

**PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y
MERCANTILES.**

**ROBERTO SARMIENTO BEJARANO.
EDUARDO FLOREZ ARISTIZABAL.**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA.
FACULTAD DE DERECHO.
2002**

**PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y
MERCANTILES.**

**ROBERTO SARMIENTO BEJARANO.
EDUARDO FLOREZ ARISTIZABAL.**

Trabajo de Investigación Profesoral para optar al título de Abogado.

**Director
EDUARDO DEVIS MORALES.
Abogado.**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA.
FACULTAD DE DERECHO.
2002**

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN.

1. PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES.

2. CAPÍTULO I.

PRINCIPIO DEL ABUSO DEL DERECHO.	1
I. CONCEPTO.	1
I.I. Doctrina Nacional y Extranjera.	2
I.II. Jurisprudencia Nacional.	4
II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.	7
II.I. Extranjera.	7
II.II. Colombiana.	11
III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	12

3. CAPÍTULO II.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	15
--	----

I.	CONCEPTO.	15
I.I.	Doctrina Nacional y Extranjera.	16
I.II.	Jurisprudencia Nacional.	19
II.	EL PRINCIPIO EN LA LEY.	23
II.I.	Extranjera.	23
II.II.	Colombiana.	24
III.	PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	30
III.I.	Civil.	30
III.II.	Comercial.	31

4. CAPÍTULO III.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE.	32
----------------------------------	----

I.	CONCEPTO.	32
I.I.	Doctrina Nacional y Extranjera.	32
I.II.	Jurisprudencia Nacional.	35
II.	EL PRINCIPIO EN LA LEY.	39
II.I.	Extranjera.	39
II.II.	Colombiana.	40
III.	PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	46
III.I.	Civil.	46
III.II.	Comercial.	47

5. CAPÍTULO IV.

PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD. 50

I. CONCEPTO. 50

I.I. Doctrina Nacional y Extranjera. 50

I.II. Jurisprudencia Nacional. 56

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY. 62

II.I. Extranjera. 62

II.II. Colombiana. 63

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL. 66

6. CAPÍTULO V.

PRINCIPIO DE LA COSTUMBRE CONSTITUTIVA DE DERECHO... 68

IV. CONCEPTO. 68

I.I. Doctrina Nacional y Extranjera. 69

I.II. Jurisprudencia Nacional. 73

V. EL PRINCIPIO EN LA LEY. 75

II.I. Extranjera. 75

II.II. Colombiana. 77

VI. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	81
III.I. Civil.	81
III.II. Comercial.	82

7. CAPÍTULO VI.

PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.	84
---	----

I. CONCEPTO.	84
I.I. Doctrina Nacional y Extranjera.	85
I.II. Jurisprudencia Nacional.	89
II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.	93
II.I. Extranjera.	93
II.II. Colombiana.	95
III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	98
III.I. Civil.	98
III.II. Comercial.	100

8. CAPÍTULO VII.

PRINCIPIO DEL ERROR COMÚN.	102
-----------------------------------	-----

I. CONCEPTO.	102
I.I. Doctrina Nacional y Extranjera.	105
I.II. Jurisprudencia Nacional.	107

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.	113
II.I. Extranjera.	113
II.II. Colombiana.	115
III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	120

9. CAPÍTULO VIII.

PRINCIPIO DE LA IMPREVISIÓN.	124
-------------------------------------	-----

I. CONCEPTO.	124
I.I. Doctrina Nacional y Extranjera.	125
I.II. Jurisprudencia Nacional.	130
II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.	136
II.I. Extranjera.	136
II.II. Colombiana.	138
III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	142

10. CAPÍTULO IX.

PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.	144
--	-----

I. CONCEPTO.	144
I.I. Doctrina Nacional y Extranjera.	144
I.II. Jurisprudencia Nacional.	148

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.	150
II.I. Extranjera.	150
II.II. Colombiana.	152
III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.	152

11. CAPITULO X.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL RÉGIMEN CONTRACTUAL INTERNACIONAL	157
---	-----

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

Como ya dijimos en la parte introductoria, nuestra intención es crear un documento de consulta para quien pretenda investigar acerca del espíritu de las normas que regulan los contratos civiles y comerciales, para tal efecto hemos hecho de este trabajo una recopilación de las doctrinas y jurisprudencias que consideramos las más relevantes e importantes en el desarrollo de los denominados reglas o principios generales de los contratos.

Con el fin de ubicarnos en el tema y establecer un marco de referencia para el entendimiento global de éste, es necesario lograr un acercamiento conceptual en lo que debemos entender por principios generales de derecho, sumado a su aplicabilidad en el estudio de los contratos.

Para empezar daremos una definición de lo que se debe entender como principios generales de derecho. Para tal efecto citaremos al tratadista Hernán Valencia Restrepo¹, quien, de una forma bastante acertada, los define como: *“los principios generales de derecho son normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.”*

Es importante aclarar que existen diferentes tesis con relación a lo que se debe entender como principios generales de derecho, sin embargo, después del estudio de muchas de ellas llegamos a la conclusión que es ésta la que abarca la mayoría de los elementos que los constituyen.

Con el fin de seguir la filosofía de esta investigación, que no es otra que desarrollar un documento de consulta, expondremos algunas de las tesis que consideramos de mayor importancia para el tratamiento del tema.

Por su importancia, en el desarrollo doctrinal de los principios, empezaremos citando al tratadista italiano Giorgio Del Vecchio, quien sostiene que los principios generales tienen carácter ideal y absoluto y, por lo tanto, son superiores al orden positivo, y aunque no pueden destruir las normas

¹ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Segunda Edición. Santa fe de Bogota, Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 55

vigentes, tienen valor “sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa.”²

En cuanto al significado dado a los principios generales de derecho, el tratadista Luis Legaz y Lacambra,³ señala que la tesis que sostiene que en los principios generales de derecho tiene su origen el ordenamiento jurídico, es la más acertada, ya que hace referencia a juicios de valor inherentes a la naturaleza humana y que constituyen el fundamento de toda la legislación positiva.

Se trata de ciertos principios superiores que informan todo el ordenamiento jurídico y que se basan en la naturaleza del hombre y tienden al perfeccionamiento de su individualidad en sus diferentes aspectos. Estos principios tienen validez universal, se basan en la razón y naturaleza del hombre, pero deben tener en cuenta el momento histórico de que se trata y la realidad social en que actúa el hombre. Para José María Díaz Couselo⁴:

Los principios generales son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa, legislativa o consuetudinaria. Como consecuencia de ello, sostenemos que tiene un doble papel, pues son el fundamento del derecho positivo y, además, fuente en sentido técnico, pues subsidiariamente en ello deberá apoyarse el juez para resolver el caso ante la falta de norma expresa, al comprobar la no aplicabilidad de las que integran el ordenamiento positivo, tanto cuando este lo remite a los “principios generales” como cuando guarda silencio sobre el problema.

Los principios generales de derecho no solo son fuente subsidiaria sino principal, ya que son anteriores a la creación legislativa, dichos principios son el fundamento de las normas jurídicas, que los desarrollan y especifican sucesivamente, hasta llegar a la norma individual. “La idea de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, condición y causa.”⁵

² DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho, Segunda Edición, Barcelona (España), Editorial Bosch, 1948, Pág. 51.

³ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. Barcelona (España), Editorial Bosch, 1953, Pág.380.

⁴ DÍAZ COUSELO, José María. Los Principios Generales del Derecho. Buenos Aires (Argentina), Editorial Plus Ultra, 1971, Pág. 79.

⁵ MANS PUIGARNAU, Jaime M. Los Principios Generales del Derecho. Barcelona (España), Editorial Bosch, 1957, Pág. 57.

En el transcurso de este trabajo el lector se va a encontrar con que los términos principio y regla son tratados indistintamente, sin ninguna distinción, pues aunque en principio son diferentes, el legislador colombiano los asimiló de tal forma que es posible utilizar ambos para referirnos a esas directrices fundamentales que orientan nuestro ordenamiento jurídico y que son motivo de investigación en este trabajo. Sin embargo, y de manera ilustrativa, diremos que el término regla, ha sido entendido por muchos autores como *meras generalizaciones del derecho positivo*, o como *una proposición que expone brevemente el derecho vigente*⁶. Según estas interpretaciones es posible afirmar que “*no se toma el derecho vigente de las reglas sino la regla del derecho vigente*”, por lo tanto no es correcto confundir las reglas con los principios, pues, como dijimos anteriormente, estos últimos son el fundamento del derecho.

Para un mejor entendimiento diremos que las reglas son proposiciones extraídas del derecho vigente con el fin de encontrar una solución general para casos similares, al contrario de los principios que son anteriores al derecho vigente y no extracciones de éste, sin embargo es importante aclarar que las reglas y los principios se asimilan en que los dos tienen un carácter imperativo (de obligatorio cumplimiento, de orden público), puesto que las partes no pueden disponer de su observancia, modificación o derogatoria por convenios o acuerdos entre ellos. Además, los dos son directrices a seguir por parte de las personas que crean, administran, interpretan y dan uso al ordenamiento jurídico.

Con relación a nuestra investigación, no es nuestra intención entrar en esta polémica, ya que como dijimos anteriormente, el derecho colombiano los trata de manera similar, además lo que este trabajo pretende es hacer un análisis de lo que esas reglas o principios son en sí mismo y cuáles son sus implicaciones en nuestro régimen jurídico.

Teniendo en cuenta la definición dada por Valencia Restrepo, citada anteriormente, de lo que son los principios generales de derecho, nos adentraremos al análisis de la postura jurídica de nuestro régimen legal, el cual ve los principios generales de derecho como un medio de integración del orden jurídico frente a las lagunas de la ley, tal y como lo dispone el Art. 8° de la ley 153 de 1887.

⁶ VALENCIA RESTREPO, Op Cit, Págs. 126 y 129

Las reglas o principios generales de derecho cumplen diversas funciones: una en la creación de la norma, otra en su interpretación, una tercera en su integración o investigación científica y finalmente son normas de orden público y de imperativo cumplimiento por las partes, si expresamente han sido consagradas como tales en el ordenamiento positivo.

La función creativa prescribe cómo se debe proceder para la elaboración, modificación y derogatoria del derecho; la interpretativa, para su comprensión, ejecución y observancia; y la integrativa, para su carencia. Los principios, pues, constituyen lo que hemos de llamar camino o itinerario de la norma: el *iter normae*.⁷

*“Los principios generales de derecho manifiestan su eficacia respecto al derecho positivo como una fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre”*⁸.

En consecuencia, le sirven tanto al constituyente como al legislador, pues lo orientan en la creación de la norma; le permiten al intérprete -el juez- su comprensión y le facilitan su aplicación; si han sido consagradas como normas positivas (como por ejemplo en el Art. 862 del C. de Com., que expresamente ordena a las partes proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizarlos perjuicios; al igual que para el que abuse de sus derechos, Art. 830.), son de obligatorio acatamiento; por último son la fuente final a la que debe recurrir todo intérprete cuando necesite llenar una laguna o vacío del código o de la ley.⁹

En sentencia del 23 de junio de 1958, la Corte Suprema de Justicia dijo sobre el particular: *“El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no anunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas a casos singulares.”*¹⁰

⁷ VALENCIA RESTREPO, Op Cit, Págs. 58 y ss.

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Derecho Civil de España. Segunda Edición, Madrid (España), Instituto de Estudios Políticos, 1949. Págs. 427-428.

⁹ VALENCIA RESTREPO, Op Cit, Págs. 62 y ss.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Junio 23 de 1958. En: Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, Pág. 232.

Con relación al derecho civil y mercantil, y más exactamente en materia de contratos, existen algunos principios o reglas generales que son base y fundamento en toda relación jurídica contractual. Estas directrices son las que denominaremos en el transcurso del trabajo **PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES**, de los cuales los que consideramos de mayor importancia en el desarrollo de las relaciones jurídico contractuales son los mencionados en la parte introductoria de este documento.

A continuación haremos un análisis detallado de todos y cada uno de estos principios con el fin de convertir este trabajo en un verdadero documento de referencia y consulta en materia de contratos.

INTRODUCCIÓN

Hace muchos siglos, el hombre encontró una forma de suplir sus necesidades valiéndose del trabajo y del esfuerzo de sus semejantes. En un principio, los más fuertes obtenían de los más débiles los bienes y servicios, sin necesidad de pagar por ellos; la única contraprestación era no causarles daño. En la medida en que el hombre fue desarrollando su intelecto, la fuerza como herramienta para la supervivencia fue quedando relegada. Pero, fueron aumentando sus necesidades, pues surgieron otras prioridades en el desarrollo del hombre, ya que ahora debía vivir en armonía con la sociedad, so pena de ser excluido de ella.

Como consecuencia directa de la organización del hombre para desarrollar cada una de las actividades dentro de la sociedad, surgió el intercambio de los beneficios que cada cual conseguía con el ejercicio de sus funciones. Estos intercambios se fueron desarrollando de tal forma que llegaron a convertirse en lo que hoy en día conocemos como relaciones jurídico-comerciales. Decimos *jurídico* porque, en la medida en que fueron aumentando las diversas formas de obtener bienes y servicios por medio de estos intercambios, nació la necesidad de crear parámetros para regularlos. Es aquí donde nace el Derecho. Sin embargo, la necesidad del hombre de intercambiar bienes y servicios no fue la causa directa del nacimiento del Derecho, aunque sí es uno de los más importantes pilares sobre los que se edificó el orden jurídico que hoy regula nuestra vida en sociedad.

El Derecho, como dice JACOBO RAMÍREZ SÁNCHEZ¹¹ “*es la fuerza que coordina todas las actividades sociales del hombre; es la síntesis de todas las incontables energías de la sociedad, porque todas ellas se destruirían mutuamente y matarían el organismo social si el derecho, como fuerza soberana, no interviniera armonizando y conciliando, en una suprema síntesis de equilibrio, todas esas corrientes impetuosas de la vida humana, de la vida material y económica, de la vida intelectual, de la vida artística, de la vida moral, de la vida religiosa.*”

El fin de este trabajo de grado es recopilar en un solo documento, de manera clara y con un método pedagógico, las diferentes tesis que se han suscitado a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial, en relación con los principios y reglas rectoras que rigen las relaciones contractuales, tanto a nivel mercantil como civil, haciendo énfasis, obviamente, en el régimen jurídico colombiano.

En nuestro ordenamiento jurídico existe un gran número de normas que regulan los contratos civiles y comerciales; sin embargo, nuestro trabajo no está encaminado a analizar cada una de esas normas, sino que pretende convertirse en un documento de consulta para quienes quieren indagar por el espíritu de cada una de estas directrices pues, como dijimos anteriormente, se trata de recopilar las reglas y principios fundamentales, más importantes, sobre los que se deben estructurar los contratos o convenciones, tanto en materia civil como comercial.

Las relaciones contractuales, y todas las normas jurídicas que las regulan, deben estar fundamentadas en lo que para nosotros son los componentes del espíritu de lo que pretenda ser un verdadero contrato. Estos componentes los denominaremos, al igual que la mayoría de la doctrina, a lo largo de nuestro trabajo, *principios rectores de los contratos civiles y comerciales.*

¹¹ RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Segunda Edición. México. Textos universitarios UNAM. 1967. Pág. 19.

Es importante señalar que en el presente trabajo de investigación no se abarca el estudio de todas y cada una de las bases en que se estructura el derecho privado, sin embargo consideramos que hemos logrado recopilar en este documento las reglas y principios más importantes para el ejercicio de la actividad contractual. Ellos son:

Principio del abuso del derecho.

Principio de la autonomía de la voluntad.

Principio de la buena fe.

Principio de consensualidad.

Principio de la costumbre.

Principio del enriquecimiento sin causa.

Principio del error común.

Principio de la imprevisión.

Principio de la relatividad.

Con el fin de desarrollar pedagógicamente este trabajo de grado, decidimos estudiar de manera separada cada uno de estas directrices, pero estructurándolas de forma similar en el siguiente orden: en primer lugar, recopilamos los conceptos que le han dado diferentes autores nacionales e internacionales a cada uno de los principios, seguido del desarrollo jurisprudencial que han tenido en Colombia; en segundo lugar, tratamos de recopilar las principales normas que dan aplicabilidad a estos principios en materia civil y comercial en el régimen jurídico colombiano, refiriéndonos, con carácter meramente ilustrativo y no pretendiendo convertir la investigación en un trabajo de derecho comparado, a algunas legislaciones de países extranjeros como es el caso de Francia, Italia, Alemania, España, Chile, entre otros. En tercer lugar, y para terminar, damos diferentes ejemplos que nos muestra de manera más precisa cómo son aplicados estos principios en la práctica contractual.

Teniendo en cuenta las políticas de globalización y la importancia que han adquirido las relaciones internacionales y las normas supranacionales, decidimos introducir en este documento, con un carácter eminentemente introductorio, un acápite dedicado exclusivamente a la aplicación de los principios estudiados en el régimen contractual internacional. Para tal efecto consideramos indispensable ubicar conceptualmente dichos principios en la ley 518 de agosto 4 de 1999, por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y en los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, pues consideramos que son estas las normas que llevan la iniciativa en materia de contratación internacional en nuestros días.

Es así como presentamos nuestro trabajo de grado y las formas básicas de aplicación, exposición y desarrollo de las que, en nuestra opinión, constituyen las más importantes bases de derecho en cuanto a las relaciones contractuales, sin tratar de crear un catálogo exacto de los únicos e inmodificables principios y reglas generales de derecho.

CAPÍTULO I

PRINCIPIO DEL ABUSO DEL DERECHO

I. CONCEPTO:

En la celebración de un contrato, ya sea de carácter civil o comercial, nacen para las partes contratantes un conjunto de obligaciones y derechos que deben ser ejercidos con arreglo a ciertas normas y principios que la ley ha señalado para garantizar un correcto ejercicio de dichas prerrogativas. Uno de estos principios es el del abuso del derecho, el cual lo podríamos ubicar dentro de las reglas que regulan el ejercicio de los derechos subjetivos adquiridos por las personas que celebran un contrato.

Los derechos subjetivos constituyen poderes y prerrogativas otorgadas por el ordenamiento jurídico a las personas, para la satisfacción de sus intereses.

Se ha discutido qué función concreta tienen esos poderes o derechos subjetivos. No existe ninguna controversia acerca de que tienen ante todo una función individual o privada, pues han sido establecidos para que sirvan los intereses de las personas a quienes se otorgan. Pero, además de esta función, ¿no tiene otra que sería una función social, es decir, no están afectados a los intereses sociales de la colectividad? Y si tienen esta otra función, ¿en qué consistiría ella? En forma concreta, esta función social de los derechos subjetivos consiste: 1) en que toda persona está obligada a ejercer sus derechos, y su no ejercicio constituye un abuso; 2) en que deben ejercerse en forma que no se cause perjuicio a las demás personas ni a la colectividad.

La función social de los derechos fue controvertida durante el siglo XIX, debido a dos causas principales: 1) el Código no anunció tal principio, y

la escuela de la exégesis negó la aplicación de aquellas reglas que no estuviera consagradas expresamente en algún artículo legal; 2) el individualismo jurídico predico que los derechos eran facultades individuales absolutas. Por tal virtud, cada cual podía ejercer o no su derecho; y si su ejercicio era perjudicial para los demás o para la colectividad, ese hecho no tenía repercusión alguna; cada cual era irresponsable en el ejercicio de sus derechos.¹²

Pero, esta concepción absolutista de los derechos privados bien pronto tuvo su ocaso en el mundo jurídico, y ha sido remplazada por una concepción relativista. Esta última se anuncia diciendo que, al lado de la función individual de los derechos, existe una función social de los mismos. La regla general del abuso de los derechos indica concretamente: La persona que en ejercicio de sus derechos cause un daño a otra, queda obligada a la indemnización.

I.I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

La doctrina nacional y extranjera ha estudiado detenidamente el principio del abuso del derecho; inclusive, existen autores que se han extendido en este tema de tal forma que han publicado obras exclusivas sobre sus alcances. Es por esto que encontramos en la doctrina una gran diversidad de tesis y posturas acerca de la noción y la aplicación en las diferentes ramas del derecho de esta teoría.

A continuación citaremos algunos de los más reconocido autores en el tema:

¹² VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Parte General y Personas. Tomo I. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A. 1996. Pág. 163.

PLANIOL, RIPERT y BOULANGER: Las objeciones de PLANIOL sobre el tema significaron el máximo riesgo de fracaso de la teoría del abuso del derecho . Expuso este autor que la expresión misma “abuso del derecho” es contradictoria y presenta un falso problema. Y razonó así: *‘Es necesario no engañarse con las palabras: el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de cualquier derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a un mismo tiempo conforme y contrario al derecho’*.¹³

GINO GORLA: Si bien es cierto que todas las personas tiene el derecho de celebrar un contrato, este derecho no representa un poder ilimitado, pues existen ciertas reglas que se deben seguir para el ejercicio de este derecho. Una de estas reglas o principios es precisamente la de la función social y económica que los diferentes contratos deben cumplir para ser considerado lícito. El desconocimiento de este principio genera un abuso del derecho por parte de los contratantes. El tratadista Gorla dice:

...este requisito consistiría en la función social o económico-social que un determinado contrato (Lícito) debería cumplir para merecer la sanción jurídica; de no cumplirla, el contrato aun siendo lícito sería algo indiferente para el derecho. Según la indicada teoría, esta función económico-social del contrato sería la causa en sentido propio del mismo, o sea aquel que junto con la promesa o con el valor de la palabra dada justifica la sanción jurídica , la intervención del derecho: no una causa o justificación nacida del interés público en el reconocimiento de un determinado contrato por la función económico-social que tal contrato cumple.¹⁴

¹³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II, Paris, Editado por “Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.” 1957. núm. 428.

¹⁴ GORLA, Gino. El contrato. Tomo I, Barcelona. Casa Editorial Bosch y Cia. Traducción de José Ferrandias Vilella. 1959. Pág. 251.

ARTURO VALENCIA ZEA:

Una de las características más importantes y más fecundas de las nuevas orientaciones del derecho civil actual, consiste en haber sabido dar todo su sentido y valor a la tesis que prohíbe el abuso de los derechos. La humanización del derecho encontró en esta regla su más plena realización. No se puede abusar de los propios derechos, y el abstenerse de ejercerlos cuando ello signifique un perjuicio para la colectividad, o ejercerlos en un sentido contrario a su propio contenido y a los fines sociales del ordenamiento jurídico, constituye un abuso que debe ser sancionado. Así, las personas tienen libertad para contratar o abstenerse de hacerlo. Pero cuando alguno se niega a celebrar un contrato con determinado individuo, causándole así un perjuicio, compromete su responsabilidad. Ej.: Si la única empresa de transporte de una localidad se niega a trasladar a una persona por malquerencia u otro motivo, está abusando de su derecho.¹⁵

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL

En las jurisprudencias que estudiaremos a continuación, veremos como nuestros juristas se inclinan a pensar que para que no se incurra en responsabilidad por abuso del derecho, es menester que éste se ejerza de tal forma que sirva para el cumplimiento del fin social a que está destinado y sobre bases de estricta justicia. Por ello, se dice que no es suficiente que se haga uso de las facultades que se desprenden de los derechos que nos corresponden, sino que dicho uso debe hacerse sin perjuicio de los demás y con la intención de no causar daño.

¹⁵ VALENCIA ZEA, Op Cit, Pág. 164.

