 1983 del Código Civil*).

La existencia de estas hipótesis especiales en el régimen civil sirve para entender el principio general de responsabilidad precontractual establecido en el Código de Comercio en 1971.

**2. Regulación de las hipótesis de retiro unilateral e intempestivo de las negociaciones por el principio general de responsabilidad precontractual previsto por el Código de Comercio.** En el capítulo III del título I del libro cuarto del Código de Comercio, el artículo 863 dispone que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Se trata esta de una regla de inspiración italiana, en particular del artículo 137 *du Codice civile*.

Ahora bien, a falta de una definición legal, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la buena fe es el antónimo de la mala fe o de la extrema negligencia<sup>25</sup>; ella obliga a que los futuros contratantes se comporten de manera activa y diligente

haciendo llegar oportunamente todas las informaciones necesarias, adoptando un comportamiento inequívoco y pertinente y cumpliendo los deberes preparatorios previstos de manera expresa o tácita en la etapa respectiva, lo cual implica que cada parte deberá asumir los gastos del iter contractual<sup>26</sup>.

Así, la doctrina colombiana coincide con esta tendencia jurisprudencial y ha determinado ciertos criterios para definir la «buena fe exenta de culpa»: ella implica un comportamiento activo de los contratantes durante la formación del contrato, esto es, que las partes deben asegurarse de negociar el contrato a través de los medios legítimos, con la convicción de contratar el negocio, la cosa y con la persona adecuada a sus deseos. En consecuencia, los contratantes no deben hacer inducir en error, dolo o deben evitar la fuerza en el curso de las negociaciones.

Por ello, aunque son todavía muy pocas las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que permiten establecer una línea jurisprudencial en materia de Responsabilidad precontractual, las pocas decisiones proferidas permiten determinar como criterios para fundar la responsabilidad cuando de manera unilateral se rompa la ruptura de la negocia-

<sup>25</sup> CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 28 de junio de 1989. M.P. Rafael Romero Sierra.

<sup>26</sup> CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 27 de junio de 1990, expediente 239. M. P. Pedro Lafont Pianetta.

ción<sup>27</sup>. De allí que se deduzca la existencia de ciertas obligaciones para los negociadores durante la etapa precontractual.

**3. Creación de deberes precontractuales de información, discreción y coherencia.** La combinación del artículo 863 con la regla del artículo 871 del Código de Comercio, según el cual “Los contratos deben ser celebrados y ejecutados de buena fe...”, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia asimilar la “buena fe exenta de culpa” a la “buena fe objetiva”, de la cual pueden deducirse las obligaciones de información, de discreción y coherencia a cargo de los negociadores antes y durante la conclusión del contrato.

Por ello se ha sancionado con indemnización de perjuicios la falta de suministro oportuno de la información necesitada para contratar<sup>28</sup> y la incoherencia en el comportamiento del negociador que abandonó la negociación<sup>29</sup>.

En conclusión, el artículo 863 establece un principio general de responsabilidad precontractual del cual se derivan para los negociadores ciertos deberes de conducta que son la pauta para deducir el dolo o la culpa del negociador que los incumpla, lo cual haría posible que se le declarara responsable civilmente y, en consecuencia, se le obligara a indemnizar los daños que por su comportamiento indebido ha causado al otro negociador (Escobar Sanín, 1994, p. 249; Monsalve Caballero, 2007, pp. 50 - 54). Con ello se actualizaron las reglas del Código Civil en la etapa de formación del contrato.

## CONCLUSIÓN

En conclusión, las reglas relativas a obligaciones y negocios mercantiles son las mismas que gobiernan las obligaciones, actos y contra-

---

<sup>27</sup> CJS, Cas. Civil. Sentencia de 23 de noviembre de 1989, expediente 2435; CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 27 de junio de 1990, expediente 239. M. P. Pedro Lafont Pianetta; y CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente 3561. Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 7 de junio de 2001, expediente 13405.

<sup>28</sup> CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 27 de junio de 1990, expediente 239. M. P. Pedro Lafont Pianetta

<sup>29</sup> *Ibídem*.

tos civiles; las reglas que prevalecen sobre las civiles como puramente comerciales son aquellas en las que el Código ha previsto soluciones distintas a las del Código Civil, pero aquellas reglas que desarrollan o complementan las disposiciones civiles mal pueden estimarse como meramente mercantiles para tales efectos; estas, por el contrario, son verdaderas interpretaciones del Código Civil hechas por el legislador, y por tanto, pese a encontrarse en la codificación mercantil, obligan por sí mismas en materia civil. Este cruce interpretativo de normas es el que funda sin duda alguna la unidad del derecho privado en Colombia y que hace innecesaria, y tal vez inconveniente, la empresa de una nueva codificación.

En efecto, este estudio demostró que la principal finalidad del Comité Revisor que finalmente redactó el Código de Comercio de 1971 fue lograr una obra de codificación que actualizara y dinamizara las instituciones fundamentales del Derecho Civil en materia de contratos. Finalidad que se ha constatado en la práctica de sus destinatarios en sus más de cuarenta años de vigencia y que ha sido explicada en este texto. El derecho privado colombiano es, en consecuencia, un derecho progresista, dinámico y contemporáneo. Una visión que corresponde al propósito de la norma y que, en palabras de Dworking (1986), estaría más que justificada, ya que

Legal practice, unlike many other social phenomena, is argumentative. Every actor in the practice understands that what it permits or requires depends on the truth of certain position that are given sense only by and within the practice; the practice consists in large part in deploying an arguing about these propositions...[This] interpretation is by nature the report of a purpose; it proposes a way of seeing what is interpreted –a social practice or tradition as much as a text or painting- as if this were de product of a decision to pursue one set of themes visions or purposes, one ‘point’ rather than another.