A partir de 1935, adquiere carta de ciudadanía en nuestra jurisprudencia la tesis que prohíbe abusar de los derechos. En sentencia del 6 de septiembre de 1935, dice la Corte Suprema:

El acto abusivo no encierra en sí culpa ni negligencia en el significado clásico de estos términos; lo único que implica es un impulso poco moral en el obrar del actuante, que se puede estimar como un derecho que quiere salirse de su orbita, o mejor, como un derecho aparente, puesto que es natural que no deba existir derecho en oposición a la moral social y sin causa legítima. Pero si el fin que persigue el actuante es sólo el de perjudicar a otro o dañar un interés, no ejercita el fin legítimo para el cual el derecho subjetivo existe. El derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales. Hay que aceptar que nadie puede tener una facultad emanada de la norma, del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social; y si alguno obrase de esta manera, tendría que considerarse su conducta como señaladamente abusiva, y, en consecuencia, en ese caso habría que admitir los principios en que descansa la teoría del abuso del derecho, no con base en el precepto legal copiado, sino en principios de equidad, porque sería absurdo jurídico autorizar el abuso y exceso en el ejercicio del derecho cuando no favorece al sujeto de él y perjudica a los demás o al fin social.¹⁶

En la transcripción anterior se destaca el pensamiento fijado por la Corte Suprema de Justicia en materia de abuso, de acuerdo con el sentido determinante de la doctrina actual.

Ya, a lo menos, esta sentencia marca un antecedente sobre abuso del derecho en los anales judiciales nuestros, la primera piedra en la construcción legislativa y jurisprudencial que se inicia en la República alrededor de la teoría.

Ahora bien, ¿que sucedería, si en dado caso no existiere disposición legal que explícitamente mencione el abuso del derecho.? A todo lo largo de nuestra legislación civil no encontramos texto alguno que se oponga a la aplicación del abuso en los casos en que, de acuerdo con la doctrina sentada por la misma Corte, tiene ocurrencia. Sin embargo, se encuentra una sabia norma que autoriza suficientemente la acogida de la teoría; es el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que dice: *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”*¹⁷. El caso del abuso del derecho encaja perfectamente en la citada regla, pues no existiendo texto expreso que lo consagre, su aplicación no puede apartarse cuando ninguna ley la prohíbe, sino que antes bien la norma citada, terminante y clara, la permite.

Cuando se hace uso de un derecho, ha de analizarse la intención del titular del derecho para precisar, de manera subjetiva, si el móvil determinante de aquél fue causar daño, en cuyo caso se habrá incurrido en un ejercicio abusivo del derecho. O, deberá apreciarse si el titular obró con interés serio y legítimo, esto es, buscando el fin económico y social a que normalmente están dirigidos los derechos; en caso contrario, se concluirá que actuó sin un interés importante y legítimo y si con ello

¹⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Septiembre 6 de 1935. En: Gaceta Judicial, Tomo XLIII, Pág. 602.

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 153 de 1887. “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.”

produce perjuicios a terceros, se estará en la hipótesis de un hecho ilícito generador de responsabilidad civil.

Por lo anterior, se entiende que es abusivo todo acto que, por sus móviles o por sus fines, es opuesto a su destinación y a la función del derecho que se ejerce.

La jurisprudencia ha precisado las modalidades del ejercicio de los derechos, indicando que *“pueden consistir en el disfrute de hecho de su contenido; en hacerlo valer frente a terceros; en disponer de él y en hacerlo efectivo judicialmente, siendo posible que, en cualquiera de estas modalidades, se obre abusivamente”*¹⁸.

La sentencia de la Sala de Casación, del 5 de agosto de 1937, enuncia así la teoría:

Del ejercicio abusivo de un derecho, esto es, en un sentido contrario a su destinación económica y social, se deriva una sanción por el daño causado, siempre que aparezca netamente caracterizada por una culpa en la ejecución, o un error abusivo en la técnica, o un contrasentido jurídico cualquiera, mediante los cuales, sin necesidad de que hayan violado la letra misma de la ley, esos actos se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu.¹⁹

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA:

¹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Agosto 5 de 1937. En: Gaceta Judicial, Tomo XLV, Pág. 420.

¹⁹ Ibíd.

Siendo la teoría del abuso del derecho concepción relativamente moderna, sólo los códigos civiles que han surgido en lo que va corrido de este siglo, han podido acogerla en uno u otro sentido.

Tales son; el Código Civil suizo elaborado en 1907, que empezó a regir el 1° de enero de 1912, y el Código Federal de las obligaciones de ese mismo país, de 30 de marzo de 1911; el Código Civil soviético de 1923; el Código de las Obligaciones del Líbano de 1932; el Código Civil Alemán de 1900; el Código Civil austriaco de 1911, reformado en 1916; el Código Civil de China. En cuanto a proyectos, existe el del Código Civil polaco y el elaborado por una comisión franco-italiana; el primero fue aprobado más tarde con algunas modificaciones substanciales en lo relacionado con el abuso.²⁰

Tan abundante legislación sobre abuso del derecho está indicando que la teoría se ha impuesto definitivamente en las naciones que van a la vanguardia en materias jurídicas.

Los Códigos mencionados, como se verá enseguida, se hallan dominados por distintas tendencias; más, en todo caso, ninguno de ellos deja de reconocer explícitamente la teoría.

El Código Civil suizo dice en su artículo 2°; *“Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”*²¹. Posiblemente es este texto legal el que más explícitamente consagra la tesis del abuso del derecho en forma más

²⁰ MARENCO ROMERO, Julio. El abuso del derecho. Santa Fe de Bogota. 1938. 260p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Universidad Nacional. Facultad de Derecho. Pág. 62.

²¹ *Ibíd.* Pág. 63

amplia respecto a las demás legislaciones, pues goza de la ventaja de no fijar criterios estrechos, o poco elásticos, para la determinación del abuso.

Igualmente, se limita a consagrar el reconocimiento de la teoría, dejando a la apreciación del juzgador el análisis del hecho o acto abusivo.

Esta amplitud de apreciación, se encuentra en lógica correspondencia con el sistema del arbitro judicial implantado en esa república para la interpretación de la ley. Por eso en Suiza se justificaba esa simple enunciación, mas no así en otros países donde todavía el juez se mueve dentro de rígidas orientaciones normativas cuando va a fallar; siendo, por lo tanto, conveniente en tales lugares establecer el criterio del abuso en términos legales precisos.²²

El **código civil soviético**, aunque no se encuentra vigente, nos sirve de ejemplo para saber como es tratado el abuso de los derechos en países con un régimen político socialista, como era el caso de la antigua Unión Soviética.

Declara el código en su primer artículo: *“Los derechos civiles están protegidos por la ley, salvo en el caso de que sean ejercidos en un sentido contrario a su destinación económica y social.”*²³

Vemos cómo se ha fijado un criterio exclusivo, el de la finalidad social de los derechos, incurriendo en el defecto de consagrar una formula incompleta, pues el juez no tendrá por qué considerar el otro aspecto del acto abusivo: los móviles determinantes del sujeto del derecho, o parte subjetiva del sujeto accionante.

Una de las críticas que se le puede hacer al texto legal ruso es que el fin social del derecho en un medio político como el que predominó durante tanto tiempo en esta

²² *Ibíd.*, Pág. 68.

²³ *Ibíd.*, Pág. 69.

nación, se presta a la interpretación apasionada y sectaria de él, por el hecho de la pretendida indeterminación de esa finalidad social. *“Y es precisamente esa calidad de acomodación a cada época, la que elimina totalmente las injusticias de cualquier orden que la aplicación de tal criterio pueda suscitar, pues al mismo tiempo que pliega el derecho a los instantes y al ambiente social que se vive, lo hace permanecer con un contenido intangible e inmutable en el fondo, mantenido por la tradición jurídica, regulando sin peligros el equilibrio jurídico.”*²⁴

El **Código Civil Alemán**, obedece a una tendencia distinta a la dominante en el suizo y el soviético; se resiente bastante del primitivo criterio en materia de abuso, la intención de perjudicar.

Dice su artículo 226: *“El ejercicio de un derecho no está permitido cuando no puede tener otro fin que causar perjuicio a otro”*²⁵.

El Código Civil de Austria, otro de los de este grupo, renovado en gran parte mediante reforma de marzo de 1916, obliga a la indemnización a aquel que ejerce su derecho con menosprecio de las buenas costumbres y con la intención evidente de perjudicar a otro (Art. 222).²⁶ En sentido similar a los dos anteriores, se determina el **Código Civil de China**, cuando en su artículo 148 sostiene que *“el ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro”*²⁷.

Se observa, en consecuencia, que estas legislaciones están influenciadas por el criterio intencional; criterio, a su turno, dirigido por la idea clásica del dolo civil, hasta el extremo de poder llegarse a considerar que más que un criterio sobre abuso se ha consagrado uno acerca de aquella noción, estableciéndose una

²⁴ MARENCO ROMERO, Julio. Op Cit, Pág. 69

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid..

concepción que no puede satisfacer a los que, como nosotros, son partidarios de un pensamiento distinto, separado del tradicional sobre intención dolosa en derecho civil. Sin embargo, la consagración del criterio intencional en tales códigos, repetimos, es futuro del concepto original sobre abuso.

El código austriaco, a diferencia del alemán, establece otra consideración en el mismo artículo, fuera de la intención nociva, al hacer mención del menosprecio de las buenas costumbres. No parece que sea tal circunstancia elemento determinante en la apreciación del abuso de los derechos definidos, sino que como lo entiende Josserand respecto del artículo 826 del código germano, es una represión de los abusos inherentes a la realización de la libertad en sí misma.²⁸

Según nuestro criterio, las anteriores consagraciones legislativa son las más exacta sobre abuso del derecho que se podrían encontrar entre las principales legislaciones extranjeras. En ella se encuentran nítidamente precisados los elementos que sustentan la teoría del abuso, y que formulamos del siguiente modo: **1º. Ejercicio de un derecho. 2º Perjuicio ocasionado a un tercero por ese ejercicio. 3º. Determinación del perjuicio, y por consiguiente del acto abusivo, por la carencia de buena fe y por la desviación de la finalidad del derecho ejercitado.**

En lo que se refiere a Francia, es posible afirmar que no existe en su legislación positiva traducción explícita de la teoría del abuso del derecho. Si bien en algunas leyes se ha hecho aplicación directa de esta doctrina, en los textos fundamentales de su código civil, no se encuentra, como en las legislaciones mencionadas, consagración explícita de ella. Si la teoría tuvo su origen en ese admirable país, no se ha debido tal

²⁸ MARENCO ROMERO, Julio. El abuso del derecho. Santa Fe de Bogota. 1938. 260p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Universidad Nacional. Facultad de Derecho. Pág. 69

fenómeno a la labor decisiva del legislador, sino a la maravillosa adaptación que la doctrina y la jurisprudencia han hecho de las constantes renovaciones de la ciencia del derecho. Una nutrida jurisprudencia fue acomodando los textos legales a las novísimas interpretaciones surgidas de la inquietud despertada por la teoría del abuso.²⁹

Existe en derecho francés el artículo 1382, citado anteriormente, y que a la letra dice: ***“Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un perjuicio, obliga a aquel por la falta que ha cometido, a repararlo”***.

Como se observa, aquí no se expresa la teoría del abuso ni expresa ni implícitamente; pero de este texto han derivado los tribunales copiosas decisiones en materia de abuso; por su generalidad, esta disposición domina gran parte de los fallos judiciales que se han basado en el abuso del derecho.

En España, cuyo código civil está principalmente basado en el napoleónico, no se ha notado ninguna acogida a la teoría del abuso; y por parte de la jurisprudencia ha habido bastante resistencia en aceptarla.

II.II. COLOMBIANA:

El Art. 1603 del Código Civil dice que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe”*, de esta forma el legislador le da a los jueces la herramienta para hacer reparar todo perjuicio proveniente de hechos ejecutados con intención de perjudicar, o con la mira puesta en motivos ilegítimos, es decir, con desviación de la finalidad social del respectivo derecho. Es así, pues, como nuestra legislación civil pone de manifiesto su contraposición al abuso de los derechos.

²⁹ *Ibíd.*, Pág. 54

El Art.830 del Código de Comercio dispone que *“él que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*. Esta norma consagra, en forma expresa, la noción de abuso del derecho, la cual tiene un origen eminentemente civilista, pero con la diferencia que el Código Civil no la plasmó entre sus disposiciones, habiendo sido de creación doctrinaria y jurisprudencial.

Sobre el particular ha de señalarse que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia delinearón el perfil del abuso del derecho en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, según el cual, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Acertadamente advierte JOSSERAND que, al lado del derecho escrito, *“vive y se desenvuelve todo un mundo de principios, de direcciones o estándares, que HAURIOU distingue muy justamente como “principios constitucionales del comercio jurídico” y como una especie de “superlegalidad”*.³⁰

En el Código Civil existe el artículo 1002, según el cual, *“cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo, pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que puede compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo”*³¹. Se ha creído ver en esta disposición una consagración de la teoría del abuso.

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL

³⁰ JOSSERAND, Louis. El espíritu de los derechos y su relatividad. Teoría del abuso del derecho. 2° Edición. Paris (Francia). Editoriales Jurídicas Europa - América. Bosch y Cia. Buenos Aires. 1957, Pág. 2.

³¹ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. En: Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 402

En el plano contractual es de frecuente aplicación la teoría del abuso del derecho. En los contratos de prestación de servicios, es particularmente acogido optar en favor de una indemnización por abuso en el ejercicio de las obligaciones procedentes de ellos. En estos contratos la anulación o revocación, unilateral del patrono, origina indemnización cuando se comprueba que ha habido en la decisión de éste para terminar el contrato, carencia de motivos justificados, malicia o temeridad; igual solución se acoge con respecto del obrero si existen las mismas circunstancias creadoras del acto abusivo. artículo 1974 y 2063 del Código Civil.

Nada impide en el derecho colombiano que el juez al examinar y estudiar estas mismas situaciones contractuales, encuentre suficiente base, para declarar abusivos los hechos ocasionados en la ejecución y cumplimiento de esos contratos. Cuando el Art.1603 del Código Civil dice que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe”*, suministra precioso fundamento al juzgador para hacer reparar todo perjuicio proveniente de hechos ejecutados con intención de perjudicar, o con mira puesta en motivos ilegítimos, es decir, con desviación de la finalidad social del respectivo derecho.

Otros reconocidos casos, como ejemplos de la teoría del abuso son:

1. El embargo en exceso de bienes del deudor.
2. Las denuncias criminales temerarias.
3. El embargo y secuestro de bienes, que se sabe, no pertenecen al deudor ejecutado.
4. El abuso al derecho de litigar.

Todos estos, guardan en común el aspecto subjetivo del agente en cuanto a la realización de la conducta, excediéndose en la facultad que le es otorgada por la ley para la protección de sus derechos, y van mas allá, abusando de su derecho en el ejercicio del mismo.

Igualmente, encontramos en la legislación nacional otros casos de abuso de derecho, como en el Mandato Civil, en cuanto a las revocaciones abusivas. Tal es el caso del artículo 2191 del Código Civil, según el cual “*El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación expresa o tácita, produce su efecto desde el día que el mandatario ha tenido conocimiento de ella*”. Este artículo debe tomarse con concordancia del artículo 2199 del mismo Código, ya que cuando el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante, por tanto el mandante no podrá abusar del derecho de terminar el mandato, sin reconocer la validez de los actos ejecutados por el mandatario en el lapso señalado en el artículo 2199.³²

Este mismo caso se aplica en materia comercial, en cuanto el artículo 1282 del Código de Comercio, establece una remisión expresa al artículo 2199 del Código Civil y la aplicación vendría siendo la misma.

Artículo 1282 del Código de Comercio: “*La revocación producirá efectos a partir del momento en que el mandatario tenga conocimiento de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2199 del Código Civil.*”³³

En materia comercial, el mandato, también es constituyente de abuso del derecho, como se ve plasmado en el artículo 1280, que dice: “*En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause*”³⁴.

³² COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Págs. 969 y 971.

³³ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993.Pág. 583.

³⁴ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Op Cit. Pág. 583.

Este artículo nos muestra cómo la teoría del abuso del derecho protege al mandatario en caso que el mandante, sin razón alguna y abusando de su derecho, de por terminado el contrato, también nos muestra cómo la legislación comercial contempla este principio en el desarrollo, ejecución y terminación de los contratos.

Además, este artículo mantiene vigente la máxima que nos indica que quien cause un daño, abusando de su derecho, debe repararlo.

CAPITULO II

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

I. CONCEPTO.

A menudo se identifican el derecho privado y la autonomía de la voluntad, queriendo significar la equivalencia inequívoca de los dos conceptos y sus innegables características comunes.

Ello fue válido para otras épocas de la historia de la humanidad, precisamente en el siglo XVIII, cuando se edificó todo un culto alrededor de la voluntad, cuando el deber primordial del Estado era precisamente la protección de la expresión de la voluntad individual y en el ejercicio de sus poderes tenía que mirar a esa finalidad, el bien estaba confundido con las garantías que pudiesen rodear la expresión de la voluntad de los individuos y las constituciones, las leyes de la época se centraban en marcar la protección del individuo y de su actividad negocial, donde aparecía como un postulado imperativo la autonomía de la voluntad, alrededor del cual se constituyeron y edificaron las expresiones más significativas del derecho obligacional.³⁵

Un concepto más preciso de lo que es la teoría de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos lo vemos en la expresión de la voluntad interna del sujeto contrayente de obligaciones en los contratos; esta es una de las formas en las que podríamos afirmar que al momento de la celebración de un negocio jurídico nos tenemos que aferrar, en lo posible, a la voluntad de las partes contratantes.

³⁵ MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E. Principios de Derecho Comercial. Octava Edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 2000. Págs. 41

De lo anterior es que nuestro ordenamiento se ha basado para asegurar que el contrato es ley para las partes contrayentes, pero es importante señalar que esta voluntad interna de cada sujeto constituirá una voluntad real solo en la medida en que haya sido declarada o exteriorizada mediante algún signo y además que cumpla con ciertas limitaciones. Se debe señalar con exactitud el alcance de las limitaciones que se le imponen a la autonomía de la voluntad para que esta sea totalmente válida y no sea contraria al orden jurídico.

“Con el reconocimiento de la propiedad privada se ensalza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de autonomía de los particulares). La entusiasta actividad liberadora de los ilustrados hombres de esta época, se fundamenta en la autonomía de la voluntad. El derecho estatal, debe limitarse a la voluntad individual o complementarla o suplirla, conforme se presuma querido por esa voluntad”³⁶.

I.I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

Buscar un nuevo enfoque de la autonomía de la voluntad supone, necesariamente, adecuar toda la estructura sobre la cual se edifica la teoría de las obligaciones; la noción misma del negocio jurídico ya no podrá encuadrarse en las definiciones clásicas de corte voluntarista, como una declaración de voluntad. Los limitantes de la autonomía deben adecuarse a la realidad. Son varias las propuestas doctrinales sobre el camino a seguir.

Indudablemente, para la ley mercantil, la autonomía de la voluntad encuentra su expresión en la doctrina general de las obligaciones y los contratos civiles, y los límites que tiene son precisamente los que señala el artículo 16 del Código Civil, como el orden público y las buenas costumbres.

³⁶ MESSINEO, Francesco. Teoría General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires. Editoriales Jurídicas Europa - América. Bosch y Cia. 1952. Pág 15

Para **Madriñán de la Torre**, *“Se trata de ampliar el marco de las limitaciones a la autonomía de la voluntad; abandonar los criterios con los cuales se quiso en un principio interpretar el contenido de los conceptos de “Orden Público”, y de “buenas costumbres”, para una adecuación con la realidad y el momento que se vive”*³⁷.

Los conceptos de autonomía de voluntad y de negocio jurídico están unidos en la medida en que todo negocio jurídico implica una declaración de voluntad libre y autónoma, por lo tanto, se involucran uno con otro.

La interpretación que se le debe dar al negocio jurídico, como manifestación de la voluntad, contiene variadas consecuencias dependiendo del punto de vista que se analice; uno de ellos es el de la voluntad interna o voluntad subjetiva, y el otro el de la voluntad creadora u objetiva.

Esta teoría es desarrollada por, Arturo Valencia Zea³⁸. En su obra Derecho Civil Parte General y Personas, el doctrinante hace un minucioso análisis de estos dos puntos de vista:

En el caso del método subjetivo, Valencia, plantea ciertas doctrinas y postulados que para efectos pedagógicos los podemos resumir así:

- La voluntad individual es libre en la celebración de todo negocio jurídico.
- En cada negocio debe determinarse con sumo cuidado el sentido de la voluntad interna de cada contratante.

³⁷ MADRIÑAN DE LA TORRE, Op Cit, Pág. 42

³⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Parte General y Personas. Tomo I. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1996. Págs. 477 a la 482

- Los efectos del negocio jurídico no pueden ser otros sino los previstos en forma expresa o tácita por la voluntad interna de cada contratante.
- La interpretación del negocio jurídico solo puede hacerse en consideración a la voluntad interna de las partes.

En relación con el método objetivo, el autor plantea que en el negocio jurídico se debe distinguir entre el sentido particular que cada negociante da al acuerdo celebrado y el sentido que normalmente puede deducirse en el comercio de una determinada declaración de voluntad.

En el negocio jurídico no se preguntará qué pensaron realmente los contratantes que lo celebraron, qué efectos quisieron dar al negocio, sino qué sentido suelen dar los contrayentes a tales declaraciones de voluntad, y qué efectos normalmente se les hace producir.

Valencia Zea no es el único tratadista que ha dado su opinión con respecto a este método de interpretación, pues, este fue propuesto por algunos juristas alemanes, y en sus comienzos constituyó una severa crítica al método de la voluntad entendida en un sentido subjetivo. Parece que fue **Roeber** quien, en 1874, formuló la idea esencial del dicho método, con las siguientes palabras: “*La declaración emitida por una persona capaz, produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha querido o no realmente*”³⁹.

Para quienes apoyan este sistema la seguridad de las relaciones jurídicas exige el reconocimiento de la declaración, que es admitida como una declaración de voluntad por la costumbre, ya que si la voluntad legislativa generara efectos para la voluntad

³⁹ DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el derecho Civil Paraguayo y Argentino. Buenos Aires (Argentina). 1945-1946. Pág. 244

interna se estaría en contra de la buena fe, ya que la contraparte en un negocio bilateral solo puede responder teniendo en cuenta la voluntad exteriorizada.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Sentencia de Casación 20 de Abril de 1940.

La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes ya por motivo de interés social y aún de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas como con que el legislador protege a obreros y empleados; las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave (C.C. Art. 1291, 1601, 1646 y 2231). Estas situaciones, en su caso y en los análogos no puede descuidarlas o abstenerse de considerarlas el juzgador.⁴⁰

Sentencia del 25 de Marzo de 1941.

Los artículos. 15, 16 y 1602 del C. C. consagran el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden político. Bajo nuestro régimen jurídico reglamenta la ley ciertos tipos de contrato, lo cual no impide a la iniciativa individual celebrar convenciones distintas que satisfagan necesidades no catalogadas por el legislador.

En tesis general pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contratos, cuando el que se celebró no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija una interpretación diferente debido a su fin, específicamente articulado en la convención misma. En el cuerpo de una misma convención puede haber la combinación de diferentes tipos de contratos o prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos. Tal combinación puede ofrecer estas tres formas: 1. Unión de contratos, que puede ser simplemente externa, con dependencia unilateral o bilateral, o alternativa; 2. contratos mixtos, que pueden ser generales, mixtos en estricto sentido o de doble tipo, y 3. contratos típicos con prestaciones de otra especie, que se caracterizan a veces sea que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Esta prestación de otra especie, subordinada en apariencia al fin principal de la convención, pero contentiva en el fondo de otro pacto bien puede en ocasiones tener tanta trascendencia para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, o repugnar en forma tan manifiesta a la índole y naturaleza del contrato específico declarado, que tal cláusula o prestación por sí sola da la clave de la intención y del móvil auténtico de las partes, muy distinto en ocasiones del aparente que fluye de las otras cláusulas del pacto típico celebrado. En esos casos se impone al juzgador interpretar debidamente tal intención y el móvil contenido en la cláusula extraña o exótica de la convención, ya que de esa manera se puede alcanzar a precisar y a conocer la verdadera causa o motivo que indujo a la celebración del contrato. Por ese proceso de hermenéutica científica acorde con la misión que la ciencia de las pruebas asigna al fallador, se llega al conocimiento judicial de la voluntad de las partes y de la auténtica naturaleza y alcance de Las prestaciones que resultan de la convención.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de Abril de 1940. En: Gaceta Judicial, Tomo IXL. núm. 247.

Dentro de nuestro régimen contractual las partes conservan la libertad que les reconoce la ley civil para reglamentar sus pactos; en desarrollo de ese principio se puede en ocasiones ejercitar el compromiso de retracto de una compraventa mediante el pago de una cantidad inferior al precio previamente pagado, sin que por esta sola circunstancia pueda deducirse algo contrario a la esencia de la compraventa.⁴¹.

Sentencia del 23 de Agosto de 1945.

Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales. En esta forma la ley concede la facultad para que los contratantes estipulen libremente y solo a falta de esto entran en juego las normas del C. C. para suplir, por decirlo así, la voluntad de los que intervienen en esta clase de convenciones. En el caso que las estipulaciones contractuales sean ambiguas, poco claras o diferentes, la ley da normas para definir las dudas y para desatar las situaciones conflictivas que se presenten por esa causa.⁴²

Sentencia del 31 de Octubre de 1951.

Constituido un acto mediante un acuerdo de voluntades, no cabe la posibilidad de deshacerse sino en la misma forma, a través del concurso

⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 25 de Marzo de 1941. En: Gaceta Judicial. Tomo L. núm. 824

⁴² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia. del 23 de Agosto de 1945. En: Gaceta Judicial. Tomo LIX, núm. 1097.

—espontáneo o forzada— de quienes comparecieron a su perfeccionamiento. O habría que aceptar que la declaración de ineficacia e invalidez que en tales condiciones se hiciera, es susceptible de afectar la posición jurídica de quien no ha sido oído ni vencido en juicio, con violación flagrante de la garantía consignada en el artículo. 26 de la Constitución Nacional.⁴³

Sentencia C – 367 de 1995

Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce - aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como de orden público.

Hay, pues, en materia contractual dos ámbitos bien diferenciados, respecto de cada uno de los cuales la función del legislador varía sustancialmente: el que corresponde regular al Estado mediante preceptos de obligatorio e ineludible cumplimiento, en el cual no cabe la libre decisión ni el convenio entre las partes, aunque estén de acuerdo, por cuanto no es el suyo el único interés comprometido o en juego sano que está de por medio el interés público, o en razón de la necesidad de proteger a uno de los contratantes que el ordenamiento jurídico presume más débil que el otro; y el que, por repercutir tan sólo en el interés de los contratantes sin afectar el de la colectividad siendo claro el equilibrio entre ellos, corresponde a su libertad y dominio, como dueños de las

⁴³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de Octubre de 1951. En: Gaceta Judicial. Tomo LXX, núm. 494.

decisiones que estimen más adecuadas y oportunas en busca de sus respectivas conveniencias.

Además, es tarea del legislador la de proveer la norma aplicable cuando se da el silencio de los contratantes, disponiendo así, en subsidio de la voluntad de éstos, las consecuencias de ciertas situaciones jurídicas.⁴⁴

Podemos concluir de la anterior jurisprudencia, que la voluntad individual o voluntad del negocio jurídico no es la única fuente de derechos y obligaciones en materia contractual. Ningún ordenamiento jurídico deja a los particulares la disposición absoluta y total de sus bienes; al lado de la voluntad estará la ley, los asuntos de orden público, el orden moral y las buenas costumbres, creando obligaciones y colaborando en la administración y disposición de los bienes de los particulares.

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY Y EN LA CONSTITUCIÓN.

II.I. EXTRANJERA.

En el Código civil francés (artículo 6°. *“Un ne peut de’roger par des conventions particulières aux bis qui interessent l’ordre public et les bonnes moeurs”*), se establecen los dos grandes derroteros de la autonomía de la voluntad: el orden público y las buenas costumbres. *“Es la consagración de la única limitación que para la doctrina individualista debía establecerse al poder creador de la voluntad y al mismo tiempo la forma más sencilla de hacerlo”*⁴⁵.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández. En: Gaceta Constitucional, Tomo IX, Santa fe de Bogotá, 1995.

⁴⁵MADRIÑAN DE LA TORRE, Op Cit, Pág.126

Según el artículo 1133 del Código Civil Francés es nulo absolutamente el contrato que tenga una causa ilícita, y lo es aquella prohibida por la ley o contraria al orden público y a las buenas costumbres.

Al momento de expedirse el código francés, al Estado se le asignaba como función, únicamente una de carácter político y no una función de carácter económico; era también natural que la noción de orden público tuviese señalada solamente una característica de tal naturaleza, de orden público político y no económico. Por ello, se acentuaban las normas previsoras de la organización del Estado, y de la familia casi que exclusivamente. Este principio de interpretación comienza muy pronto a ser revaluado por la doctrina y la jurisprudencia francesa.

El **Código italiano** no abandona las fronteras del orden público y las buenas costumbres, para buscar el marco que debe imperar en un estado de normas, el límite que establezca la ley.

Artículo 1168 C.C. Italiano: *“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”*⁴⁶.

II.II. COLOMBIANA.

Los artículos 6 inciso. 2º, 15, 16 y 1602 del Código Civil Colombiano, consagra el principio de la autonomía de la voluntad.

⁴⁶ Ibid. Pág. 128

Art. 6 : La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa.

Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que estipulan en los contratos.

En el Inciso 2° de este artículo se presenta una de las limitantes a la autonomía de la voluntad y una consecuencia al cumplimiento o incumplimiento de dicha limitante. Esta limitante no es otra que la ley o norma jurídica positiva.

La ley interviene no para reemplazar la autonomía de la voluntad, sino para corregir las graves anomalías que el manejo deliberado de ésta puede traer.

Art.15: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

En este artículo, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por el interés colectivo y por la ley pues, si bien es cierto que la norma nos autoriza para renunciar a nuestros derechos, también prohíbe que dicha renuncia se haga cuando exista la posibilidad de perjudicar a un tercero o cuando la misma ley lo prohíba.

Existe también una limitante en el Art. 16 del C.C, el cual consagra que: *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”*

En primer lugar vemos como al lado de la autonomía de la voluntad están intereses superiores los cuales no pueden ser vulnerados por dicha autonomía, tales son: el

orden público y las buenas costumbres, los que en ningún caso pueden ser derogados por un negocio jurídico. De esta manera se establece que frente a estos intereses no podríamos hablar de una voluntad autónoma sino de una voluntad supeditada a dichos intereses superiores que reúnen a la colectividad.

Art. 1602: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Vemos como el Código Civil reconoce a toda persona la libertad para celebrar toda clase de negocios jurídicos, dando además un estatus especial a las obligaciones y derechos derivados del negocio. Esta voluntad individual libre y autónoma hace posible el desarrollo y evolución de la iniciativa particular y de la libertad de empresa.

En este artículo se le da un carácter de fuente creadora de obligaciones a la autonomía de la voluntad y la equipara a la ley con relación a las partes contratantes, es decir, que en materia de contratos, el artículo 1602 del Código Civil le otorga a las partes la facultad de crear un marco en el cual el contrato se va desarrollar con todos sus efectos y a regir su materia del contrato y su cumplimiento.

Luego del análisis de los artículos mencionados, se puede establecer que:

- a) Toda persona es libre de contratar o no contratar, es decir, de celebrar acuerdo de voluntad con otra persona. Nadie está obligado a lo uno o a lo otro. Se conoce el principio de la libertad de contratación que es una expresión de la autonomía de la voluntad.

b) Se considera el negocio jurídico como un acuerdo de voluntades, manifestación de la autonomía privada. Al negocio jurídico se le considera únicamente como un hecho jurídico, dejando aparte su aspecto normativo.

c) Con su actividad negocial, los individuos buscan unos determinados efectos jurídicos, dirigidos a regular sus propios intereses.

d) Una vez que los individuos deciden contratar, pueden crear los efectos que les parezca, con plena libertad, teniendo como únicas restricciones las del orden público y las buenas costumbres.

e) Solamente las partes son aptas para determinarse para buscar los efectos de su actuación negocial. Si el Juez interviene debe limitarse a indagar la intención de los contratantes, pero de ninguna manera puede proceder a determinar los efectos del negocio jurídico cumplido.

f) Debe estarse más a la intención de los contratantes que al tenor literal de las palabras utilizadas.

g) Si hay conflicto de legislaciones en el campo del derecho internacional privado, las partes pueden escoger a cual de ellas se someten.

h) La autonomía de la voluntad es un poder originario y soberano de los individuos y dentro de sí misma estriba la razón de la validez del negocio Jurídico.

i) La voluntad privada crea derecho por sí misma; es fuente de derecho por su propia fuerza y en consecuencia el contrato es una ley para los contratantes.

Otros artículos de nuestro Código Civil, como son el **1518** **parágrafo 3º**, **1603** y **1524**, establecen que los convenios de los particulares, o el objeto de un contrato o su causa, no deben lesionar o herir el orden público o las buenas costumbres.

En consecuencia, los límites que el orden jurídico impone a las voluntades individuales en el gobierno de sus derechos, están representados por las dos nociones citadas, el orden público y las buenas costumbres.

Art. 1518. Parágrafo 3º: *“ Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.*

Este artículo nos señala claramente una limitante a la realización de los negocios jurídicos o convenios lesivos de las buenas costumbre y los negocios imposibles físicamente.

Una consecuencia de la celebración de estos negocios, es la conversión en ilícito del negocio, por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1524: *“ No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla, la pura libertad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene causa ilícita”.*

En este artículo se aplican los mismos presupuestos del análisis anterior en cuanto a la violación de las buenas costumbres como limitantes de la autonomía de la voluntad y así mismo el orden público.

En materia comercial, una vez expedido el Código de Comercio, se ignoró por completo el asunto de la autonomía contractual, prefirió el legislador no hacer alusión al tema.

Se limitó nuestro Código de Comercio a efectuar una alusión a la libertad de forma **Art. 824:** *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formara mientras no se llene tal solemnidad”*. Y en **artículo 822** se estableció una remisión directa al Código Civil sobre los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse. En otras palabras tales principios hacen parte del Código de Comercio a no ser que la ley establezca otra cosa.

Art. 822 Código de Comercio: *“ Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa...”*”.

Por tanto, en materia de autonomía de la voluntad, tenemos el mismo principio del Código Civil, la misma escuela y los mismos limitantes de este código: el orden público y las buenas costumbres de que trata el **artículo 16** del Código Civil Colombiano

Igualmente, el negocio jurídico presenta barreras legales que hacen ineficaces las disposiciones, así parece que lo quiso orientar el **artículo 897** del Código de Comercio (*“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos , se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*); cuando estableció la ineficacia, para cuando expresamente la ley lo advierta. Sería

una carga para el legislador señalar que interés regula en un momento dado, para ello equivaldría a una estabilidad para el negocio jurídico y una certeza para que los particulares pudiesen ejercitar su autonomía privada sin el riesgo de la interpretación.

Este es el panorama en el derecho mercantil positivo colombiano, se despreció el tema, no obstante que muchos códigos anteriores y la doctrina venía evolucionando sobre el particular, dejando la solución a los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos de derecho civil, es decir, colocando nuestra piedra angular del derecho privado en manos de los legisladores del código napoleónico, con una concepción y en una escuela política y filosófica muy diferente a la que impera en el mundo actual.

Sería conveniente que se aprovechara el momento de futuras emiendas a nuestra legislación mercantil, para establecer de una manera clara y perentoria el límite que tienen los particulares para su iniciativa privada, suprimiendo los conceptos de orden público y buena costumbre, por el campo que claramente determine la ley. Solamente, el imperio de la ley como garantía ciudadana, puede mantener una iniciativa privada imaginante y creativa, tal como debe ocurrir en los sistemas que precisen de un tráfico económico especulativo y de generación de riqueza⁴⁷.

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

III.I. CIVIL.

- Según el artículo 1775 del Código Civil, los Cónyuges, manifiestan su autonomía de la voluntad en la medida en que cuentan con la opción de renunciar a los gananciales en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, siempre y

cuando, -(encontramos una limitante a esta autonomía)-, dicha renuncia no vaya en contra de los intereses de terceros.

Tal es el caso, si uno de los Cónyuges renuncia a sus gananciales con el fin de insolventarse y no realizar el pago de sus acreencias. Es aquí donde vemos claramente que la autonomía de la voluntad no puede ser ejercida de manera arbitraria, si no que debe cumplir con ciertas limitaciones dadas por la ley.

- Otro ejemplo de la autonomía de la voluntad y que se aplica igualmente a todos los contratos, es la facultad que tienen las partes, una vez verificado un contrato de compraventa de bienes raíces, de invalidarlo por común acuerdo; esta facultad nos pone de presente que los acuerdos contractuales pueden ser disueltos tal y como fueron creados, de común acuerdo.
- Tal es el poder que tiene la voluntad de las partes en la celebración de un contrato que en ocasiones podría uno de los contratantes establecer una situación jurídica que le sea perjudicial sin que esto implique la invalidez del contrato, es el caso de la adquisición de un bien sujeto a una condición resolutoria expresa, por voluntad libre de las partes, que establece en contra de una de ella una situación que destruya su derecho con el advenimiento de un hecho o circunstancia previstas como una condición.

III.II. COMERCIAL.

- Un caso que podemos describir para este punto, es en cuanto a las limitantes de la autonomía de la voluntad por parte de la ley, como es el caso de la celebración de negocios jurídicos con objeto ilícito, una de las tantas y ya señaladas limitantes a la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos.
- Toda obligación implica una limitación de la libertad; sin embargo, ésta no debe llegar al extremo de convertir al deudor en un esclavo de su acreedor ni de coartar

⁴⁷ MADRIÑAN DE LA TORRE, Op Cit, Pág. 62

la libertad de actuar en beneficio de otra persona. Es este el caso de los negocios que limitan excesivamente la libertad industrial y la del comercio; por ejemplo, - la obligación sin límites en el tiempo en la fijación de determinado precio, los contratos de suministro de mercancías excesivamente gravosos, etc.

- En el contrato de agencia comercial, cuando el agente y el agenciado se ponen de acuerdo en las limitaciones que va a tener el agente en cuanto a la distribución y el cubrimiento del producto en una zona determinada. En este momento, la autonomía de la voluntad permite que una de las partes se cargue en su contra de limitaciones derivadas del contrato, en virtud de la libre y autónoma voluntad de cada sujeto.

CAPÍTULO III PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

I. CONCEPTO.

Este principio se conoce sobre todo como un propósito, una intención: proceder honestamente de acuerdo a la ley y a la conciencia moral y, desde otro punto de vista, un estado: la creencia razonable sobre la legitimidad de una cosa o hecho.

Pero no solo la buena fe es meramente la conciencia de estar obrando conforme a derecho, al menos a derecho en un sentido formal, ni tampoco un fenómeno simplemente psicológico, se debe ir más allá para exigir en función de ella, al menos en los contratos conmutativos, un elemento objetivo, constituido por un cierto equilibrio en las prestaciones recíprocas que, aún admitiendo algunas legítimas ventajas comerciales, no cree situaciones que tradicionalmente se han calificado como “leoninas” para alguna o algunas de las partes.

Por buena fe podríamos entender que cada cual debe actuar en sus negocios y ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, lealtad y sinceridad, características que imperan en una sociedad honesta y razonable.

II. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

Existen diferentes autores que han desarrollado este principio, demostrando nuevas facetas de los mismos y nuevos aportes a la ciencia jurídica, claro está sin desconocer los clásicos doctrinantes, como lo observamos en los siguientes autores:

Carlos Lasarte:⁴⁸

En su libro de Principios del Derecho Civil, nos presenta un estudio jurídico de la buena fe, sus reformas y marco legal, así como una conclusión en cuanto al concepto de la buena fe.

Veamos:

La buena fe, es un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, resulta prácticamente imposible describirla en términos positivos, pese a que el recurso a la misma sea una constante de los textos jurídicos desde los tiempos romanos (*bona fides*) y un principio ético desarrollado durante la etapa de los canonistas, con particular insistencia. Nuestro Código, al igual que sus homólogos, contiene desde su publicación bastantes referencias a la buena fe como actitud subjetiva de una persona que merece diferente trato al sujeto de derecho que actúa de mala fe y, de otro lado, una referencia a la buena fe en sentido objetivo en materia de integración del contrato (artículo 1.258), que ha sido el dato normativo de mayor trascendencia en la materia hasta la reforma del título preliminar. Naturalmente, con independencia de tales referencias normativas, la buena fe ha sido siempre considerada por doctrina y jurisprudencia como un principio general de carácter expansivo.

Pues bien, con ocasión de la reforma operada en el Título preliminar del Código Civil por la Ley 3/1973, de 17 de mayo, y el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (texto articulado con fuerza de ley), la buena fe paso ha ser explícitamente contemplada en el artículo 7 del Código Civil. La exposición de motivos del citado Decreto expresaba bien claramente cuál era la intención del legislador al actuar de semejante modo: Junto a

⁴⁸ LASARTE ALVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo I. España. Editorial Triviun. 1993. Pág. 165.

la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe.

Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de ésta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico.

Así pues, la buena fe sigue siendo un principio Rector, pero es ahora un principio normativizado: buena fe en sentido objetivo y como pauta general de conducta en el ejercicio de los derechos. No obstante, su funcionalidad operativa sigue siendo una incógnita que no puede despejarse más que de forma casuística, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y acepta por lo común la doctrina, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado.

Arturo Valencia Zea:⁴⁹

La buena fe, se desdobra en dos aspectos: primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad.

En el primer caso se trata de una buena fe activa, y en el segundo, de una buena fe pasiva (confianza).

⁴⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Parte general y Personas. Tomo I. Santafé de Bogotá. Editorial Temis. 1996. Págs. 169, 170, 171.

Obrar de buena fe indica, que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, esto es, con un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres.

La buena fe se refiere a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de aquel obrar de las personas que actúan en sus negocios “con espíritu de justicia y equidad” o del proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor.

Buena fe es la confianza, seguridad y honorabilidad en la conclusión de nuestros actos y en el ejercicio de nuestros derechos.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Sentencia C-54 de 1999.

La buena fe no consiste simplemente, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de producir un perjuicio a otro. El concepto involucra también el actuar sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y , en general, en el actuar humano, desvirtúan el principio de la buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.⁵⁰

De la sentencia anterior, podemos concluir que el Derecho, ha protegido siempre al hombre de buena fe y condenado al de mala fe.

El Sistema Jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre recto, no a aquel que obrando con astucia, rapacidad o viveza, o trata de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, que repugnan a la moral del hombre que obra con decoro social.

Sentencia de Casación Civil. 14 de Diciembre de 1941.

La buena fe es un fenómeno Psíquico que se presume mientras no se aduzcan pruebas fehacientes que la desvirtúen.

El estado mental creado por la naturaleza humana, nos permite presumir que los actos del hombre son guiados por una conciencia recta, sin embargo existen excepciones que deben ser probadas para desvirtuar la rectitud de los actos. A este fenómeno psíquico es a lo que la jurisprudencia a denominado buena fe.⁵¹

Sentencia C- 153 de 1997.

Ya ha dicho la Corte, con arreglo al artículo 83 de la Carta Política, que quien afirme la mala fe de un organismo o servidor del Estado debe probarla pues la presunción que consagra el sistema jurídico es

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° . C-54 del 3 de Febrero de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. 6p. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 328 de Abril de 1999 Pág. 631

⁵¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 14 de Diciembre de 1941. En: Gaceta Judicial, Tomo LIIX. núm. 580.

cabalmente contraria. El postulado constitucional prohija unas relaciones de buena fe entre el Estado y los particulares; un clima de mutua confianza que exige presumir aquella en todas las actuaciones de unos y otros, siendo lo adecuado a la Constitución que las presunciones de mala fe se prescriban de los ordenamientos legales.⁵²

Casación 2 de Abril de 1941, 10 de Julio de 1853 y 22 de Marzo de 1956.⁵³

Estas tres sentencias, son consideradas de gran importancia en el desarrollo jurisprudencial de la buena fe, en cuento presenta aportes de ilustres autores a la materia y enriquecen grandemente el concepto de la buena fe.

Los extractos más importantes los veremos a continuación señalados de una forma integral en cuanto a que las tres sentencias desarrollan de forma similar el tema:

Decía POTHIER que la buena fe es “la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa.” Con más énfasis la define TROPLONG como “la creencia firme e intacta de que uno es propietario.” Y VOET en esta forma impecable: “Ilesa conciencia del que piensa que la cosa es suya.” (Casación del 17 de Febrero de 1937, Gaceta Judicial, Tomo XLIV, núm. 71). “Se entiende por buena fe, según COLIN Y CAPITANT, la creencia en la existencia del derecho de aquel a quien demanda el título de adquisición. Por lo tanto el poseedor es de buena fe cuando cree que su título le ha convertido en propietario del inmueble o en titular del derecho real que deseaba adquirir sobre

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N°. C-153 del 19 de Marzo 1997. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. 3p. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 326 de Junio de 1997 Pág. 799

⁵³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 2 de Abril de 1941. En: Gaceta Judicial, Tomo LI, núm. 172; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 10 de Julio de 1953. En: Gaceta Judicial, Tomo LXXV, núm. 546;

dicho inmueble”. Y JOSSERAND dice que “la posesión es de buena fe cuando el que la ejerce cree ser propietario, por ejemplo, cuando habiendo comprado un bien se piensa falsamente haber contratado con el propietario cuando se negociaba con un *non dominus*.”

La *bona fides* ha de considerarse como ya a tenido ocasión de exponerlo esta sal (Gaceta Judicial, Tomo 47, núm. 465) como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad en forma que la cuestión predominante cuando se trata de apreciar la buena fe ha de consistir en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y porqué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título.

La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto, en el Art. 769 del C.C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslativo de dominio, esto es, la prueba de una relación de Derecho de las que confiere ordinaria y derivativamente la propiedad de las cosas, sin las cuales es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión, no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, por que las ventajas muy apreciable que en materia de frutos concede la ley al

poseedor de buena fe, no tiene otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario.

Sentencia 16 de Diciembre de 1959.

La posesión de buena fe, encuentra por fundamento el error. Si el dueño ejerce en plano de libertad social, su derecho sobre el objeto que le pertenece no habrá cuestión sobre su estado posesorio: se contempla la paz jurídica en que el hecho económico es adecuada manifestación del dominio. Si quien ejecuta actos de dueño sabe muy bien que el objeto no le pertenece y sin embargo se da por tal, ningún error sufre su entendimiento, es apenas poseedor de mala fe. Mas si alguien tiene el convencimiento honesto e íntimo de ser dueño del objeto que disfruta y en realidad pertenece a otro, está equivocado ciertamente, pero su posesión es de buena fe. Tuvo la conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio (C.C. Art. 768).

El derecho no está fundado en el error pero sus normas no desconocen la falibilidad de la condición humana ni olvidan nunca proteger la honestidad en el vivir. Un justo hierro de hecho no se opone y antes bien explica la buena fe que el legislador presume para la progresiva cristalización de la cultura.⁵⁴

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA.

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16 Diciembre 1959. En: Gaceta Judicial, Tomo XCI, núm. 884.

Una definición o apreciación clara del concepto, la encontramos en el Código Civil Alemán el cual establece en su artículo 157, que los contratos deben ser interpretados como lo exigen la lealtad y la confianza recíproca, de acuerdo a los usos admitidos en los negocios.⁵⁵

Esta apreciación se aparta del criterio demasiado abstracto y objetivo de la buena fe para inclinarse hacia la lealtad y la confianza y lo hace porque entiende que en los contratos a la confianza de una de las partes le corresponde responder con la lealtad de la otra.

Además, el legislador alemán considera que la protección de la buena fe en los negocios jurídicos exige, en ciertos casos, el sacrificio de un derecho o situación a fin de convertir en realidad una simple apariencia. A este respecto se establece que los contratos deben ser interpretados y ejecutados como lo exigen la lealtad y la confianza recíprocas, de acuerdo con los usos sociales.