## BIBLIOGRAFÍA

Aubert, J., Flour, J., Flour, Y. & Savaux, É. (2007). *Les obligations / Jacques Flour... [et al.]*. París: Éditions Dalloz 2012.



- Castro Ruiz, M. (2011). Algunas propuestas para la unificación y la modernización del derecho de las obligaciones y los contratos en Colombia. *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), 45, 2 -51.
- Comité para la Revisión del Código de Comercio (1968-1971). *Actas del Código de Comercio de 1971* (sin publicar). Bogotá.
- Chabas, J. (1931). *De la déclaration de volonté en droit français*, thèse. Paris.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Unated States of America: Library of Congress Catalogin in Publication Data.
- Domat, J. (1844). *Las leyes civiles en su orden natural*, t. 1 (2ª ed.). Traducida al castellano por Felio Vilarrubias y José Sardá. Barcelona: Imprenta de José Taulo, Calle de la Tapinería.
- Escobar Sanín, G. (1994). *Contratos civiles y comerciales*, vol. 2. Bogotá, D. C.: Biblioteca Jurídica Dike.
- Élias, R. (1909). *Théorie de al force obligatoire de la volonté unilatérale*, Thèse. Paris.
- Galgano, F. (2007, 24 de septiembre). Entrevista. *Ámbito Jurídico* 234. Bogotá, D.C.: Legis.
- Hinestroza Forero, H. (2007). *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes*, t. I, (3ª ed.). Bogotá. D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Massimo Bianca, C. (2007). *Derecho civil: 3. El contrato* (vol. 3). (F. Hinestroza, trad.) Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Marty, G. & Reinaud, P. (1971). *Droit Civil : Les obligations*. Paris: Sirey.
- Mazeaud, D. (2001). La commission Lando : le point de vue d'un juriste français. En *L'harmonisation du droit des contrats en Europe* (p. 153). Sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud. Collection Etudes Juridiques, Economica. Paris.
- Mendoza Ramírez, Á. (2008). Justificación histórica de la unificación del derecho privado razones y sinrazones de la separación. *Memorias Primer Congreso Internacional de Derecho Comercial*, organizado por el Colegio de Abogados Comercialistas, la Cámara de Comercio de Bogotá, el Congreso Internacional de Derecho Comercial y la Universidad del Rosario (p. 97). Bogotá, D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá Universidad del Rosario.
- Monsalve Caballero, V. (2007). Disertación para una nueva contrucción en Colombia de la Culpa In Contrahendo, *Revista de Derecho* (Universidad del Norte, Barranquilla), p. 50-54.
- Ospina Fernández, G. (1983). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos* (2a ed.). Bogotá, D.C.: Temis.

- Ospina Fernández, G. (1998). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (5ª ed., p. 4). Bogotá, D.C.: Temis.
- Pérez Vives, Á. (1953). Teoría General de las Obligaciones. En Á. Perez Vives, *Teoría General de las Obligaciones* (p. 36). Bogotá: Temis.
- Rengifo, E. (2003). El abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones. En *Estudios de Derecho Civil*, Libro homenaje a Fernando Hinestroza, t. III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Villamizar, F. (2014, 3 de septiembre). El oscuro legado de Napoleón. *Ámbito Jurídico*. Bogotá, D.C.: Legis.
- Rocha Alvira, A. & Martínez Cárdenas, B. (2009). *Lecciones de Obligaciones de Antonio Rocha Alvira*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez Piñeres, E. (1923). *Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano*, vol. 1 (2ª ed.). Bogotá: Librería Americana.
- Savigny. §. 1. *Sistema de derecho romano actual*.
- Tamayo Lombana, A. (2004). *Manual de obligaciones, teoría del Acto Jurídico y otras fuentes* (6ª ed.). Bogotá, D.C.: Temis.
- Tapias Rocha, H. (2007). De la Acción en Responsabilidad Contractual en Colombia. En F. Mantilla Espinosa & F. Ternera Barros, *Los contratos en el Derecho Privado, estudio en derecho colombiano y derecho comparado*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario y Legis.
- Valdenebro, J. (2011). Reflexiones sobre la unificación de Civil y comercial. La CISG como criterio aconsejable. *Revista de Derecho Privado*, 45, 5 -51.

### **Sentencias del Consejo de Estado**

- C.E., Nulidad y restablecimiento del derecho, 4 marzo de 1991. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XX, n° 233, Legis, mayo de 1991, p. 400.
- C.E., Nulidad, 10 de octubre de 1994. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIII, n° 276, Legis, diciembre de 1994, p. 1550; C.S.J. Cas. Civ. 8 de marzo de 1995. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIV, n° 281, Legis, mayo de 1995, p. 493.

### **Sentencias de la Corte Suprema de Justicia**

- C.S.J. Cas. Civ. 28 de junio de 1989. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVIII, n° 213, Legis, septiembre de 1989, p. 597.

C.S.J. Cas. Civ. 23 de noviembre de 1989. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIX, n° 217, Legis, enero de 1990, p. 75.

C.S.J. Cas. Civ. 27 de junio de 1990. En *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIX, n° 225, Legis, septiembre de 1990, p. 597.

C.S.J. Cas. Civ. 4 de abril de 2001, expediente 5716. Disponible en: [www.rama-judicial.gov.co](http://www.rama-judicial.gov.co), [www.notinet.com.co](http://www.notinet.com.co), [www.bibliotecajuridica.com.co](http://www.bibliotecajuridica.com.co)