Por otra parte el Código Civil Suizo, en su artículo 2º, ordena que cada cual debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe; agrega, además, que el abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la buena fe.⁵⁶

En el Código Civil Peruano (1984), este principio lo encontramos en el libro VII, “*Las obligaciones y sus fuentes*”, y se suprime la controvertida teoría de la causa que ya había desaparecido en el Código de 1936. Las doctrinas de la buena fe, de la imprevisión o excesiva onerosidad de la prestación, la lesión contractual, el

⁵⁵ VALENCIA ZEA, Op Cit, Pág. 178

⁵⁶ *Ibíd.*

enriquecimiento sin causa, reciben un adecuado tratamiento en el Código Civil conforme a las orientaciones del Derecho actual.⁵⁷

II.II. COLOMBIANA.

En la Constitución Nacional de 1991, en su Art. 83, nos habla de las actuaciones de los particulares y de las autoridades, involucrando a estas dos calidades de personas que se desenvuelven en el desarrollo del derecho en nuestra sociedad, y les exige que deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que ellos desarrollen; por lo tanto, que actúen bajo una conciencia moral limpia, sin vicios y con conciencia recta, siendo esta la norma de normas.

Art. 83 CN. “ *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*”⁵⁸

El Código Civil Colombiano, en su Libro Segundo, Título VII, Capítulo I, “*De la Posesión y sus diferentes calidades*”, artículos 768 y 769, demuestra en su conjunto, esa conciencia moral y proceder honesto que se debe reflejar en los negocios jurídicos, como lo refleja la adquisición del dominio por medios legítimos, sin fraudes o vicios, es decir, de manera clara y legítima, de buena fe.

⁵⁷ PERU. CÓDIGO CIVIL. Decreto Legislativo 295 de 1971. En: Publicaciones Inca Ltda. Código Civil. Lima Perú. 1992. Libro VII.

⁵⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional N° 114 de Julio 7, 1991. En: Publicación de Legis Editores. S.A.. Constitución Política de Colombia. Comentada y Concordada. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 151.

Art. 768: “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.*”

Así, los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de Derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”⁵⁹.

Artículo 769: “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”⁶⁰.*

En cuanto al Art. 768 del Código Civil, comienza éste a dar una explicación de qué es la buena fe en lo que tiene que ver con la posesión: “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio*”.

Y, el inciso segundo, al referirse a los títulos traslaticios de dominio, precisa que en éstos “*la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato*”. Es decir, la buena fe se basa, en este caso, en el convencimiento de que, en la celebración del acto o contrato, la ley no se violó. Pues se viola la ley cuando se comete fraude, o cuando existen vicios en el contrato, ya afecten éstos el consentimiento de uno de los contratantes, o las formas propias del negocio jurídico.

⁵⁹ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. En: Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 336.

⁶⁰ *Ibíd.*, Pág. 338.

Lo dicho explica por qué el inciso final establece el error en materia de derecho, y más exactamente al invocarlo, como una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

¿En qué consiste la alegación del error de derecho? En general, en invocar la ignorancia de la ley como excusa para su incumplimiento. El error de derecho, en consecuencia, tiene una relación directa con una de las bases del orden jurídico, plasmada en el artículo 9o. del Código Civil: "*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa*". La vigencia del orden jurídico implica la exigencia de que nadie eluda el cumplimiento de la ley so pretexto de ignorarla. Con razón escribió G. del Vecchio: "*El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular en caso singular para cada ciudadano.*"⁶¹

El error de derecho recae sobre la existencia, contenido y alcance de las normas jurídicas. La ley puede, en ciertos casos, darle relevancia jurídica. En todo caso, sin embargo, salvo que la ley disponga lo contrario, ésta se aplica con prescindencia del conocimiento que sobre la misma tengan sus destinatarios.

En síntesis: "*Alegar el error de derecho, equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley.*"⁶² Y en el caso concreto de la presunción que prevé el artículo 768, es aceptar, que puede basarse en la afirmación de la ignorancia de la ley.

Podemos ver, igualmente otros dos artículos del Código Civil Colombiano en cuanto a la buena fe, que son:

⁶¹ DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. Tomo I. México. , Editorial UTEHA. 1946, Pág. 256.

⁶² LASARTE ALVARES, Carlos. Principios de Derecho Civil. España. Tomo 1. Capítulo 7. 1993. Pág.163.

Artículo 1324: *“El que de Buena fe hubiera ocupado la herencia, no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias sino en cuanto le hayan hecho más rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será todo el importe de las enajenaciones o deterioros.”*⁶³

De este artículo, se derivan acciones judiciales, las cuales suponen la existencia actual de un derecho y su desconocimiento o violación por una conducta ajena. La acción persigue que por sentencia judicial se condene al demandado a la cesación del desconocimiento del derecho o a que se repare el daño causado. Son en general, acciones de indemnización o de condena o de prestación.

Una de estas acciones son las patrimoniales, cuyo objeto es reparar cualquier lesión causada a los derechos patrimoniales. Entre ellas existen las acciones cuyo fin es la recuperación de la herencia ocupada por otro (Art. 1324) o acción de petición de herencia (C.C. Arts. 1321 y ss.) y la de recuperación de gananciales.

... la jurisprudencia y la Doctrina han sacado mayores consecuencias del artículo que de una manera expresa el principio del enriquecimiento sin causa, principio que se deriva en nuestra legislación de normas generales como las contenidas en los artículos 5 y 6 de la ley 153 de 1887 o de textos expresos como el citado y también para casos específicos como los contenidos en los artículos 2313 y 2314 del Código Civil. Por eso el heredero que de buena fe paga una deuda del causante, con bienes de la sucesión no puede ser obligado a restituir el precio de la enajenación porque entonces habría un empobrecimiento sin causa contra quien hace el pago y un enriquecimiento sin causa a favor de los otros herederos. Lo mismo puede decirse cuando el heredero en cumplimiento de la voluntad del causante hace ciertos pagos a terceros a título gratuito.

Por eso la responsabilidad del heredero, por la enajenación de las cosas hereditarias no le atañe sino en cuanto se haya hecho más rico o sea en

⁶³ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL Op Cit, Pág. 529.

cuento por aquellas haya aumentado su patrimonio, y esto delimita el alcance del artículo 1324, el cual no significa que el heredero no responda por toda clase de enajenaciones, lo que sería inadmisibles por que redundaría en perjuicio de los herederos de mejor derecho, sino que esa responsabilidad se termina y se convierte en la no restitución del precio de la enajenación, cuando estas no han aumentado el patrimonio del heredero vencido, ni este tuvo siquiera la intención de enriquecerse con las enajenaciones que hizo, sino que las condiciono en la forma dicha, por que no es de toda enajenación de la que no responde el heredero vencido, sino de aquellas hechas en el sentido taxativo que se expone.⁶⁴

Artículo 1603: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”*⁶⁵

Este artículo toca el punto de la libertad contractual o negocial y como la institución de la propiedad privada, como base de un orden jurídico individualista, implica la libertad de las personas para celebrar, mediante su propia voluntad, toda clase de actos o negocios jurídicos. De estos, lo más importante son los contratos.

*“Pero ¿Dejó el Código en plena libertad a los contratantes para que se gobiernen por su voluntad sin limitaciones de ninguna clase, como erróneamente se pensó durante el siglo pasado? En manera alguna, existen textos legales, muy importantes, que nos indican tales limitaciones, encaminadas a salvaguardar los intereses superiores de la colectividad.”*⁶⁶ uno de ellos es el artículo 1603.

⁶⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 8 de Abril de 1942. En: Gaceta Judicial, Tomo LIII Pág. 293.

⁶⁵ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL Op Cit, Pág. 666.

⁶⁶ VALENCIA ZEA, Op Cit, Pág. 40.

En el Código de Comercio Colombiano encontramos: Art. 834: *“En los casos que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado. En ningún caso el representado de mala fe podrá ampararse en la buena fe o en la ignorancia del representante”*⁶⁷.

Art. 835: *“Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”*⁶⁸.

En el Art. 835, se señala la presunción de la buena fe, aun exenta de culpa, lo cual nos indica que en materia comercial se aplican los mismos presupuestos de este principio que en lo Civil.

Pero el Artículo más importante, en materia comercial, es el Art. 871, correspondiente al Art. 1603 del Código Civil y señala: *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y en consecuencia, obligaran no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural.”*⁶⁹

En este punto, en materia comercial, se entiende que la ejecución de los contratos y de los actos de comercio, debe ejecutarse de buena fe, es el principio general, entendido como ya se explicó anteriormente, actuar rectamente y bajo las pautas legales y morales en la ejecución de los actos y negocios mercantiles.

Las diferencias que encontramos entre dos de los más importantes artículos del Código Civil y Comercial, como lo son el Art. 1603 del C.C., y el 871 del Código de

⁶⁷ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 445.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 460.

Comercio, se refieren a una aplicación más amplia del principio por parte de la norma consagrada en el Código de Comercio, por cuanto éste extiende su efecto a la celebración del contrato y no se queda únicamente en la etapa de ejecución; además, incluye la observancia de otras fuentes, tales como la costumbre y la equidad natural, para entender la obligación surgida para las partes en virtud del contrato.

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

III.I. CIVIL.

- En nuestro concepto, el artículo más representativo de la buena fe en materia Civil, es el art. 1603, el cual la plasma taxativamente en nuestro ordenamiento, dando así mismo un criterio de interpretación contractual al señalar la observancia de la naturaleza de la obligación y la ley al momento de la ejecución contractual. Esta importancia también se deriva de la limitación impuesta por este artículo a la libertad de los contratantes para gobernarse por su propia libertad, salvaguardando de esta forma los intereses superiores de la colectividad.

Este artículo se ve reflejado jurisprudencialmente, en la Sentencia del 11 de Marzo de 1958., la cual afirma “ *Los principios que gobiernan la dinámica contractual imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención de carácter bilateral, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones.*”⁷⁰

- Igualmente, el Párrafo 2 del artículo 1634 del Código Civil establece que “*el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía.*”

Normalmente, el poseedor del Crédito es titular del mismo. Pero podría suceder que alguien sustraiga al acreedor la constancia escrita del crédito (documento, letra de cambio, etc.) y mediante falsificación de la firma del titular lo haga aparecer como regularmente cedido.

En este caso, el pago hecho al falso cesionario es válido; validez que persigue dar la debida protección a la confianza exenta de toda culpa que el deudor puso en la existencia del crédito en quien los poseía.⁷¹

- Se observa claramente en este caso, como una de las partes actúa de mala fe, es decir, utilizando medio fraudulentos para engañar a la otra, con el fin de obtener provecho. Igualmente observamos como se da la buena fe exenta de culpa de una de las partes y se genera una situación que la ley protege, como es la validez del pago, caso típico de la buena fe exenta de culpa o creadora de derechos.

III.II. COMERCIAL.

- El art. 871 del Código de Comercio, al igual que el art. 1603 del Código Civil, establece límites a la libertad de las personas para “*ejecutar y celebrar*” toda clase de acto o negocio jurídico y, en consecuencia se constituye en uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico en cuanto a las relaciones entre los comerciantes.

Este artículo, como ya lo señalamos, no se queda simplemente en dejar a la ley la determinación de las limitaciones contractuales y el surgimiento de las obligaciones que se derivan del negocio jurídico, sino que incluye la costumbre y la equidad natural como complemento a la ley para la fijación y limitación de lo ya planteado.

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 11 de Marzo de 1958. En: Gaceta Judicial, Tomo XXCVII, Pág., 650.

⁷¹ VALENCIA ZEA, Op Cit, Pág. 172.

- Uno de los ejemplos más claros, de la aplicación de la buena fe se presenta en la promesa de compra venta de un bien embargado. Como lo dispone el artículo.1521 del Código Civil, existiría objeto ilícito en el mencionado contrato y por lo tanto no daría lugar al nacimiento de una obligación, tal y como lo dispone el Art.1502 de mismo Código. Sin embargo, por tratarse de un contrato de promesa de venta y en aplicación del principio de la buena fe consagrados en los artículo.1603 C.C. y 83 Constitución Nacional éste contrato sería valido en la medida en que a la parte vendedora le nace la obligación de levantar el embargo sobre la cosa vendida al momento de la celebración del contrato prometido, ya que todo contrato implica que las partes se obligan a cumplir no sólo lo que en ellos se expresa, sino todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.
- Un ejemplo claro de la presunción de la buena fe en los negocios comerciales se presenta cuando se adquiere una cosa mueble en establecimiento comercial abierto al público, pues en este caso se adquiere la propiedad, aunque más tarde se pruebe que se adquirió de quien no era dueño. Se autoriza al verdadero dueño para que de nuevo compre la cosa al comprador mediante indemnización plena (precio, mejoras, etc.). Aquí aparece expropiado el verdadero dueño en razón del error común cometido por el comprador, pues quien compra en establecimiento comercial, tiene la seguridad de comprar a quien realmente tiene la facultad de enajenar. Justamente nadie concibe que un comerciante a la vista de todos y con autorización estatal, abra un establecimiento para vende cosas de las que no es propietario o no tenga la facultad de transmitir el dominio.

Vemos, pues, la importancia que tiene la presunción de la buena fe en la celebración y la ejecución de los actos y negocios jurídicos, ya que no son pocos los casos en que se procede de mala fe en algunos contratos, acarreando consecuencia negativas a una de las partes, afortunadamente, este principio de la buena fe genera una situación

jurídica de protección e implica el manejo del negocio de la forma más conveniente para la persona que actúa de buena fe.

CAPITULO IV PRINCIPIO DE LA CONSENSUALIDAD.

I. CONCEPTO.

Este principio se conoce como la aptitud o disposición moral para querer algo. En los actos jurídicos unilaterales se habla de voluntad, en los bilaterales, ya se hace un poco más preciso el tema que desarrollamos, se habla de consentimiento, tendiente a producir un efecto jurídico.

II. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

En la historia del derecho de las distintas sociedades se le ha dado distinta importancia a la voluntad como artífice principal de las relaciones jurídicas; desde la exaltación hasta su rechazo más rotundo.

Lucrecio Jaramillo Vélez, en el recorrido que por el Derecho Romano nos hace en su libro, no presenta una pequeña reseña de esta figura en esta época. “En roma existía una amplia brecha entre el estado y el individuo, en el cual la voluntad era el presupuesto de derechos y obligaciones. Los contratantes tenían la facultad de regular el precio en la forma más conveniente para sus intereses. Ello va a cambiar durante el imperio donde aparece una fuerte injerencia del estado en lo privado, generalmente vinculado a los temas económicos como el comercio o la producción, fijando precios máximos a los productos”⁷².

⁷² JARAMILLO VELEZ, Lucrecio, “Derecho Romano”. Medellín, Colombia, Señal Editora, 1992, Págs. 199 y s.s.

En la Edad Media, por influencia del cristianismo, aparecen otras limitaciones a la voluntad privada, en lo que se refiere fundamentalmente a la teoría del préstamo y a la equivalencia de prestaciones, todas ellas basadas en el concepto de equidad.

En la época Feudal las restricciones se manifestaban en la libertad de trabajo y en el derecho de propiedad. La tierra no podía enajenarse sin permiso del señor feudal, ni cultivarse; existían también la prohibición de exportar los productos, venderlos a quien se quisiera o a determinado precio.

Pero el principio de la autonomía de la voluntad va a recuperar su esencia con el individualismo y la revolución francesa. El cual va a considerar al contrato como el producto de la voluntad coincidente, libremente otorgada, de dos sujetos.

El acto voluntario supone libertad y conocimiento; conocimiento que informa a la voluntad y le proporciona la materia prima sobre lo que posteriormente va a determinarse a querer; libertad, para que esto no implique un acto impuesto por factores externos físicos o morales donde el hombre solo actúa como cuerpo, mas no como persona. Pero esto no se da de una manera pura y sin condicionamientos; no hay un igual grado de concurrencia en estos elementos, como tampoco lo hay en las distintas voluntades que forman en contrato.

La voluntad es para nosotros una de las potencias creadoras del hombre. A través del ejercicio de ella el hombre desarrolla su personalidad; despliega esa actividad creadora, es el derecho mas elevado del hombre, que lo diferencia de toda otra criatura, y es el medio indispensable para su desarrollo, ya que solo se puede considerarse que algo es creación nuestra cuando procede solo de nuestra personalidad.

Para Santo Tomas de Aquino enseña que “toda actividad responde a un fin; el fin es el que determina al agente, el que lo mueve y el que lo inspira: << *agens non movet nisi intentionem finis* >>. Sin dicho fin, es decir si la actividad del agente no estuviera encaminada por el propósito de obtener algún efecto, no obraría. Es por ello que el hombre obra movido por la razón y la razón se determina en todos los casos, por un fin; de este juego de lo conocido y lo determinado es la voluntad, en el orden de lo psicológico, la que impulsa hacia el fin del acto; la inclinación se concreta en la voluntad”⁷³.

Pero esta voluntad, libremente determinada, no es apta, todavía, para crear derecho ya que ella no puede desconocer al orden jurídico; este establece el ámbito donde la voluntad se va a desarrollar y es el marco donde ella tiene realidad.

En el orden psicológico, **A. Aguiar**⁷⁴, nos muestra cuales son las distintas etapas por la cual la voluntad nace y se manifiesta; ellas son: la concepción, la representación, la deliberación, la decisión y la ejecución; las cuatro primeras en el orden interno (en las cuales existe lo querido informado por lo conocido) y la quinta en el externo (en la cual existe lo decidido - el acto imprime su carácter en la realidad-). Cuando todas estas fases se cumplen podemos decir que estamos ante un acto voluntario que procede de la libertad de quien lo realiza.

La voluntad por si sola no crea derecho, debe estar subordinada a la ley. Ella actúa en el ámbito jurídico subordinada a la norma y es ella la que le reconoce fuerza obligatoria; puede ser mayor o menor la injerencia del estado en el negocio, pero siempre esta presente. El negocio que no es creado de conformidad a la ley no puede ser reconocido como fuente de derecho; de obligaciones, en el caso del contrato.

⁷³ Santo Tomas de Aquino, Summa Theologica, I, 2, g. I, Art.2.

⁷⁴ Aguiar, Hechos y Actos jurídicos, Pag.32.

Marco G. Monroy Cabra⁷⁵, en su obra de Introducción al Derecho, nos presenta una serie de elementos que doctrinalmente se han generado en la presentación de requisitos básicos de la voluntad, estos son:

1. **Seriedad.** Que sea emitida por persona capaz y para crear un vínculo jurídico.
2. **Debe ser exteriorizada.** Es indispensable que el querer interno se proyecte a una esfera exterior, que no se quede en el campo subjetivo.
3. **Formas de manifestación.**

Expresa. En contenido del propósito es revelado explícitamente.

Tácita. Es la deducción de ciertos comportamientos, circunstancias, o conductas.

Presunta. Cuando la ley presume la voluntad o derivada de ciertos hechos.

Es de aclarar que nuestro Código Civil, comprende la declaración presunta dentro de la tácita. (C.C. Art. 1713).

4. **El silencio como manifestación de la voluntad.** El silencio no implica afirmación ni negación, y por eso no puede considerarse como manifestación de la voluntad. Hay ciertos casos que la ley así lo estima. Uno de ellos es el art. 2151 del Código Civil. “Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están en la obligación a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que na persona ausente les hace; y transcurrido en término razonable, su silencio se mirara como aceptación”.

Luigi Ferri⁷⁶ dice que la norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son estos quienes crean derecho objetivo en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer.

⁷⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Décima Edición. Santa fe de

El contrato es producto de dos actos de voluntad jurídicamente relevante. Este acto, a su vez, es la consecuencia del movimiento de lo interno a lo externo, pero no es por la voluntad particular del que promete ni por la del que recibe la promesa, que pasa lo suyo del primero al último, sino solo por la voluntad unificada de ambos, por consiguiente, en la medida que la voluntad de ambos se declara a la vez⁷⁷. Es solo esta voluntad jurídica unificada del querer interno de los sujetos, manifestado exteriormente, la que es capaz de consolidar el pacto.

Otro tema que debemos tocar obligatoriamente, luego de haber hablado de la voluntad, el consentimiento y demás, es la forma en que esta voluntad debe crear los efectos jurídicos que desea, para esto debemos ver el tema de la libertad de forma o las formas de negocio jurídico a que esta dirigida la voluntad.

La Libertad de forma.

“El derecho civil moderno, con las excepciones que enseguida se enumeran, permite que las personas exterioricen su voluntad libremente, ya sea por el lenguaje hablado o escrito, ya sea por signos, hechos, etc. Ello indica que la voluntad puede escoger cualquier forma para darse a conocer o exteriorizarse, y que tan pronto se ha declarado o emitido en forma que cualquiera la pueda reconocer asume pleno valor jurídico”⁷⁸.

Las formas en el derecho son una manera de restringir la autonomía privada en la manera de determinar el acuerdo; es un mal necesario ya que no nos es posible apartarnos de las formas porque la técnica del derecho hace indispensable una expresión cualquiera de la voluntad.

Bogotá. Editorial Temis. 1996. Pág. 458.

⁷⁶ Ferri, La Autonomía Privada, Madrid, 1969, Ed. Revista de Derecho Privado, Pág.36.

⁷⁷ Kant, I., La Metafísica de las Costumbres, Nro.19.

⁷⁸ VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil I”. Bogotá, Colombia, Editorial. Temis, 1996, Pág 384.

La forma "supone libertad y seguridad" porque es enemiga de la arbitrariedad y de la imposición sorpresiva. Ihering⁷⁹, dice que las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad.

La forma puede ser libre o no; la primera es al mismo tiempo individual, se resume por completo en tal acto determinado, nace y muere con el.

Aunque solo aparece unida a un acto concreto tiene existencia independientemente abstracta, que no resulta de ese acto jurídico aislado, y que no nace con el sino que es impuesta fuera de el como una cosa que le es superior y sustancial⁸⁰.

El por ello que en todo acto jurídico concurren dos elementos a formarlos: el contenido del acto y su forma. Actualmente existe una tendencia al formalismo, entendido como una imposición al acto, que no nace de su ser sino que es la ley quien se lo introduce. Esta tendencia prolifera como una "revancha" del consensualismo que busca eliminar las "injusticias contractuales" donde la voluntad de un contratante predomina sobre la del otro; esto es logrado mediante una imposición externa que, aunque muchas veces necesaria, limita la autonomía.

Entran un poco más a la parte práctica del consensualismo, se "suele entender que un negocio es consensual cuando la ley permite su perfeccionamiento mediante el simple lenguaje oral; y solemne o formal, cuando se exige que la voluntad se exteriorice por escrito"⁸¹.

⁷⁹ Ihering, El Espíritu del Derecho Romano, pags.178-401.

⁸⁰ Ihering, Op. Cit., Pag.185

⁸¹ VALENCIA ZEA, Arturo, "Derecho Civil I ". Bogotá, Colombia, Editorial. Temis, 1996, Pág 385.

Como una tercera figura que encontramos en cuanto al negocio jurídico y su forma, vemos las formalidades “*ad probationem*”. Estas son aquellas que debe cumplir cierto acto como condición esencial para que tenga valor tal declaración, si faltare esta solemnidad, la declaración carece de eficacia jurídica.

De manera pedagógica, podemos organizar varios grupo de las voluntades declaradas⁸²:

1. LAS VOLUNTADES TOTALMENTE LIBRES.

Solo respecto a estas voluntades cabe la *voluntad tácita* y el silencio mismo como expresión de una voluntad.

2. VOLUNTADES EXPRESAS.

Pueden exteriorizarse libremente, pero no cabe inferir una voluntad de simples hechos que no la revelen directamente; el silencio tampoco desempeña papel alguno respecto a estas voluntades. La voluntad expresa constituye un puente entre la voluntad totalmente libre y la voluntad no libre para escoger el medio de exteriorización.

3. VOLUNTADES FORMALES EN CUANTO A LA PRUEBA ANTE LA JUSTICIA.

Aquí no se exige un escrito o principio de prueba por escrito para que el negocio tenga validez; pero se recomienda para su prueba. La costumbre en Colombia ha impuesto la necesidad de un escrito en la venta de vehículos automotores.

4. VOLUNTADES SOLEMNES. (Formalidades *ad substantiam actus o substantiam solemnitatem*).

⁸² VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil I”. Bogotá, Colombia, Editorial. Temis, 1996, Pág 386 y 387.

5.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

La jurisprudencia nacional ha tenido varios pronunciamientos en cuanto a las formas exigidas por la ley para determinados contratos, y así mismo para los contratos consensuales, teniendo siempre como norte a la voluntad de los sujetos contratantes.

Estas son algunas de las muchas sentencias que podemos observar sobre el tema:

En la Sentencia 5397 de septiembre 12 de 2000⁸³, la Corte Suprema de Justicia, presenta un segunda análisis sobre el consensualismo en los contratos comerciales. Su aporte es el siguiente:

Entre los argumentos que el Tribunal expuso para negar las pretensiones está el de “no haber elevado a escrito ese precontrato”, es decir, el “contrato verbal de promesa de mutuo”, que hubo de reclamar la parte demandante en el primer numeral de sus pretensiones principales, la Corte se ve precisada, una vez más, a tratar este tema, o sea, la forma de perfeccionamiento del contrato de promesa mercantil, pues este es el linaje de la controvertida en este proceso.

Como otras veces se ha dicho, en torno al perfeccionamiento de este contrato la doctrina nacional no ha sido uniforme, pues mientras un importante sector le confiere a dicha promesa un carácter solemne, exigiendo para su celebración el otorgamiento de una escritura pública o privada a elección de los contratantes, acudiendo para el efecto, según lo ha explicado la Corte, a la aplicación analógica del artículo 119 del Código de Comercio, o a la integración *in extenso* con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con lo previsto en los artículos 822 y 861 del Código de Comercio,

⁸³ Sentencia de casación, septiembre 12 de 2000. Expediente 5397. Magistrado Ponente: **Dr. José Fernando Ramírez Gómez.**

otro, no menos influyente, califica el contrato como de naturaleza consensual, tal como lo expone Álvaro Pérez Vives en su condición de corredor del Código de Comercio y como ponente que fue en materia de oferta, situaciones precontractuales y formación del negocio jurídico, quien al respecto dice:

“... Perfeccionando la técnica legislativa con la experiencia de los siglos y además con la ilustración de legislaciones de otros países y de nuestra práctica comercial, mejoró la forma como venían estructurándose el problema de la libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad en el viejo código, y regresó, como vamos a verlo, al principio de la consensualidad de los negocios jurídicos regidos por el Código de Comercio vigente, ya que para el Código Civil no alcanzaban las facultades, y por consiguiente no pudo derogarse este artículo 89 de la Ley 153 de 1887”.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de noviembre de 1981, optó por la teoría consensualista. Para llegar a la anterior conclusión, la corporación consideró que como el artículo 861 del Código de Comercio *“no reprodujo el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas, para la existencia y validez del contrato”*, lógicamente se podía *“inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contrato”*.

El planteamiento principal e inicial de la Corte suprema de Justicia sobre este tema lo encontramos en la Sentencia de 13 de noviembre de 1981⁸⁴:

En la referida sentencia de 1981, la Corte luego de traer a colación algunos antecedentes históricos y hacer un ejercicio sobre derecho comparado con la legislación chilena, vuelve al artículo 861 del Código de Comercio, para hacer ver

que este texto legal “*en lo fundamental coincide con el anotado del proyecto de Bello*”, y esa identificación, agrega, “*necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general, ya que es norma especial respecto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; ordenamiento con el que es incompatible en el campo comercial*”. Nótese, además, dice la Corte, “que el artículo 861 mismo puntualiza sobre las “*reglas y formalidades*”, que debe respetar el contrato prometido, cuando sea el caso, cuestión que justamente pasa por alto cuando toca el contrato preparatorio. Lo cual también es significativo de que el Código de Comercio no creyó conveniente exigir solemnidades al contrato de promesa que, entre otras cosas, no hubiere habido necesidad de tratarlo con él, de modo general, si se mantenía el criterio del artículo 89 de la Ley 153 de 1887”.

Además sostiene la Corte en la sentencia que como dato jurisprudencial se viene invocando, que el mencionado criterio se refuerza con el contenido del artículo 119 del Código de Comercio, en tanto exige la solemnidad de la escritura para la promesa del contrato de sociedad, porque “*Si el Código de Comercio hubiera seguido la legislación civil en esta materia, no se vería el por qué de las solemnidades exigidas por esa norma, particularmente el escrito y la indicación del término o condición que fija la fecha en que ha de constituirse la sociedad, pues dichos requerimientos formales significarían una repetición superflua e inútil...*”.

Por último, anotó la Corte en aquella ocasión, que lo concluido se “*acompaña con el artículo 824 ibídem, que sin duda alguna consagra el principio de la consensualidad en la formación de los contratos mercantiles*” y con lo declarado por los artículos 855 a 863 *ejusdem*, en cuanto reafirman “*el criterio de la autonomía de la voluntad y de*

⁸⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. En: G. J. Tomo CLXVI, N° 2407, págs. 610 a 683

la consensualidad cuando dan las reglas atinentes a la formación del consentimiento en los actos y contratos —oferta o policitud y aceptación—, aspectos sobre los que nuestro Código Civil guarda silencio, al igual que el francés...”.

Haciendo a un lado momentáneamente el problema de la forma de celebrar el contrato de promesa mercantil, debe dejarse por averiguado que donde sí no existe desarmonía conceptual, incluyendo por supuesto la doctrina de la corporación, es en sostener que dicho contrato debe reunir, como es obvio, los requisitos esenciales para su existencia y que por principio general reseñan los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Concretamente la Corte en la sentencia de 13 de noviembre de 1981, amén de advertir que unos mismos principios orientan los contratos de promesa civil y mercantil, anotó que no obstante la consensualidad que en aquella ocasión dejó por esclarecida, el contrato comercial debía fijar la época precisa en que habría de celebrarse el acuerdo prometido, porque siendo la promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tenía un carácter transitorio o temporal que hacía indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, el cual debía quedar individualizado integralmente.

Aclarado lo anterior, para lo cual ni siquiera tiene que acudirse al artículo 89 de la Ley 153 de 1887, porque el contenido del artículo 861 del Código de Comercio basta, como tuvo oportunidad de explicarlo la Corte en sentencia de 14 de julio de 1998, procede volver sobre el estudio que hasta ahora ha ocupado la atención de la Corte, o sea la forma de perfeccionarse el contrato de promesa mercantil, para ratificar la doctrina de la consensualidad o acoger la del Tribunal, que como quedó anotado exige la solemnidad de la escritura.

Para definir la cuestión problemática, debe empezarse por determinar si el Código de Comercio, como hubo de concluirlo la Corte en 1981, reguló expresamente la consensualidad del contrato de promesa mercantil, o si contrariamente se verifica una deficiencia normativa que debiera superarse a partir de la analogía interna, y en su defecto acudiendo a la integración con la legislación civil, conforme a las pautas sentadas por los artículos 1º y 2º del estatuto mercantil.

Claramente, como lo afirmó la Corte en la sentencia de 13 de noviembre de 1981, la consensualidad fue consagrada en el Código de Comercio, como principio rector general de los negocios mercantiles. A él expresamente se refiere el artículo 824, cuando declara: *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier otro modo inequívoco. Cuando una norma legal exige determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”*. Colígese de este contenido, que la solemnidad constituye la excepción, de modo tal que solo puede exigirse en los casos en que la ley de manera expresa consagre el requisito, como bien sucede en el artículo 119 del Código de Comercio, cuando establece la solemnidad del “escrito”, como condición de la promesa de contrato de sociedad.

El artículo 861 *ibídem*, por su lado, norma posterior y especial con respecto al contrato de promesa, no erigió la formalidad de la escritura como requisito *ad substantiam actus* de la promesa de celebrar un negocio, porque luego de señalar su efecto obligacional declarando que este contrato “producirá *obligación de hacer*”, se limitó a establecer que el *“contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”*.

Particularmente el artículo 1169, que es el apropiado para el caso, por referirse especialmente a la promesa de dar en mutuo, tampoco consagró solemnidad alguna, como se repite, sí fue establecida por el artículo 119 con relación a la promesa de

contrato de sociedad, siendo esta una norma que en manera alguna puede aplicarse analógicamente al contrato de promesa de mutuo, porque como con claridad lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en materia de solemnidades se impone un criterio hermenéutico restrictivo, porque estas son la excepción en los términos del artículo 824 del Código de Comercio, pues como quedó dicho el principio general es el de la consensualidad. Principio este que ofrece pautas o criterios apropiados para la solución del problema, no solo porque no entra en colisión con ninguno otro, sino porque es el que mejor consulta la dinámica del comercio moderno que transformado por distintos factores, que no viene al caso enunciar, ha dado paso a relaciones negociales más ágiles, y si se quiere a un “maquinismo jurídico”, bien privilegiando la consensualidad, ora dando lugar a un neoformalismo que trascendiendo la función de “vestir” el acto jurídico, “facilita la contratación”, pero sin olvidar la seguridad y protección del contratante, que al fin de cuentas serían el sentido y razón de ser de las solemnidades. Por supuesto, que lo que antaño expuso la Corte, hoy cobra mayor vigencia, cuando esa influencia de la tecnología y la electrónica, ha sido reconocida positivamente por la Ley 527 de 1999, al reglamentar el uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, no sólo para otorgarles valor probatorio siguiendo el criterio de los equivalentes funcionales sentado por la Ley Modelo de Comercio Electrónico, aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996, sino para consagrar, que ellos, los mensajes de datos, suplen la información escrita cuando así lo exige la ley.

En este orden de ideas, la Corte nuevamente ratifica la doctrina sentada el 13 de noviembre de 1981, es decir, la consensualidad del contrato de promesa mercantil, y en este caso particular, el de la promesa de mutuo, porque contra la idea que califica de insulso y vacío el contenido del artículo 861 del Código de Comercio, ya que apenas se limita a señalar el efecto obligacional del contrato, para así aplicar por analogía interna el artículo 119 ibídem, o el ordinal 1º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, como norma de integración por remisión, se enarbola la vigencia del principio de consensualidad, y en torno a él una interpretación integral, lógica,

sistemática e histórica, para concluir que en este punto no se constata deficiencia, laguna o vacío que debiera suplirse o llenarse, más tratándose de la promesa de dar en mutuo, acerca de la cual existe un texto legal identificante (C. Co., art. 1169), que de manera específica y por demás coherente, acoge el principio de la consensualidad al no estipular la formalidad de la escritura para este tipo de contratación, al contrario de lo establecido en el artículo 119 para la promesa de sociedad.

Por consiguiente, el Tribunal incurre en error cuando exige la solemnidad de la escritura para la formación del contrato de promesa de dar en mutuo, razón por la cual se hace la correspondiente rectificación doctrinal.

II. PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA.

En el Código Civil Alemán, en cuanto a la voluntad individual se refiere la presenta en dos sentidos; la voluntad en los actos jurídicos voluntarios lícitos o negocios jurídicos, de los cuales son ejemplos el matrimonio, el contrato, el cumplimiento de las obligaciones, el testamento; y un segundo sentido, se refiere a la voluntad en los actos jurídicos ilícitos o culpa.

Igualmente, al decir el Código Alemán, que la voluntad del negocio jurídico es la “voluntad real”, se descarta la consideración de una voluntad psicológica interna de los individuo, para tener en cuenta aquella voluntad que normalmente corresponde a los usos sociales, esto es, al sentido que puede deducir del comercio una persona prudente.

De esta forma se descarta la reserva mental que pueda tener uno de los contratantes en perjuicio de la seguridad que exigen las transacciones, como aquellos motivos o móviles internos⁸⁵.

“En el Código Civil Peruano de 1984, esboza en una de sus ideas principales una doctrina moderna del acto o negocio jurídico en su Libro II, en cuanto a que todo el derecho se mueve mediante la iniciativa particular, con las necesarias limitaciones exigidas por el orden público y las buenas costumbres; de ahí que es útil y correcta la sistematización de las normas jurídicas sobre la declaración de voluntad”⁸⁶.

El Código Civil Paraguayo de 1985, establece una teoría general sobre los hechos y actos jurídicos y regla si prueba. El contrato se va a regir por la autonomía de las partes: el solo consentimiento trasfiere el derecho de dominio.

II.II. COLOMBIANA.

Nuestro Código Civil en su Art. 1502, nos muestra; *“Para que una persona se obligue para con otra, por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto y que su consentimiento no adolezca de vicio”*.

Igualmente el Art. 1618 dice: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de la palabras”*.

En cuanto a las nociones de voluntades declaradas o expresas y tacitas o presuntas; el Art. 1640 prescribe que el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no la faculta por si solo para recibir el pago de la deuda. Esto indica que el poder para recibir exige una voluntad expresa. Igual caso

⁸⁵ VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil I”. Bogotá, Colombia, Editorial. Temis, 1996, Pág 76.

vemos en los Artículos 2373 y 2004, en cuanto a las fianzas tacitas y a la cesión del arrendamiento.

En cuanto a la voluntad tacita, encontramos el Art. 1287 que prescribe que si el heredero o legatario *“vende, dona o transfiere, de cualquier modo el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende por el mismo hecho que acepta”*.

En cuanto a la libertad de forma, este tema lo vemos reflejado en los artículos 89 de la ley 153 de 1887 y 23 de la ley 51 de 1918, en cuanto que algunas declaraciones de voluntad exigen simplemente un escrito, es decir, un instrumento privado.

Hay un importante grupo de declaraciones de voluntad que requieren de formalidades especiales para su consecución y ejecución. Estos negocios jurídicos son los que recaen sobre bienes raíces, que van a necesitar de una escritura pública y de un registro para que se generen todos los efectos legales que se pretenden y se tenga la protección sobre sus consecuencias.

Dentro de estos negocios jurídicos están los que tienen por objeto una adquisición derivativa por acto entre vivos de la propiedad en inmuebles. Tales ejemplos son; Compraventa, permuta, donación, aporte a una sociedad, constitución de renta vitalicia y demás. (Código Civil. Arts. 756, 1857, 2577).

Otros negocios que por su contenido requieren de ciertas formalidades son los que tienen por objeto la constitución de un derecho real por acto entre vivos. (Hipoteca, usufructo, uso y habitación) igual observancia debe tenerse par la extinción de

⁸⁶ Ibíd. Pag. 84

dichos derechos. (Código Civil, Artículos 756, 826, 871, 2434, 2435)⁸⁷.

Hay otro grupo de declaraciones de voluntad que requiere la autorización de un juez competente, estas son:

Todos los negocios jurídicos de disposición de bienes inmuebles que pertenezcan a un incapaz, que no pueden ser realizados por los representantes legales sin autorización judicial. (Art. 303 y 483).

En materia comercial, se suele entender que un negocio es consensual cuando la ley permite su perfeccionamiento mediante el simple lenguaje oral.

“Los negocios jurídicos mercantiles son entendidos como todo acto u operación que se integran por una o varias declaraciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos”⁸⁸.

El Código de Comercio, en su Art. 824 precisa: *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier medio inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formara mientras no se llene tal solemnidad”.*

De este artículo podemos deducir la regla general que se aplica al derecho comercial, esta es la consensualidad.

⁸⁷ VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil I”. Bogotá, Colombia, Editorial. Temis, 1996, Pág 385.

⁸⁸ NARVAEZ GARCIA, Jose Ignacio, “Introducción al derecho mercantil”. Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley., 1995, Pág 95.

Luego viene la excepción legal de las formalidades y según la cual, si la ley exige determinada solemnidad para un negocio jurídico, este solo se formara cuando se haya cumplido la solemnidad.

Posteriormente, el Código de Comercio en el Art. 826, reafirma las solemnidades en ciertos negocios jurídicos, en este caso los actos o contratos, para los cuales señala que de disponer la ley que deban constar por escrito, bastara por formalidad que consten en documento privado con firmas “*autógrafas*” de los suscriptores.

Una tercera figura la encontramos en la cesión de contrato, Art. 888 C.Co., en cuanto que esta figura podrá llevarse a cabo por escrito o verbalmente, siempre y cuando el contrato a cederse conste igualmente por escrito o verbalmente.

Es de resaltar la forma como el derecho comercial le da relevancia o por lo menos más trascendencia a la consensualidad que el derecho civil, siendo a manera de critica el derecho comercial un poco más acorde a los tiempos modernos y a las nuevas necesidades del derecho, sin llegar a desmeritar el respeto por la forma y seguridad que ofrecer el derecho civil, como ya lo ilustramos en guiones pasados.

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

Para ilustrar el manejo práctico de este principio en el derecho civil y comercial, vamos a presentar alguna normatividad referida a casos prácticos y a la aplicación de esta norma al caso concreto.

Tal es el caso de la persona a la cual debe hacerse el pago. Para que el pago de una obligación sea valido, debe hacerse o al acreedor mismo, o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

Por tanto, el pago que se ha hecho a una persona diversa de las indicadas, es válido, siempre y cuando el acreedor lo ratifique de un modo expreso o tácito.

Así se presenta el caso cuando un deudo hace el pago de la obligación dineraria a su acreedor, quien por error del primero así cree en la calidad del segundo, siendo esta creencia equivocada, por una u otra circunstancia. Hecho el pago a persona errada, el acreedor legítimo decide entregar paz y salvo de la deuda al deudor sin mediar explicación alguna del pago.

En el caso del mandato civil, cuando el mandante hace el encargo y el mandatario no acepta expresamente, pero empieza a realizar actos inequívocos de ejecución del encargo y que conllevan la realización del negocio encargado. Es la aceptación tácita del encargo, que presenta la voluntad del mandatario, de forma tácita, pero que inequívocamente se entiende que acepta el mandato y lo esta ejecutando. (Art. 2150 C.C.)

De esta misma forma podrían numerarse varios ejemplos en los cuales la voluntad de los sujetos va a ser la determinante en la realización del negocio jurídico, la forma de expresión de esta voluntad y como los sujetos expresan su consentimiento mutuo para llevar a cabo el negocio jurídico.

En cuanto a la libertad de forma y su aplicación práctica en materia contractual la vemos igualmente en ejemplos normativos y prácticos, dentro de los cuales clasificamos en dos grandes grupos y de los cuales daremos un ejemplo de cada uno. Estos son; los consensuales y los solemnes. El Art. 1500 del código Civil nos presenta además de la clasificación del contrato real, la de solemnes y consensuales, siendo los primeros cuando se ésta sujeto a la observancia de formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Los ejemplos más significativos o de mayor ocurrencia y comunes entre nosotros son:

Consensual: La compraventa de bienes muebles y en materia comercial, como ya se dijo se aplica la regla general de la consensualidad, con la salvedad que la ley exija alguna formalidad para la validez del negocio.

Solemne: Las ventas sobre bienes raíces y servidumbres y la de sucesiones hereditarias. Estos negocios jurídicos no se reputaran perfectos ante la ley, mientras no se ha otorgada escritura pública.

Como conclusión, aceptamos las restricciones a la autonomía de la voluntad, más no su supresión; así como no debe eliminarse los automóviles porque algunos conductores abusen de la velocidad y causen accidentes, tampoco debe eliminarse la voluntad porque ella, en determinados casos, pueda ser un factor de desigualdades.

CAPÍTULO V.

LA COSTUMBRE CONSTITUTIVA DE DERECHO.

I. CONCEPTO.

La costumbre ha sido definida por diferentes autores de los cuales, a continuación, presentamos algunos, estos son:

Abelardo Torres, dice que es un *“conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes”*⁸⁹.

Du Pasquier, dice que: *“La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el ius moribus constitutum”*⁹⁰.

Conforme a Francois Geny, es *“un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo”*⁹¹.

De una forma general, y para dar una orientación básica en cuanto al concepto de la costumbre como principio que rige los contratos, es preciso señalar que estamos frente a una pluralidad de prácticas o actos voluntarios, generales, continuos, repetitivos y conformes a la moral y el orden público que, por su habitualidad, son aplicados por los particulares y amparados por la ley, como normas que rigen las relaciones jurídico- contractuales.

⁸⁹ TORRES, Abelardo. Introducción al Derecho. Quinta Edición. Buenos Aires (Argentina). Editorial Abeledo Perrot. 1965. Pág. 21

⁹⁰ DU PASQUIERE., Claude. Introducción a la Teoría General de Derecho y a la Filosofía Jurídica. Lima (Perú). Traducida y Editada por Liberia Internacional del Perú. 1950. Pág. 36.

⁹¹ GENY, Francois. Método de interpretación y fuentes en Derecho privado Positivo. Segunda Edición. Madrid (España). Editorial Reus. 1925. Pág. 323

La costumbre es principio que rige los contratos únicamente cuando no existe ley, o existiendo, es invocada por ésta para ser aplicada al caso a solucionar o a tratar, es decir – y según el artículo. 8 del C.C. y Art. 13 de la Ley 153 de 1887 –, cuando se generen vacíos legales, es aquí cuando la costumbre se constituye como principio rector en materia contractual.

Aunque el anterior concepto no sea el más claro y preciso para definir la costumbre como principio rector de los contratos, esperamos sea esta una introducción práctica para la comprensión y entendimiento del tema.

I.I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

A continuación, presentamos algunos de los más importantes aportes a este tema, por parte de diferentes doctrinantes y que nos ayuda a lograr una visión más amplia del concepto de la costumbre como principio rector de los contratos, tanto civiles como comerciales.

Para empezar, expondremos las teorías de los Doctores Germán Sáenz Arango y Alfredo Rocco quienes, al intentar definir la costumbre, nos dejan en evidencia los elementos que pueden llegar a ser definitivos para obtener un concepto preciso de este principio como pilar fundamental de las relaciones contractuales. Por una parte, el Dr. Sáenz⁹² la define como “*el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie*”, mientras que el profesor Alfredo Rocco⁹³ nos dice: “*La costumbre es la continua y consciente repetición de actos voluntarios, repetición que puede ser*

⁹² SÁENZ ARANGO, Germán. Costumbre Jurídica y la Función que desempeña en el Derecho Comercial. Santa fe de Bogotá. 1950. 230p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de derecho, Área de Derecho Privado. Pág. 14

⁹³ ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Segunda Edición. México. Editora Nacional. 1960. Pág. 41

un acto simplemente individual fundado en la mayor facilidad que ofrece repetir un acto ya realizado en vez de practicar uno nuevo, o bien un hecho social fundado en la fuerza de la imitación”.

Entre las dos definiciones existe una fundamental diferencia; efectivamente, en la primera de ellas la costumbre es identificada con el hábito, siendo estos dos conceptos completamente distintos; la costumbre es ante todo una manifestación de la vida racional y por lo tanto no puede extenderse a funciones puramente animales; para que pueda ser considerada como tal, debe ser producto de una inteligencia y voluntad conscientes y libres, cualidades que solamente se encuentran en el hombre como único animal racional.

En la definición de Rocco no se prescinde de estos elementos. En efecto, al decir este autor que es la continua y consciente repetición de actos voluntarios, se está refiriendo al hombre, ya que tan sólo este es sujeto de voluntad racional y libre, encaminada a la ejecución de actos repetidos y constantes que tienen como resultado el nacimiento de la costumbre y, por consiguiente, ella no puede existir cuando los actos que le dan origen no llevan, al mismo tiempo, las características de la razón y de la voluntad libres. Es necesario recalcar un poco sobre el particular para precisar que la voluntad y la inteligencia obren simultáneamente ya que en el objeto de estudio no se puede concebir la una sin la otra.

Otros autores han resaltado la importancia de la costumbre, como es el caso de Savigny, Planiol, Santo Tomas, citados por Geny, quienes hicieron diferentes análisis sobre la fuerza de la costumbre con respecto al derecho⁹⁴. Savigny, destaca la obligatoriedad de la costumbre por ser proveniente de la convicción jurídica del pueblo, y nos pretende mostrar como el derecho consuetudinario surge de las disposiciones del pueblo y no por decreto de una autoridad superior; Marcel Planiol sostiene que para que la costumbre adquiriera su fuerza ha de ser reconocida en una

decisión judicial y quiere hacer ver que la costumbre es un estado, que únicamente cuando sus hechos han sido adoptados por algún tribunal y se da un cambio de los usos sociales a normas obligatorias, adquiere su fuerza; Santo Tomas de Aquino sostiene que la fuerza de la costumbre reside en el tácito consentimiento del legislador.

Por su parte, Gabino Pinzón, afirma

La subordinación de la costumbre a la ley es completa o total, toda vez que, como se prevé en el artículo 1º del mismo código, (Comercio) la ley mercantil opera directamente y por analogía. Así, es como en los casos expresamente regulados por la ley es ésta la que se aplica, sin la posibilidad de que ninguna costumbre pueda menoscabar su fuerza normativa, puesto que en el derecho escrito vigente no es dable esa posibilidad que las Costumbres deroguen las reglas de la ley escrita; y así es también como en los casos no regulados expresamente, pero semejantes a los que sí lo han sido, se aplica también la ley en forma “tácita” y se excluye la costumbre, que no puede contrariar la ley escrita, ni siquiera por oposición indirecta a aquellas normas que tácitamente o por extensión analógica rigen para los casos “tácitos” o no expresos (...). Conviene advertir, desde luego, que la costumbre es fuente de reglas de derecho comercial que son especiales como las reglas de derecho comercial escrito: esto se expresa o queda indicado en el Código de Comercio cuando se previene que las costumbres mercantiles tienen la misma autoridad que la ley comercial (artículo 3). Consiguientemente, son aplicables antes que las normas del derecho común o civil, en cuanto éstas no sean invocadas expresamente por la ley comercial. Sin que pueda objetarse contra este planteamiento que en el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 - que es aplicable, en general, esto es, sin distinción entre las leyes generales y leyes especiales - no se permite apelar a la costumbre sino “a falta de legislación positiva”, pues que con dicha ley

⁹⁴ GENY, Op Cit, pág. 567

no se ha derogado sino reafirmado apenas en algunos aspectos el principio del artículo 5° de la Ley 57 del mismo año, en que se prevé la preferencia de las normas especiales sobre las normas de carácter general. De manera que la oposición a la ley que impide aplicar las reglas consuetudinarias es -en materia comercial- la que ocurra o pueda ocurrir entre una costumbre y la ley comercial, que es especial respecto de la civil.⁹⁵

Esta posición de Gabino Pinzón presenta, una vez más, un reflejo del manejo parejo que doctrinalmente se le da al tema. En primer lugar se maneja un enfoque básico en la ley 153 de 1887 y su remisión al artículo 8 del Código Civil, en cuanto a la “falta de legislación positiva”, e igualmente en materia comercial, como lo hace este mismo tratadista, al presentar el manejo que tiene la costumbre *contra legem* en el derecho mercantil, la cual no tiene validez al estar totalmente subordinada a la ley, y nunca podrá una costumbre derogar una ley escrita. Es de resaltar este punto, en cuanto que la costumbre nunca va a estar por encima de la ley escrita, en ningún caso.

Existe otra teoría de aceptación universal, la cual presenta la costumbre como resultado de un consentimiento universal, de soberanía popular y de voluntad colectiva⁹⁶.

A continuación señalaremos las condiciones necesarias para que la costumbre sea tenida en cuenta como fuente de Derecho.

⁹⁵ PINZON, José Gabino. Derecho Comercial. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1957. Pág. 14, 15 y 21.

⁹⁶ SAENZ, Ob. cit. Pág. 22

La primera de ellas es la uniformidad, es decir, que es indispensable que los actos constitutivos de una costumbre sean realizados sin variaciones esenciales. En segundo lugar la costumbre debe ser pública, en la medida en que haya llegado a la generalidad y pueda ser notoria y conocida.

La tercera condición es la reiteración, la que nos señala que los hechos que hacen parte de la costumbre deben ser repetidos en un espacio de tiempo determinado, en cuarto y último lugar tenemos el carácter específico de los usos que constituyen la costumbre, es decir, que no todos los usos constituyen costumbre, únicamente lo serán los que sean necesarios y se encuentren respaldados por una sanción jurídica.

Como un elemento adicional, podemos presentar un nuevo elemento, aún cuando pudiera estar comprendido dentro de aquel que parte de la doctrina denomina como “SUBJETIVO” (El convencimiento social), por oposición al “OBJETIVO” (La reiteración uniforme y constante de hechos públicos). Este elemento sería el de la *espontaneidad*, para buscar evitar o disuadir que las condiciones generales impuestas por los gremios puedan llegar a ser consideradas como costumbre, y convertirse en reglas de derecho, proviniendo exclusivamente de un sector en la contratación. De no existir este tipo de limitaciones a la costumbre, se llegaría a la conclusión que, dentro de los límites de la ley, como ya lo hemos anotado, dichos gremios tendrían una facultad casi legislativa solo con su actuar, al estar en condiciones de crear reglas de carácter general y de obligatorio cumplimiento.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Sentencia C-486 de Octubre 28 de 1993.

La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho. La ley a su

turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (Ley 153 de 1887), Art. 13; C.Co., Art. 3; y C.P.C., Art. 189) con las limitaciones que ella establece como fuente de derecho. La invocación que la ley hace de la costumbre, reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. (...).

El imperio de la ley escrita –mejor sería hablar de derecho legislado- en nuestro sistema es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria.

No obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre, se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisoluble del fenómeno jurídico.

La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez, la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser del derecho. La exclusión de la costumbre de ser ello posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica.⁹⁷

Sentencia C 224 de 1994:

⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-486 de Octubre 28 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 265 de Enero de 1994 Pág. 55

La costumbre es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno, de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley, una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que recurren a ella, o en los que la sufren, de su fuerza obligatoria. En suma, la costumbre es una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de derecho y de las aspiraciones sociales, o en otras palabras, de las frentes jurídicas reales...⁹⁸

La diferencia fundamental entre la costumbre y la ley, consiste en que la segunda se crea por un acto consciente de un órgano del Estado al cual le está atribuida la función de crearla, en tanto que la primera resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad.

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA.

En el Derecho Ingles.- El pueblo inglés ha sido dotado de una disposición natural para el derecho y la jurisprudencia, tal como lo fue el pueblo romano en los tiempos antiguos. Los jueces y jurisconsultos ingleses se aferran frecuentemente a los usos antiguos, pero también ceden fácilmente ante la realidad de los cambios inevitables llegado el caso; además, tienen por encima de todo el sentido de lo práctico, y resuelven los casos que se someten a su consideración con prontitud, atendiendo a las circunstancias, y con miras a obtener un resultado justo y práctico.

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-224 de Mayo de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 271 de Julio de 1994 Pág. 861

La costumbre, como fuente de derecho, ha tenido su máxima aplicación en Inglaterra, país que se puede calificar como costumbrista por naturaleza, ya que el derecho inglés en todas sus épocas, especialmente en las pasadas, ha ofrecido una resistencia empecinada a la codificación, siendo la costumbre la que ha venido a reemplazar al derecho escrito que es muy escaso.

Acerca del derecho consuetudinario inglés:

No debe entenderse que las leyes consuetudinarias se basan únicamente en la tradición, porque la prueba de la costumbre legal se encuentra consignada en las decisiones de los Tribunales, en las colecciones de la Jurisprudencia y en los tratados de los jurisconsultos. Esta parte de la legislación se llama es verdad, derecho consuetudinario porque no está comprendida en las Actas del Parlamento, pero tiene el mismo valor que aquellas. Por ley ordinaria general se entiende, todas aquellas que dimanar de las Actas del Parlamento, y además, las sentencias de los Tribunales, las cuales establecen las normas de procedimiento relativas a la sucesión, las modalidades a observar en la adquisición y transmisión de la propiedad, las solemnidades propias de los contratos, las reglas de interpretación de los testamentos, y aun de las mismas leyes que dimanar del Poder Legislativo.

En Inglaterra, para que la costumbre tenga fuerza de ley debe reunir los siguientes requisitos: 1°. Que su observancia se haya remontado a épocas muy antiguas, habiéndose llegado a fijar un límite para saber cuándo se puede considerar inmemorial; dicho límite se remonta hasta el Reinado de Ricardo I. 2°. Que su observancia se haya manifestado de una manera constante, es decir que no se haya interrumpido en un lapso considerable de tiempo, y finalmente que esa costumbre no haya sido derogada por una ley expedida por el Parlamento.⁹⁹

⁹⁹ SAENZ, Ob. cit., Pág. 94

The Common Law. Se puede dar una idea aproximada de él, diciendo que es el conjunto de prácticas y costumbres que constituyan la fuente más interesante y copiosa del derecho inglés, prácticas y costumbres que se exteriorizan mediante las actas del Parlamento y de los Tribunales de Justicia.

Este Derecho es tan antiquísimo que resulta casi verdaderamente imposible señalar sus orígenes. En el año 1.807 se reconoció oficialmente el *Common Law* como fuente del Derecho Inglés. La Carta Magna concedida en el año 1215 por el Rey Juan sin Tierra, respeta y reconoce el imperio de el *Common Law*, como se puede apreciar en el siguiente pasaje contenido en dicha Carta: “*Ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni despojado de su propiedad, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado, ni molestado de manera alguna, y nos no pondremos ni haremos poner mano sobre él a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares, y según las leyes del país*”¹⁰⁰.

Es indudable que existe una gran similitud entre el *Common Law* y la costumbre propiamente dicha, ya que ambos conceptos están regidos por un común denominador que viene a ser la conciencia jurídica del pueblo. Sin embargo, entre la costumbre y el *Common Law*, existen diferencias importantes que es preciso anotar.

En primer lugar, en cuanto al origen, porque:

La *Common Law* se forma por una especie de sedimentación del hecho consuetudinario que se verifica de una manera uniforme, mientras que la costumbre no se produce uniforme y reposadamente, sino que se origina después de una violenta lucha de ideas y partidos políticos. Es la diferencia también en cuanto a lo que pudiéramos llamar su naturaleza, ya que la *Common Law* es esencialmente jurídica, siendo por el contrario la costumbre casi siempre política. De manera que, a pesar de

¹⁰⁰ INGLATERRA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE INGLATERRA. concedida por el Rey Juan sin tierra, Inglaterra, 1215.

la relación existente entre la Common Law y la costumbre en el Derecho Público Inglés, estos dos conceptos no se pueden confundir en ningún caso.¹⁰¹

El primero es como ya lo dijimos, producto de las declaraciones del Parlamento y de los Tribunales, mientras que la costumbre proviene del pueblo, por la repetición de actos de la misma especie.

II.II. COLOMBIANA.

En la constitución de 1991, la costumbre juega un papel importante en cuanto al desarrollo y protección de la democracia participativa, en cuanto da al pueblo la posibilidad de crear el derecho representado en ella, y desconocerlo sería ir en contra de los principios de la Constitución.

Y, además, sería un retroceso en cuanto a las constituciones anteriores. Un ejemplo de esto lo encontramos en el Art. 2 de Nuestra Carta Política, pues confía a los jueces la misión de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo, y esto es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en conclusión, si se asegura que la única interferencia que pueden escuchar y atender sea la del ordenamiento jurídico. De ahí la afirmación, que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho sea aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.

Así mismo, como una consecuencia directa a la procura en lograr el orden justo, el juez debe sujetarse a lo dispuesto en el Art. 230 de la C.N., el cual dispone:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

¹⁰¹ SAENZ, Ob. cit., Pág.97

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”¹⁰²

Por lo tanto, no sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, entre otros el de la costumbre generadora de derecho. El artículo 230 de la Constitución Nacional, en su inciso segundo presenta los llamados criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para así no correr el peligro de considerar al juez como esclavo de la norma estricta. Igualmente, en el inciso primero del mencionado artículo, se debe entender que su finalidad no es la de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico.

Lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado todo poder extraño.

Tal es la fuerza de la costumbre, que ella alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluido de la vida social.

El artículo 13 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 8° del Código Civil Colombiano, le reconoció fuerza de ley a la costumbre al decir que “constituye derecho” siempre y cuando esté conforme a la moral cristiana y haga falta una legislación positiva. Se aceptó, pues, la costumbre *praeter legem*.

En consecuencia, a la luz de los artículos 80. del Código Civil, y 13 de la ley 153 de 1887, la situación de la costumbre es ésta:

¹⁰² COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá. Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional N° 114 de Julio 7, 1991. En: Publicaciones de Legis

- a) Está prohibida la costumbre *contra legem*. Y hoy lo está, además, por el artículo 4o. de la Constitución, pues si hay que presumir que las leyes se ajustan a ella, la costumbre que contraría una ley, indirectamente contraría la Constitución.
- b) Quedan la costumbre *praeter legem* y la costumbre *secundum legem*.¹⁰³.

En derecho comercial, el artículo 3 del Código de Comercio dice que “*la costumbre mercantil tendrá la misma fuerza que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos que la constituyen sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local, se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior*”¹⁰⁴. El artículo 5 del mismo Código dice que “*las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles*”¹⁰⁵. Y el artículo 7 agrega: “*Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3 así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes*”¹⁰⁶.

Cuando se trate de probar la costumbre mercantil extranjera e internacional, se debe dar aplicación a los artículos 8 y 9 del Código de Comercio, que disponen: **Art. 8 :**

Editores S.A. Constitución Política de Colombia. Comentada y Concordada. Santa fe de Bogotá. 1993. Pág. 402.

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-224 de Mayo de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 271 de Julio de 1994 Pág. 861.

¹⁰⁴ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 1

¹⁰⁵ *Ibid.*, Pág. 2

¹⁰⁶ *Ibid.*, Pág. 2

“La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano, o, en su defecto, del de una nación amiga.

Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o de la entidad que hiciera sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial”¹⁰⁷.

Art. 9 : *“La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre”¹⁰⁸.*

Para pedir la copia de que trata el artículo **9**, o la certificación de que trata el artículo **8**, hay que proceder de acuerdo con el artículo **35** del Código de Procedimiento Civil, dirigiendo exhorto al Ministerio de Relaciones Exteriores para que lo envíe a su destino, con observancia de lo que dispongan los tratados públicos o la práctica internacional usual en estos casos.

Ahora bien, cuando la costumbre es mercantil, la prueba de testigos es más exigente. El artículo **60** del Código de Comercio dice:

La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos; estos deberán ser, por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos

¹⁰⁷ *Ibíd.*, Pág. 3

¹⁰⁸ *Ibíd.*, Pág. 3

y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3, y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que estas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.¹⁰⁹

Lo anteriormente señalado, son las disposiciones que encontramos en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a la costumbre, su prueba, sus alcances y su desarrollo, las cuales nos muestran un ordenamiento jurídico coherente en esta materia, pero que debe ser cambiante en cuanto a la evolución del derecho actual.

Igualmente, vemos cómo en el Derecho Civil se encuentra menos desarrollado del tema que en Comercial, siendo esta una muestra de que el derecho debe tomarse como un todo, un complemento, tal es el caso del Derecho Civil y el Comercial y, así mismo con, las otras ramas del Derecho.

II. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

III.I. CIVIL.

- En esta materia existen numerosos ejemplos de la aplicación práctica de la costumbre en materia de contratos, uno de ellos lo encontramos en el artículo 1998 del Código Civil, que dice: *“El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entiende por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo del arrendatario...”*¹¹⁰.

En este caso, vemos como la ley hace remisión directa a la costumbre; ésta siendo invocada, toma fuerza de ley y la obligación del arrendatario es impuesta por ella. Igualmente, se ve cómo la costumbre cumple el papel que le otorga la Ley 153 de

¹⁰⁹ *Ibid.*, Pág. 33

1887, en su Art. 13, y el Art. 8 del Código Civil que, en su esencia, van a determinar la función de la costumbre como complemento del orden positivo en el momento en que se le escape algún precepto que deba regular.

- Existen casos en que la costumbre puede determinar las formas de ejecución de un contrato y las obligaciones que se van a derivar de su celebración.

Un ejemplo de esto, sería cuando una persona se sube a un bus de servicio público. En este caso, está aceptando tácitamente la oferta que la respectiva empresa hace a los usuarios, consistente en recorrer un trayecto por un precio determinado. En este caso el contrato de transporte entre la persona que hace uso del servicio y la empresa se ha perfeccionado sin que las palabras hayan intervenido.

Este es un típico ejemplo de aplicación de la costumbre, en la celebración de los contratos civiles y en como puede llegar a ser determinante para el acuerdo de sus formalidades.

III.II. COMERCIAL.

- El artículo 827 del Código de Comercio, nos señala: *“La firma que procede de algún medio mecánico no se considera suficiente sino en los negocios en que la ley o **la costumbre** lo admite”*¹¹¹. Lo cual nos indica que todos los negocios que según la ley o la costumbre lo admita y en los cuales los

¹¹⁰ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. En: Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág 873

¹¹¹ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Op Cit, Pág 444

comerciantes actúen y tengan por costumbre utilizar las firmas por medios mecánicos, bastara con este simple medio para avalar la obligación.

Este caso es una muestra de la Costumbre *Secundum Legem*, que es la que se forma sin contradecir las disposiciones legales, como en este caso, y por eso se sostiene que surgen de la aplicación y existencia de la ley, pues es la norma la que la invoca, aclarando que no es la que la crea.

- El artículo 911 del Código de Comercio, establece: “ *En los casos de compraventa de un cuerpo cierto o de un genero que se tenga a la vista, no se entenderá que el comprador se reserva la facultad de gustar o probar la cosa o menos que sea de aquellas que **se acostumbra** a adquirir en tal forma o que el comprador se reserva dichas facultades. En este caso el contrato solo se perfeccionara cuando el comprador de su consentimiento, una vez gustada la cosa o verificada la prueba*”¹¹². En este artículo vemos la importancia de la costumbre para el caso de la perfección del contrato, de modo tal que por la costumbre, las cosas objeto del negocio deban ser o se acostumbre adquirirlas una vez probadas o gustadas.

Debemos centrarnos en el objeto del negocio en cuento a que va a depender de la naturaleza de éste, de si se acostumbra a hacer este tipo de verificaciones o también puede ser que el comprador por su voluntad se reserva esta facultad. De este modo, la costumbre nos determina la forma de perfeccionamiento del contrato, en la medida en que determina si el comprador la acepta o no, una vez probada la cosa, para el perfeccionamiento del negocio. Por tanto, el perfeccionamiento no va a ser inmediato, este debe esperar, en razón de la costumbre, la determinación del comprador en aceptar

¹¹² COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Op Cit, Pág. 483

el objeto o no. Este es otro caso de la Costumbre *Secundum Legem*, en el cual la norma invoca la costumbre.

- Otro ejemplo, lo vemos en el contrato de comisión, cuando las partes no hubieren determinado la cuota de la retribución para el comisionista, quien podrá exigir, en este caso, la que fuere de **uso general** en la plaza donde hubiese desempeñado la comisión, y en su defecto **la acostumbrada** en la plaza más inmediata. En este caso los usos nos sirven para suplir los vacíos de la ley, o las omisiones en que han incurrido los contratantes, porque se presume lógicamente que si éstos no han dicho nada sobre determinada cuestión, es porque voluntariamente quisieren acogerse a lo que generalmente se acostumbra en determinada región.

CAPÍTULO VI

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

I. CONCEPTO.

Para introducirnos en el tema es preciso decir que, cuando hablamos de enriquecimiento sin causa, estamos haciendo referencia al acrecimiento de un patrimonio como consecuencia directa del empobrecimiento de otro, sin que exista una causa justa que permita tales circunstancias. Uno de los principales fundamentos para la prohibición de estos hechos lo encontramos en el derecho natural que señala que “*Jure naturae egiuum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*”¹¹³, que significa: es de equidad que nadie pueda hacerse más rico con detrimento o daño de otro.

La prohibición del enriquecimiento sin causa implica, para la persona que se enriquece de esta forma, una obligación de restituir lo que le ha acrecido su patrimonio y a la parte afectada le otorga una acción para exigir la restitución. Esta acción se conoce con el nombre de “*actio in rem verso*”. Es importante señalar que esta acción fue desarrollada jurisprudencialmente hace más de medio siglo por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala de Negocios generales del 6 de septiembre de 1935, además, esta sentencia en su desarrollo fija unos requisitos para su aplicación. Dice la Corte:¹¹⁴

Todos los comentadores están acorde en que para que haya enriquecimiento sin causa y Acción de *in rem verso* se necesitan la

¹¹³ POMPONIO, Digesto, 50-17-206. Por: TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Quinta Edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis. 1997. Pág. 299.

¹¹⁴ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 6 de Septiembre de 1935. Sala de Negocios Generales. En: Gaceta Judicial, Tomo XLII, núm. 605

ocurrencia de tres condiciones indispensables, 1° enriquecimiento injusto por parte del demandado por razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró al patrimonio de aquel algún provecho que se haya comprobado; 2° que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante y 3° que este demandante sufra el daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios prestados.

I. I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

Según el Doctor **Raimundo Emiliani Román**¹¹⁵:

El enriquecimiento sin causa es un fenómeno lícito, que consiste en originar a cargo de una persona cuyo patrimonio se ha visto enriquecido por un desplazamiento patrimonial lícito, admitido y aún ordenado por el derecho, con empobrecimiento de otro patrimonio, la obligación civil de restituir a éste dicho enriquecimiento hasta su monto, sin exceder el del empobrecimiento.

Se trata, pues, lisa y llanamente, de una fuente de obligaciones, tan lícita como las demás, desde luego llenando las condiciones exigidas por el derecho para su configuración jurídica, tal como sucede con aquéllas. Pero que radica en esa paradoja llamada del derecho injusto, que tanto ha preocupado a la filosofía del derecho, de parte del enriquecido.

¹¹⁵ EMILIANI ROMAN, Raimundo. El Enriquecimiento Sin Causa Como Fuente de Obligaciones. Bogotá. 1996. Editorial Presencia Ltda.. Fondo de publicaciones Institución Universitaria Sergio Arboleda. Pág. 5

En materia de contratos sostiene este autor que el enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones tenía que ser reconocida por el derecho ante la necesidad de llenar el vacío dejado por la desaparición de los llamados cuasicontratos.

Dice Emiliani que si el contrato es, esencialmente, un acuerdo de voluntades, no se puede comprender el cuasicontrato como un casi-acuerdo, pues o hay acuerdo o no lo hay, pero no puede haber un cuasi-acuerdo

En el libro de Introducción al Derecho, **Gerardo Monroy Cabra** considera este principio como una fuente de obligaciones según el cual a nadie le es lícito obtener ventajas patrimoniales a expensas de la lesión de otra persona. Según este autor *“el enriquecimiento sin causa se produce cuando un patrimonio recibe un aumento a expensas de otro, sin causa que lo justifique”*¹¹⁶

En principio pareciera que estos dos autores estuviera en desacuerdo en la licitud del enriquecimiento sin causa, pero no es así pues, en el primer caso, el doctor Emiliani, se refiere a la licitud del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones y, por lo tanto, es claro que como tal es un fenómeno lícito. Monroy se refiere a la ilicitud de los hechos que configuran el enriquecimiento, mas no a éste como fuente de obligaciones; por lo tanto, los dos autores están admitiendo que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones tan lícita como cualquier otra, pero que los hechos que la originan no lo son.

Este principio, como lo presenta **Hernán Berdugo Berdugo**¹¹⁷, tiene sus raíces en el derecho romano y su efectividad en la *conditio*, así el autor nos muestra tal aporte:

¹¹⁶ MONRROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Décima Edición. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis.1996. Pág. 332.

¹¹⁷ BERDUGO BERDUGO, Hernán. El enriquecimiento sin causa como fuente de Obligaciones. 4. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa fe de Bogotá, julio-diciembre 1974, núms. 204-205 Págs. 405,406,407,408.

Conocido era en el derecho romano el principio del enriquecimiento sin causa, pero solo circunscrito a los desplazamientos patrimoniales acaecidos bajo el imperio de una norma legal y que constituyeran una violación de los principios superiores de la equidad y de la justicia, que informaban toda la legislación romana. Tanto el derecho pretoriano como el civil sancionaban la falta de causa en los actos jurídicos. Existió a la excepción de dolo para no darles cumplimiento a las obligaciones emanadas de un contrato carente de causa. (Berdugo agrega) El derecho civil concedía la acción *conditio sine causa*, como regla general, para todos los casos en que había ausencia de causa; pero para casos especiales consagraba las siguientes acciones: la *conditio indebiti*, para repetir lo pagado por error; la *conditio causa data, causa non secuta*, para exigir la liberación si la causa no se había realizado; la *conditio sine causa*, para exigir la liberación de las obligaciones del contrato; la *conditio ob turpenz vel injusta causam*, para repetir cuando el *accipiens* tuvo en mira una causa deshonesta. Podemos decir que la *conditio sine causa* tenía un carácter genérico que se concedía cuando hubiera tenido lugar una prestación *sine causa* o por una causa que anteriormente hubiese dejado de existir y por cuyo motivo el *accipiens* se encontrara enriquecido a expensas de otro.

Con relación a las condiciones exigidas por la Jurisprudencia y la Doctrina, para la estructuración del enriquecimiento sin causa y para la procedencia de la acción *in rem verso*, el Dr. Tamayo Lombana¹¹⁸, en su obra Manual de Obligaciones, determina las siguientes:

¹¹⁸ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Quinta Edición. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis. 1997..Pág. 300 - 306

I. Un enriquecimiento.

II. Un empobrecimiento.

III. Una relación de causalidad entre los dos.

IV. La ausencia de causa.

V. La ausencia de cualquier otra acción.

I. Un Enriquecimiento.

Este enriquecimiento debe entenderse, no sólo, como el aumento del activo en un patrimonio, o por el hecho de que un nuevo bien entre en el, o que los bienes existentes se valoricen, sino también todo gasto ahorrado o toda pérdida evitada, como consecuencia del sacrificio hecho por el empobrecido.

II. Un empobrecimiento.

Es un término que también debe entenderse en forma amplia, pues la pérdida que haya sufrido el empobrecido, no es sólo la salida real de un elemento activo de su patrimonio, sino también cualquier servicio prestado sin remuneración.

III. Relación de Causalidad.

Podríamos decir que este requisito consiste en que el enriquecimiento se presente como consecuencia directa del empobrecimiento del otro patrimonio.

IV. La ausencia de causa.

Este elemento nos señala que para que proceda la acción *in rem verso* se requiere que no sólo exista en enriquecimiento y empobrecimiento correlativos sino, además, que el enriquecimiento carezca de causa, es decir, que carezca de título jurídico o razón jurídica

V. Ausencia de cualquier otra acción.

Con este elemento se quiere expresar que, para ejercer la *actio in rem verso*, el demandante debe carecer de cualquier otra acción.

En general, lo que busca el sistema jurídico es tratar de evitar que se produzcan enriquecimientos ilegítimos. ¿Cómo puede realizarse este fin del derecho? No de otra manera sino prohibiendo los enriquecimientos ilegítimos, es decir, sin causa justificativa.

I. II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Es a partir de 1935, cuando se inaugura en Colombia el predominio de las nuevas orientaciones del derecho civil, gracias a la tesonera labor de la que justamente ha sido denominada la Nueva Corte.

En cuanto al principio que se estudia, la primera sentencia de la Corte corresponde al 6 de septiembre de 1935. *“La regla general del enriquecimiento sin causa debe aplicarse en todos los casos en que en alguna forma la justicia sufra quebranto”*¹¹⁹.

Posteriormente, la sentencia de la Sala de Casación Civil del 19 de Noviembre de 1936, dijo: *“A falta de una fórmula dogmática en nuestro Código Civil, como existe en las legislaciones Suiza y Alemana, y en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 52, 82 y 48 de la ley 153 de 1887) y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos”*¹²⁰.

¹¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 6 de Septiembre de 1935. Sala de Negocios Generales. En: Gaceta Judicial, tomo XLII, núm. 605

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de Noviembre de 1936. Sala de Negocios General. En: Gaceta Judicial, tomo XLII, núm. 586.

Nuevas sentencias de la Corte han hecho triunfar en forma definitiva la aplicación de esta regla general con fundamento en el Art. 82 de la ley 153 de 1887.

Sentencia del 19 de Noviembre de 1936.¹²¹

El aporte de esta sentencia al desarrollo jurisprudencial del enriquecimiento sin causa, no sólo se limitó a presentar lo ya señalado, sino que esbozó los elementos necesarios de este principio:

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

1. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa.
2. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento.
3. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.
4. Para que sea legitimada en la causa la acción *in rem verso*, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca

¹²¹ *Ibid.*, núm. 586.

de cualquier otra acción originada por un por un contrato, un cuasidelito de las que brotan de los derechos absolutos.

5. La acción de *in rem verso* no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

Sentencia del 14 de Abril de 1937¹²²

Como principal aporte hecho en esta sentencia por el Magistrado Ponente, Juan Francisco Mojica, tenemos que no todo acrecimiento de un patrimonio, como consecuencia del empobrecimiento directo del otro, constituye un enriquecimiento sin causa. Dicha explicación quedó plasmada así:

En la vida de los negocios se observa con frecuencia que uno de los contratantes se enriquece a costa del otro y de ahí que el acrecimiento de un patrimonio implica normalmente la disminución correlativa de otro patrimonio; pero este fenómeno se justifica tanto en derecho como en equidad, cuando hay fundamento, una causa legítima procedente de un acto jurídico.

Mas algunas veces existe o se presenta un desplazamiento o disminución de un patrimonio independientemente de toda causa jurídica, como cuando una persona hace un pago a que no está obligado o en algunos casos de accesión. El equilibrio en casos como los apuntados, entre los dos patrimonios, queda roto y entonces el remedio para restablecerlo consiste en dar al enriquecedor una acción contra el enriquecido.

¹²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de Abril de 1937. Magistrado Ponente: Dr. Juan Francisco Mojica. En: Gaceta Judicial, tomo XLV, Núm. 29.

Sentencia del 30 de julio de 1941.¹²³

La relevancia de esta jurisprudencia se centra en la medida que desarrolla por primera vez, el tema del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, comparando esta figura con el acto jurídico, el hecho ilícito, la ley y equiparando el enriquecimiento en el nivel de las demás fuentes de las obligaciones.

La expresión del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, la encontramos en la sentencia citada de la siguiente forma:

No está expresamente determinada esta última fuente de obligaciones entre las que enumera y señala nuestra ley civil sustantiva, que solamente sanciona casos especiales de enriquecimiento indebido entre otros, en los artículos 1747, 2120, 2243, 739, inciso 2. 2309, 2310, 2343, que no pueden interpretarse sino a la luz de esta teoría; pero esta circunstancia o modalidad de nuestro derecho que no le da al enriquecimiento categoría institucional consagrándolo expresamente como una fuente de obligaciones civiles, tal como está en los códigos de Suiza y de Alemania y otros posteriores a éstos, no ha sido óbice sin embargo para que la jurisprudencia nacional, con apoyo en las disposiciones de los Artículos 5, 9 y 48 de la ley 153 de 1887, y modernizando en este punto la teoría general de las obligaciones, haya admitido el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones civiles cuando tal fenómeno, que implica un desplazamiento patrimonial, se verifique sin causa jurídica que lo justifique, esto es, que no sea la consecuencia de un acto jurídico, sino de un hecho no jurídico, puesto que excluye toda idea de consentimiento contractual entre las personas entre quienes se produzca el desequilibrio de las prestaciones. En

¹²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 30 de Julio de 1941. Magistrado Ponente: Dr. Hernán Salamanca. En: Gaceta Judicial, tomo LII, núm. 21.

diversas sentencias de casación especialmente en la fechada el 19 de Noviembre de 1930, visible a páginas 471 a 476 del tomo XLIV de la Gaceta Judicial, ha determinado la Corte los elementos esenciales que integran jurídicamente el enriquecimiento torticero y ha limitado el alcance y procedencia en el ejercicio de la acción destinada a impedirlo.

De este modo la Corte Suprema de Justicia de Colombia, le dio vigencia jurídica al principio del enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones en nuestro derecho, y su concepto se generalizó también en la doctrina y ha venido mereciendo consagraciones legales, y aún constitucionales.

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II. I EXTRANJERAS.

Existen numerosas legislaciones que han adoptado el principio del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en sus ordenamientos jurídicos. El desarrollo de este principio a nivel global, ha sido bastante amplio, pues es un fenómeno que se presenta comúnmente en la vida de los negocios.

A continuación, presentaremos un pequeño recuento de algunas de las principales legislaciones mundiales en las que el enriquecimiento sin causa esta consagrado. Tales son:

En el Código Civil Peruano de 1984, “ *las obligaciones y fuentes se reglamentan en los libros VI y VII. Se suprime la controvertida teoría de la causa que ya había desaparecido en el Código de 1936. Las doctrinas de la buena fe, de la imprevisión o*

*excesiva onerosidad de la prestación, la lesión contractual, el enriquecimiento sin causa, reciben un adecuado tratamiento en el Código Civil conforme a las orientaciones del derecho actual*¹²⁴.

El Código Civil Paraguayo de 1985¹²⁵, trata en su libro III, de los contrato civiles y mercantiles, de los títulos valores, acciones, letra de cambio, pagaré, y cheque, y de las otras fuentes de las obligaciones que son: gestión de negocios ajenos, enriquecimiento sin causa, derecho de retención y responsabilidad civil.

Este ordenamiento jurídico presenta, al igual que la mayoría, el principio del enriquecimiento sin causa como una de las fuentes de las obligaciones, lo cual nos da una idea de la unificación conceptual que hay entre la jurisprudencia y doctrina en la mayoría de los países romano germánicos.

Esta teoría igualmente se encuentra consagrada en el Código Civil Alemán, en sus Arts. 812 a 822. La regla principal de esta teoría, se encuentra en el Art. 812 que dice: *“El que por una prestación o de cualquier modo obtenga una cosa sin causa jurídica y a costa de otra persona, estará obligado a restituírsela a ésta. Dicha obligación existirá aunque la causa jurídica existente en un principio desaparezca después, o cuando el resultado perseguido según el tenor del acto jurídico por medio de la prestación no llegue a realizarse. Se asimilara también a una prestación, el reconocimiento hecho por contrato de la existencia o no existencia de una deuda”*¹²⁶.

El código Federal Suizo de las Obligaciones, contempla el enriquecimiento sin causa como fuente de obligación, y en el Art. 62 dice: *“ El que sin causa legítima se enriquece a expensas de otro, esta obligado a restituir, la restitución es debida en*

¹²⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Parte General y Personas. Tomo I. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis. 1996. Pág. 84

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.* Pág. 85

*particular del que ha recibido sin causa valida o en virtud de una causa que no se ha realizado, o de una causa que ha dejado de existir*¹²⁷.

El Art. 1882 del Código Civil Mexicano expresa: *“El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido”*¹²⁸.

Los Códigos Japonés, Chino y Austriaco y otros más como el proyecto Franco Italiano de las obligaciones y contratos, aceptan el enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones¹²⁹.

II. II. COLOMBIANAS.

El Código Civil Colombiano guarda silencio sobre el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, pero esto no impidió que se reconociera este principio para poder reglamentar una serie de instituciones que podrían ser vulneradas por la no concepción e inaplicación de este principio.

Tal es el caso del Art. 738 del Código Civil¹³⁰, que nos dice que el dueño del suelo sobre el cual se ha edificado con materiales ajenos, se hace dueño de ellos en virtud de la accesión; pero está obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio, pues de lo contrario se enriquecería sin justa causa.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ MÉXICO. CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Decreto 3 de Enero de 1928. *En:* Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Código Civil Federal. 1999. Artículo 1882.

¹²⁹ BERDUGO BERDUGO, *Op cit*, Pág. 406.

¹³⁰ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. *En:* Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 318.: “Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud. (...)”

Otros casos similares, los encontramos en los Arts. 301, 302, 728 y 1747 del mismo Código. La ley hace aplicaciones particulares del principio, para que una persona no resulte enriquecida injustamente a expensas de otro.

En nuestra normatividad jurídica, el enriquecimiento sin causa ha encontrado fundamento en los Arts, 4, 5, 8 y 48 de la ley 153 de 1887, que autoriza la aplicación de la equidad y de los principios generales de derecho, a falta de norma expresa.

El Código de Comercio Colombiano, en el Art. 831 del título I, del Libro Cuarto, sobre obligaciones mercantiles, consagra el principio del enriquecimiento sin causa en forma simple: “*Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.*”¹³¹

Claro y simple a sido este artículo, en cuanto señala de una forma clara y directa, la prohibición legal de del enriquecimiento sin causa, que a diferencia del Civil, que no contempla taxativamente este principio.

Este Artículo no es más que la consagración en norma positiva de las jurisprudencias citadas anteriormente.

Por otra parte, el Art. 882 del Código de Comercio¹³², inciso final establece una acción especial de enriquecimiento, cuando se han dejado caducar o prescribir títulos-valores de contenido crediticio; prescribiendo en un año.

¹³¹ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 444.

¹³² *Ibid.*, Pág. 462.: “(...) Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante tendrá acción contra quien se

La Corte Suprema de Justicia ha considerado, en sentencia de 6 de Diciembre de 1993, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, que esta acción del artículo 882 del Código de Comercio tiene la tipicidad de la *actio in rem verso*, y no la degenerativa de una acción cambiaria, a la manera como en ciertos casos brota la obligación natural de una civil. Con esto el legislador busca remediar el enriquecimiento injustificado de una persona como consecuencia del rigor excesivo de la caducidad de las acciones cambiarias.

Esta sentencia, reza lo siguiente:¹³³

En este orden de ideas, lo primero en que debe hacerse hincapié es que la acción de enriquecimiento cambiario tiene un fundamento inconfundible que lejos de reducirse a una degradación procesal de las acciones cambiarias de suyo incomprensible, acaba por identificarse en últimas con el que le sirve de soporte a la acción común por enriquecimiento sin causa a expensas de otro, acción esta de la que se tiene dicho por la jurisprudencia nacional hace más de medio siglo que a la manera de los principios generales de derecho, domina los textos positivos como expresión inmediata e imperativa de la noción de equidad aplicable de conformidad con los Artículos 5, 8, y 48 de la ley 153 de 1887, hoy con mayor razón ante el texto del segundo inciso del Artículo 230 de la Constitución Nacional, cada vez que se presente un desplazamiento de valores que produzca un incremento patrimonial en determinado sujeto a costa del patrimonio del otro, con sumado de una manera apenas en apariencia conforme a derecho, pero en el fondo desprovisto de justificación, que pueda servirle de base y que, por lo tanto, le atribuye al perjudicado la condigna acción de reembolso.

haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”.

¹³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación Civil. Sentencia de 6 de Diciembre de 1993. Expediente 4064. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Por ultimo, y no por esto menos importante, hay que tener en cuenta el precepto del artículo 230 de la Constitución de 1991 al que alude la sentencia ya citada: ***“Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”***¹³⁴.

Este artículo destaca los llamados criterios auxiliares, entre los cuales encontramos los principios generales de derecho. Uno de ellos es el enriquecimiento sin causa y, por tanto, es correcto afirmar que este principio encuentra su fundamento constitucional en el mencionado artículo, y de esta forma sirve, pues, para que el juez lo aplique e interprete el caso concreto con ayuda de éste.

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

III. I. CIVIL.

En materia civil existen diversos ejemplos de enriquecimiento sin causa como principio que rige los contratos, como es el caso consagrado en el artículo 1747 del Código Civil Colombiano, que dice *“Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.*

*Se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagados o las adquiridas por medio de ella le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas”*¹³⁵.

¹³⁴ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional N° 114 de Julio 7, 1991. En: Publicación de Legis Editores. S.A.. Constitución Política de Colombia. Comentada y Concordada. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 402.

¹³⁵ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op cit, Pág. 750.

Este artículo nos muestra cómo, en virtud de un contrato civil, podría una persona aumentar su patrimonio, sin una causa justa, en detrimento del patrimonio de otro. Para entenderlo mejor creemos necesario explicarlo con un caso práctico:

Carlos contrata los servicios profesionales de contador de Andrés, siendo Carlos interdicto por disipación, hecho que desconocía Andrés quien, de buena fe, celebró el contrato. El contrato estipulaba que Andrés debía entregar al día la contabilidad personal de Carlos y una vez entregada le serían cancelados los honorarios.

Por acción interpuesta por el curador de Carlos, el contrato fue declarado nulo, pero Andrés ya había hecho entrega de la contabilidad y no había recibido sus honorarios. Es claro que Carlos se enriqueció en su patrimonio por haber obtenido los servicios prestados por Andrés sin haber pagado por ellos. En este caso, Andrés tendría la acción *in rem verso*, para que le sea pagado el valor de sus servicios, ya que con la declaración de nulidad del contrato dejó de existir una justa causa para el acrecimiento del patrimonio de Carlos.

Otro ejemplo de enriquecimiento sin causa lo encontramos en el artículo 728 del Código Civil Colombiano, que dice: “ *En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de lo accesorio, accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesorio su valor*”¹³⁶.

En este artículo, se ve, al igual que en el anterior, cómo el legislador quiso aplicar el principio del enriquecimiento sin causa a un caso determinado, mostrando de esta manera que así no esté consagrado el principio taxativamente en la legislación civil, tampoco es ajeno a ésta.

Un ejemplo práctico de este artículo sería: Juan, pintor de gran renombre en el medio artístico, pinta un cuadro, y lo monta en un marco de madera, sin saber que dicho marco pertenece a Pedro, quien desconoce igualmente el actuar de Juan.

En este caso, lo accesorio accederá al dominio de lo principal, de forma tal que el dueño del bien principal Juan, debe pagar a Pedro, dueño del marco, bien accesorio, el valor de este. No siendo así, Juan, estaría acreciendo su patrimonio, sin causa justa, en perjuicio del empobrecimiento del patrimonio de Pedro.

Otro ejemplo en materia civil del enriquecimiento sin causa lo podemos encontrar en el artículo 738 que nos dice: *“Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud. (...)”*¹³⁷.

El ejemplo de este artículo sería: Antonio construye en su finca unas caballerizas, pero los materiales utilizados por el para la obra pertenecían a los dueños de la finca vecina, quienes por descuido los habían dejado en un potrero de propiedad de Antonio. Una vez construidas las caballerizas el dueño de los materiales se percató del error y procedió a hacer la respectiva reclamación a Antonio. En este caso el dueño de los materiales cuenta con la facultad legal de exigir a Antonio el pago del valor de los materiales u otros de la misma naturaleza, cantidad y calidad.

¹³⁷ *Ibíd.*, Pág. 318.

III. II COMERCIAL.

En nuestro Código de Comercio, a diferencia del Civil, si se encuentra consagrado el principio del enriquecimiento sin causa de manera expresa en el artículo 831 el cual expresa: *“Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”*¹³⁸

Pero también encontramos ejemplos de la aplicación práctica de dicho principio, como es el caso del artículo 882 que establece: *“Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”*¹³⁹

Jurisprudencialmente¹⁴⁰ se reconoce plena viabilidad a la acción de enriquecimiento sin causa consagrada por el artículo 882 del Código de Comercio, calificándola como acción autónoma, lo que implica una modificación del principio fundamental de la acción de enriquecimiento sin causa, cuál es el carácter subsidiario.

El ejemplo práctico de este artículo lo podemos entender de la siguiente manera: Juan Gómez le presto una suma de dinero a Andrés Sánchez, y para el pago de dicho préstamo, le entrego un cheque por la suma total de la obligación. Juan olvido hacer la presentación del cheque para su pago dentro de los 6 meses siguientes a cuando fue girado. En el séptimo mes, presento el cheque al Banco para el pago y le fue negado el pago, debido a la caducidad del instrumento. Con este antecedente, la obligación originaria se extinguió en virtud del artículo citado. No obstante, Andrés si se ha enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad del cheque y ha causado en el

¹³⁸ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 444.

¹³⁹ Ibid., Pág. 462.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación Civil. Sentencia del 18 de Agosto de 1989. En: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Editorial Legis. Bogotá. Octubre 1989 Pág. 681.

patrimonio de Juan un empobrecimiento. Por tanto, Juan podrá ejercer la *actio in rem verso* de manera autónoma contra Andrés, para obtener el pago del Crédito.

CAPÍTULO VII

PRINCIPIO DEL ERROR COMÚN

I. CONCEPTO:

Para empezar, es necesario aclarar que no vamos a hablar del error como vicio del consentimiento (error individual), sino de una institución cuyas consecuencias son opuestas a ésta. Esta figura no es otra que la del error común, que lejos de constituirse en causal de nulidad de un acto jurídico, lo valida plenamente. El error común es aquel en que puede caer la generalidad de las personas, o un gran número de ellas.

Con el fin de tener una visión más amplia de lo que es el error común, creemos indispensable hacer referencia a un tema que muchos autores han denominado “Teoría de la Apariencia”.

Empezaremos, pues, examinando el origen de la palabra “apariencia” y, para ello, haremos referencia a diferentes fuentes:

Dentro de las acepciones que contiene el Diccionario de nuestra lengua para el término “apariencia” se encuentran las siguientes: “a) *Aspecto o parecer exterior de una persona o cosa; b) Verosimilitud, probabilidad; c) Cosa que parece y no es*”¹⁴¹.

Ahora bien, en el lenguaje común puede decirse que la palabra “apariencia” tiene dos significados principales. De una parte, es lo que aparece, lo que se muestra claramente a los ojos, lo que se manifiesta y es visible.

¹⁴¹ GARCIA PELAYO, Ramón. Diccionario, Pequeño Larousse ilustrado. Paris. Editorial Larousse. 1994. Pág. 79.

De otra, se dice que es aparente lo que no es lo que parece, es decir, lo que es engañoso o una simple ilusión.

*“En el campo jurídico, el término “aparente” también es equívoco o ambiguo. En efecto, si tal calificación se la aplica a un hecho o a una situación de hecho, se dirá que se trata de algo ostensible, que puede percibirse, que se capta con los sentidos. Pero si se habla de un “derecho aparente” de inmediato se da la idea de una situación jurídica imaginaria, que se desvanece con un examen detenido de la misma.”*¹⁴²

Esta idea sirve de base para la elaboración de la llamada “Teoría de la Apariencia”, la que permita concluir que ciertos “derechos aparentes” pueden producir efectos jurídicos, a pesar de que serían absolutamente inútiles si se les aplicaran las reglas comunes y normales que contiene la legislación.

Es conveniente hacer algunas precisiones sobre los dos aspectos vistos: las situaciones de hecho aparentes y los derechos aparentes.

Situaciones de Hecho Aparentes: Es innegable que de vieja data el derecho ha tenido en cuenta diversas situaciones de hecho aparentes para darles un determinado tratamiento. En este supuesto, lo que importa es el carácter evidente, ostensible, manifiesto y visible de una situación de hecho.

Se trata de tomar en consideración la apariencia en su sentido material. En esta hipótesis, la situación de hecho aparente puede producir consecuencias jurídicas por sí misma, o en virtud de ciertos signos o

¹⁴² MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1996. Pág. 339

comportamientos exteriores que ponen de manifiesto la existencia de un derecho.¹⁴³

Los autores suelen dar como ejemplo de situaciones de hecho aparente, que producen efectos jurídicos por sí mismo, diversas normas que le hacen producir consecuencias jurídicas directas e inmediatas a lo que se ve, precisamente por tratarse de hechos aparentes u ostensibles.

Los Derechos Aparentes: Estos derechos se presentan cuando un observador concluye equivocadamente que existen, basándose en el análisis errado de hechos visibles o perceptibles. Pero, esos derechos son aparentes, no se encuentran en la realidad, sino en la mente de quien efectúa el razonamiento deductivo. La apariencia, en consecuencia, envuelve una creencia equivocada que el derecho toma en cuenta para ciertos efectos.

No son pocos los casos en que la ley hace producir consecuencias jurídicas a derechos aparentes.

No son remotas las hipótesis en las que las situaciones de hecho ostensibles son tomadas en consideración como manifestaciones o reflejos de una situación de derecho, partiendo de la base que los derechos se ponen en evidencia mediante su ejercicio, el cual se realiza a través de actos materiales de ejercicio de un derecho preexistente. Los hechos materiales de ejercicio de un derecho permiten inferir la existencia del mismo.

De igual manera, esa situación de hecho perceptible en ocasiones se utiliza para demostrar la existencia de derechos. Así por ejemplo, en relaciones de estado civil el comportamiento de los interesados y la actitud del público en el sentido de otorgarle a una persona una cierta

¹⁴³ ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans. Derecho Civil Parte General. Volumen I. Segunda edición. Barcelona, Editorial Bosch S.A. 1953. Pág. 157

posición familiar, lo cual conocemos como posesión notoria, tiene una importancia mayúscula para demostrar judicialmente una filiación.

Por lo general, las situaciones de hecho visibles y notorias son manifestaciones de derechos verdaderos. Pero en ocasiones la situación de hecho parece reflejar el ejercicio de derechos que en realidad no existen. Se trata de una situación ficticia, que no produce consecuencias por sí misma, pero podría ser tomada en cuenta como reveladora de derechos. Sin embargo, después de un examen más detenido se llega a la conclusión de que se trata de algo ilusorio e irreal. De esta manera, el derecho que parecía traslucir la situación de hecho es simplemente aparente.¹⁴⁴

De acuerdo con lo explicado, el error que se comete al observar la situación de hecho notoria u ostensible, que refleja el ejercicio de derechos que son en realidad inexistentes, es un elemento de la teoría de la apariencia. Pero dicho error debe tener unas características especiales.

Existe, hace mucho tiempo, una expresión que envuelve los efectos de la teoría de la apariencia: “el error común hace derecho” o *error communis facit jus*, con lo cual se refleja que la creencia equivocada y general es fuente generadora de derechos.

I.I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

La exigencia de que el error sea común, generalizado o compartido busca proteger la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas, aspectos en los que está envuelto el interés general. Por ello, se requiere que un gran número de personas haya caído, o haya podido caer en el error pues, de esta manera, se crea una situación aparente, de la que cada cual ha podido fiarse.

Sin embargo, la doctrina coincide en que el error común no debe ser universal, aduciendo que la verdad puede ser conocida de algunos. Pero es un error en el que incurre la masa.¹⁴⁵

Se trata, por ende, de una noción objetiva, de una equivocación colectiva producida por la situación de hecho que se observa, la cual debe ser durable, notoria y ostensible, pues estos son, en el fondo, los indicios que inducen a la creencia generalizada o común. Se exige, pues, que un número suficiente de personas haya sido engañado por la apariencia. Pero, además, es menester que quien pretenda beneficiarse de los efectos de la teoría de la apariencia, sea de aquellos que se equivocaron, vale decir, que no sea de los que conocían la verdad.

Debe haberse caído personalmente en el error y que su actitud haya sido razonable y perfectamente excusable.

De otra parte, se dice que el error común ha de ser invencible, del que nadie puede normalmente escapar. Por ello, en él caen un número apreciable de individuos, lo que pone en evidencia su carácter inevitable. Precisamente por ser invencible, el error es común.

La doctrina explica que, cuando la equivocación ha sido cometida casi por todo el mundo, puede suponerse que ello ocurrió porque era inevitable, de manera que el error común conlleva una presunción de invencibilidad, *“El error común hace presumir la invencibilidad del error invocado”*¹⁴⁶

¹⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY Hans, Op Cit, Pág. 159.

¹⁴⁵ MAZEAUD, Henri. La Máxime Error Communis Fact Jus, Paris (Francia), Editorial Montchrestien, 1924, Pág. 92.

¹⁴⁶ GORPHE, Francois. Le principe de la bonne foi. Paris (Francia). Editorial Dalloz. 1928. Pág. 188.

Para que quepa el error común y se deriven de él sus efectos especiales, son necesarios elementos precisos y muy estrictos. Un sector de la doctrina opina que por esto la teoría de la apariencia es una institución particularmente rigurosa, e incluso excesiva, proponiendo que se flexibilice adoptando una noción menos exigente, que es la del error legítimo.

Con esta noción se hace menos exigente la teoría de la apariencia, por dos razones, a saber: en primer término, no se trata de un error generalizado sino individual. Por tanto, no importa que ninguna persona más se haya equivocado. Se pasa así, de una apreciación abstracta del error (todos los hombres prudentes han de incurrir en él), a una apreciación más concreta del mismo, pues se mira si una persona especificada tenía buenas y justificadas razones para equivocarse, lo que convierte su error en legítimo.¹⁴⁷

Y, en segundo lugar, según dice GORPHE,

no se requiere que el error haya sido imposible de descubrir. El equivocado podría haber hallado la verdad mediante la realización de ciertas investigaciones. Pero, se considera que tales investigaciones excederían la diligencia normal que razonablemente podría esperarse; por ello, no hay reproche que formular a quien no adelanta dichas indagaciones y su actitud se califica de legítima.

La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas hace que sea cada vez menos posible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia...¹⁴⁸

¹⁴⁷ ARRIGHI, Jean-Pierre. *Apparence et réalité en Droit Privé*. Paris (Francia). Editorial Sirey. 1974. Pág. 218.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Algunos de los planteamientos de la doctrina francesas han sido acogidos por la jurisprudencia colombiana, la cual ha precisado en diversas providencias, los elementos, características y condiciones que deben tenerse en cuenta al momento de señalar al error común como fuente de derechos y principio rector de los contratos. A continuación examinaremos algunos de los más importantes pronunciamientos a nivel de la jurisprudencia colombiana:

Sentencia del 22 de junio de 1939¹⁴⁹

“Para la aplicación de la regla error communis facit jus se requieren estos requisitos; a) que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí común y colectivo para el medio social en que se actúa; b) que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido”, explicando, adicionalmente, que el error debe ser necesario y moralmente imposible de evitar.

Además, dice la sentencia: *“con la expresada máxima tiene íntima relación la llamada teoría de la apariencia, de tan extraordinario interés en la ciencia jurídica contemporánea. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva.”*

También señala esta sentencia que dicho error puede ser de hecho o de derecho, puesto que la buena fe es un fenómeno moral que ni está subordinado exclusivamente

¹⁴⁸ GORPHE, Francois. Op Cit, Pág. 217.

¹⁴⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de junio de 1939. En: Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, Pág. 287

al error de hecho ni queda destruido por el derecho. No interesa su origen, pues debe atenderse únicamente su excusabilidad, siendo claro que tan excusable puede ser el uno como el otro.

En otras ocasiones la Corte ha reiterado que en diversas normas de la legislación civil y para proteger a terceros de buena fe, se reconocen efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hacer ceder ante ella la realidad jurídica. Dicho pronunciamiento se hizo en la siguiente sentencia:

Sentencia del 20 de Mayo de 1936

En los Arts. 149, 150, 947, 1547, 1548, 1633, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140, y 2199 del C.C. se ve claramente que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección a favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de este, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiere atribuído a todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho.

las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador – para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente – de principio general y superior de derecho consignado en la máxima *error communis facit jus*, de tan perfecta

aplicabilidad dentro del orden jurídico colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe.¹⁵⁰

Otro importante pronunciamiento lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la siguiente providencia:

Sentencia del 27 de Julio de 1945

La máxima *error communis facit jus* requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable o invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando algunos de estos elementos jurídicamente esenciales, el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención.¹⁵¹

Es claro entonces, que nuestra jurisprudencia exige que el error común sea invencible, tal como lo ha reiterado en esta sentencia.

Por una parte, la jurisprudencia en el campo de la apariencia ha sido reiterativa en el sentido de exigir la demostración de un error común e inevitable, precisando que se trata de un error que “*hasta los hombres mas prudentes y avisados habrían*

¹⁵⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936. En: Gaceta Judicial, Tomo XLIII, Pág. 50

¹⁵¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de julio de 1945. En: Gaceta Judicial, Tomo LIX, Pág. 397

cometido”¹⁵² . Esta exigencia se hizo en el pasado en forma general, vale decir, para todos los eventos en que se invocaran los efectos de la apariencias, sin distinguir si se trata de operaciones en que se debe decidir con celeridad, o si eran de aquellas donde lo usual y razonable es hacer indagaciones más o menos profundas.

Tampoco se hacía diferencia entre negocios mercantiles y civiles; ni entre actos que sólo crean derechos personales y los que producen derechos reales.

La exigencia del error común e inevitable, como un requisito esencial de todos los casos en que se pretendía la aplicación de los efectos de la teoría de la apariencia, se aprecia en varias jurisprudencias nacionales.

Así, por ejemplo, se ha señalado que la validez del pago al poseedor del crédito, efecto éste de la teoría de la apariencia previsto por el inciso 2° del artículo 1.634 del Código Civil, “es una aplicación de la regla *error communis facit jus...*”¹⁵³.

En materia de enajenación de derechos reales, por quien no es su titular verdadero sino aparente, la jurisprudencia de la Corte, en un principio, miraba con mucha desconfianza la posibilidad de proteger al tercero adquirente que incurrió en el error movido por la situación ostensible y engañosa, pues la Corte consideraba que para incurrir en tal error el tercero debió obrar sin la debida diligencia, cuidado y previsibilidad, esto es, con culpa. Casi podría decirse que nuestra jurisprudencia no le daba cabida a la teoría de la apariencia en casos de propiedad aparente y, si por excepción la aplicaba, exigía que existiera un error común e invencible. Ejemplo de la anterior afirmación es este aparte:

Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a

¹⁵² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936, Op Cit, Pág. 50

ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencia acerca del contratante, y por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro que mediando esas precauciones elementales no obtuviera el adquirente en la debida oportunidad, las informaciones o al menos los indicios necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la celebración del contrato con el titular aparente.¹⁵⁴

Y, de no existir culpa de parte del adquirente, lo que ya para la Corte era una hipótesis remota, éste debía haber caído en un error común, invencible y excusable: *“Si el comprador... no adoptó esas precauciones, necesarias siempre que se trate de adquirir la propiedad de un bien raíz, ni puede alegar error común, ni éste puede reputársele invencible y por tanto excusable”*¹⁵⁵.

Obviamente que hoy día se han refinado mucho los engaños que se cometen para enajenar inmuebles no ocupados, falsificando escrituras públicas y certificados de tradición con el ánimo de convencer al tercero adquirente que quien se presenta como vendedor es en verdad el titular del derecho de dominio. Esto significa que actualmente no es fácil descubrir la realidad en los casos en que se busca engañar a los potenciales compradores, aún si éstos toman las precauciones usuales y razonables. Por tanto, ya no es tan remota la hipótesis de compradores de buena fe, a quienes no puede imputárseles culpa, y que, sin embargo, guiados por la apariencia, celebran contratos con quienes no son los verdaderos dueños.

¹⁵³ *Ibid.*, Pág. 49.

¹⁵⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de junio de 1958. *En*: Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, Pág. 233.

¹⁵⁵ *Ibid.*

La Corte no se refirió en parte alguna al error común, compartido o generalizado. Sólo tomó en consideración, a pesar de tratarse de la protección al derecho de propiedad, el error individual y específico de la persona afectada. Pero, puntualizó que éste ha debido tomar todas las precauciones y medidas que un hombre razonable y diligente tomaría de encontrarse en circunstancias análogas, con lo cual parecería que se requiere un error invencible y no meramente legítimo. Así las cosas, se trataría de una posición intermedia, ya que no se pide un error común, pero sí invencible.

Ahora bien, el rigor que se le imprime a la teoría de la apariencia con la exigencia del error común e invencible, hace muy difícil, si no imposible, su aplicación a la mayoría de los casos. Uno de los más relevantes es el del mandato aparente, pues en éstos casi siempre es posible establecer la verdad con sólo formularse una pregunta al supuesto mandante.

De no hacerse, posiblemente se diría que el afectado no obró como “los hombres más prudentes y avisados”. Se le quitaría así a la apariencia mucha de su efectividad y razón de ser. Por eso, sería aconsejable no exigir un error invencible sino sólo legítimo, admitiendo que en ciertas circunstancias la persona puede actuar siguiendo las apariencias creadas por una situación de hecho, las cuales explican que razonablemente no haga investigaciones, ni pida poderes, ni formule preguntas. Con eso se crearía un clima de seguridad y de certeza que estimularía el comercio, la actividad y el dinamismo.

Lo anterior, demuestra que la legislación nacional, así como su interpretación jurisprudencial, van a la zaga de las nuevas tendencias de la teoría de la apariencia o, por lo menos, han tomado un rumbo distinto al que siguen regímenes jurídicos más avanzados.

De otra parte, en los casos de propiedad aparente nuestra jurisprudencia exigía que se hubiere incurrido en un error común e invencible y, por tanto, excusable. Hoy parece haberse relajado en cierto grado este esquema riguroso, pues el error que se requiere es meramente individual, si bien invencible, en tanto que la doctrina y las jurisprudencias europeas mantienen la exigencia de un error común.

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA.

A pesar del éxito que en Francia ha tenido la noción de error legítimo, esta tendencia no ha hecho desaparecer la exigencia, en ocasiones, del error común o invencible. En efecto, se encuentran sentencias que se acogen a uno u otro sistema y se ha tratado de definir el campo de aplicación de cada uno.

A este respecto se ha podido apreciar que el error legítimo ha tenido aplicación principalmente en materia de mandato aparente, es decir, cuando se celebra un contrato en el que una de las partes, dadas las circunstancias, cree que la otra persona con quien negocia actúa en nombre y por cuenta de un tercero. Es en estos casos en que la jurisprudencia se ha mostrado más flexible, exigiendo sólo un error individual legítimo, analizando, en concreto, el comportamiento y la actitud de quien se equivocó. No obstante, en algunas sentencias sobre mandato aparente, si bien no se ha exigido un error común sino un mero error legítimo, este último ha sido apreciado en abstracto, lo que significa que lo que se examina no es la actitud específica de la persona equivocada, sino la actitud que habría tenido una persona prudente y razonable, colocada en circunstancias de hechos similares.

Por su parte, el error común ha tenido aplicación en casos relativos a propiedad aparente, cuando una persona cree comprar un inmueble o adquirir un derecho sobre él, negociando y contratando con quien parece ser, a los ojos de todos, su verdadero

dueño. Esto se explica por cuanto las transacciones inmobiliarias no se hacen de prisa, y porque en ellas se suelen tomar precauciones especiales. Además, la propiedad aparente se refleja mediante la posesión, que es una situación de hecho visible o apreciable por todos a lo que se añade que la prueba de la propiedad inmueble es difícil de conformarla, de manera que si alguien presenta esas pruebas que parecen auténticas será muy difícil descubrir la verdadera situación jurídica. Por todo esto, se requiere un error común, y por tanto invencible, para que la fuerza de convicción de la apariencia haga ineficaces las precauciones que normalmente se toman.

La diferencia de tratamiento que se da a la propiedad aparente y al mandato aparente estriba en que, en la compra o gravamen de inmuebles, se toman más precauciones, mientras que en el mandato aparente se trata, usualmente, de negocios que requieren celeridad, lo cual impide llevar a cabo investigaciones minuciosas.

Y, como las relaciones entre mandante y mandatario sólo interesan a éstos, es muy posible que sean ignoradas por terceros. Es cierto que esas relaciones podrían ser conocidas con la adopción de algunas medidas como sería preguntar al mandante si en efecto ha otorgado poderes al supuesto mandatario.

Sin embargo, la doctrina estima que si se exige un error común e invencible en este supuesto se suprimiría totalmente la aplicación de la teoría de la apariencia en el mandato, lo que sería inconveniente para la seguridad de las relaciones de negocios corrientes. Por esta razón, sería aconsejable que sólo sea menester la existencia de un error legítimo.

Lo anterior no significa que la jurisprudencia haya establecido que el régimen general en materia de apariencia sea el de exigir la existencia de un error común e invencible y que la única excepción sea el mandato, en el que sólo se necesita un error legítimo. La afirmación contraria tampoco es exacta, es decir, que la regla general sea la exigencia de un

error legítimo y que la única excepción la constituya la propiedad aparente en la que es necesario un error común.¹⁵⁶

II.II. COLOMBIANA:

En la legislación colombiana no se ha acogido un principio general acerca del error común como generador de derechos. Sin embargo, el principio tiene aplicación en varios casos particulares. En todos ellos se tutela la buena fe de las personas y se validan aquellos actos celebrados bajo la apariencia de la legalidad y con fundamento en un error colectivo.

Así, el Art. 947 del Código Civil establece que el adquirente de una cosa mueble, de las que se venden comúnmente en muchos establecimientos, se hace dueño de ella por la sola posesión, aun cuando su vendedor no fuera el dueño.

La falta de título del tradente no ha debido en tal caso engendrar el derecho del adquirente (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pero en virtud del principio del error común como generador de derechos, sí se produce tal efecto.

En consecuencia, el *verus dominus* no podrá reivindicar esta cosa; la ley protege la buena fe de quien fue víctima de un error colectivo e invencible.¹⁵⁷

El artículo 1634 del Código Civil califica como válido “...*el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito... aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía*”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ TUHR, Andreas Von. Tratado de las Obligaciones. tomo I. Madrid. Editorial Reus. 1934. Pág. 21.

¹⁵⁷ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes. Santa fe de Bogotá, Editorial Temis S.A. 1997. Págs. 159 y 160.

En estas hipótesis, “estar en posesión del crédito” significa tener el escrito donde consta la obligación del deudor y comportarse ante todos como el verdadero acreedor. En consecuencia, dos condiciones se exigen para la validez de este pago: que se haga al poseedor del crédito y que el deudor pague de buena fe.

Existe alguna jurisprudencia nacional respecto del pago hecho al poseedor del crédito. En ella se ha precisado que esta regla existe en numerosas legislaciones foráneas y que *“constituye una excepción al principio de que un acto no perjudica a quien no ha tomado parte en él, pues está fundada en la equidad. Si la persona que se encuentra en posesión del crédito puede obligar judicialmente al deudor a efectuarle a ella el pago, se debe por reciprocidad y para no faltar a la equidad, permitir al deudor solucionar su obligación en manos del poseedor...”*¹⁵⁹

El punto esencial en nuestra jurisprudencia, para la validez de este pago, es la buena fe del deudor que soluciona la deuda. Por esto se ha dicho que *“lo que interesa, para que haya lugar a la aplicación del artículo 1634 y para que como consecuencia de ésta se produzca un pago con fuerza liberatoria, es la buena o mala fe del deudor. Si el deudor obra de buena fe el pago es válido, y si obra de mala fe no lo es”*¹⁶⁰. La buena fe consiste en tener la conciencia de que el acreedor a quien paga es el verdadero titular del derecho o su sucesor legítimo. En cambio, no se exige la buena fe del acreedor aparente.

Se ha dicho que esta regla es una aplicación específica del principio *error communis facit jus*, agregando que *“la apariencia de acreedora en la persona que recibió el pago dio lugar, en esa hipótesis, a un error plenamente excusable por parte del*

¹⁵⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. En: Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 705.

¹⁵⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de Octubre de 1928. En: Gaceta Judicial, Tomo XXXV, Pág. 38

*deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho”*¹⁶¹.

Para la doctrina local, la regla contenida en el inciso 2º del artículo 1634 del Código Civil es la aplicación concreta de una teoría más general, la de los derechos aparentes, según la cual cuando un derecho está configurado exteriormente con todos los elementos que se exigen para su existencia, la ley – con el objeto de garantizar la seguridad de las transacciones y de proteger la buena fe – tiene tal derecho por realmente existente, si bien, sólo es aparente¹⁶².

En la práctica, se encuentran varias hipótesis de poseedores aparentes de créditos. Entre ellas pueden mencionarse los acreedores que adquieren simuladamente el crédito y los mandatarios para el cobro, a quienes se les ha revocado el mandato sin conocimiento del deudor, de manera que, si recaudan el crédito en estas condiciones, el pago efectuado de buena fe por el obligado es válido, extingue el vínculo obligatorio y libera al deudor, por encontrarse el mandatario en posesión del crédito (artículo 2199, inc. 2º del Código Civil). También se encuentra el caso del heredero reconocido judicialmente que, en tal carácter, adquiere la posesión legítima de los créditos del causante, de suerte que los pagos que se le hagan son válidos, aunque después pierda la calidad de heredero por aparecer otro de mejor derecho.

De otra parte, el artículo 1766 del Código Civil, que es la norma que sienta las bases del régimen sobre simulación, dispone que *“las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros”*.

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936, Op Cit, Pág. 51.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1974., Pág. 491.

“Tampoco lo producirán las contraescrituras, cuando se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura...”.¹⁶³

Así las cosas, cuando las partes quieren disimular u ocultar su verdadero acuerdo, formalizan un contrato público u ostensible donde hacen declaraciones que no concuerdan con su real voluntad, declaraciones que luego son desmentidas mediante otro acto secreto, en el cual se aclara lo que en verdad persigue. Según el artículo transcrito 1766, ese acto secreto es inoponible a terceros de buena fe, lo que significa que éstos pueden atenerse al acto público u ostensible, haciéndole producir todas sus consecuencias jurídicas, a pesar de ser simulado o ficticio, pues no refleja la verdadera voluntad de los contratantes.

Otra hipótesis se encuentra en la revocación del mandato, prevista como una de las causas de terminación de dicho contrato por el artículo 2189 del Código Civil. Sin embargo, el 2º inciso del artículo 2199 dispone que el mandante quedará obligado, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe.¹⁶⁴

Esta norma, entonces, vincula al mandante con los terceros con quienes contrató el mandatario, siempre que aquellos hubieren ignorado la desaparición de los poderes de éste.

También puede incluirse dentro de esta lista ilustrativa, la nulidad del contrato de sociedad, pues el artículo 105 del Código de Comercio establece en los casos de nulidad por ilicitud del objeto o de la causa, que *“los terceros de buena fe podrán*

¹⁶³ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 756.

¹⁶⁴ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Págs. 969 y 971

*hacer efectivos sus derechos contra la sociedad, sin que a los asociados les sea admisible oponer la nulidad.”*¹⁶⁵

Otro tanto acontece con la oponibilidad a terceros de buena fe de las consecuencias de la resolución de contratos por incumplimiento de una de las partes. Para que la resolución afecte a terceros de buena fe, es menester que en el contrato quede claramente establecido que las partes, o una de ellas, tienen obligaciones pendientes por cumplir, de lo cual los terceros podrán inferir que en caso de incumplimiento, podrá declararse la resolución del contrato, la cual en este evento le afectará. Por el contrario, si en el contrato se aclara que las partes al firmar cumplieron sus respectivas prestaciones, no podrá en el futuro alterarse la situación de los terceros que tuvieron en cuenta esa manifestación, de suerte que un eventual incumplimiento y la consecuente resolución del contrato será inoponible a los terceros. Por ello, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que “... *basta que la condición (resolutoria) no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, para que – sobre la base de la presunción de buena fe que de allí resulta a favor del tercero – quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución*”¹⁶⁶.

La Corte ha puntualizado, de vieja data, que este tratamiento busca:

poner a salvo los derechos de terceros a quienes haya sido enajenada la cosa y que hayan obrado en el concepto de que el precio había sido recibido, según la declaración del vendedor, porque es una doctrina constante del Código Civil, que las declaraciones de los otorgantes no perjudican a terceros; y, al contrario, que esas declaraciones, aunque se refieran a hechos que no son ciertos, tengan fuerza, no obstante, respecto

¹⁶⁵ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 84.

¹⁶⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 20 de mayo de 1936. Op Cit, Pág. 52.

de terceros que han obrado de buena fe o en la creencia de que son ciertas las aseveraciones hechas en escritura pública, para que no puedan ser perjudicados por la colusión de los otorgantes de éstas.¹⁶⁷

Este tratamiento de la resolución se desprende de lo establecido por el artículo 1548, según el cual *“si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”*¹⁶⁸.

Las disposiciones comentadas tienen un aspecto en común: las consecuencias jurídicas que ellas hacen producir se desprenden de la creencia de quienes han extraído las conclusiones usuales o normales de la observancia de una situación de hecho notoria y perceptible.

“Los terceros de buena fe son protegidos no obstante haber creído erróneamente, pues la ley les permite escapar a las consecuencias de la verdadera situación jurídica una vez descubierta. Respecto de dichos terceros, la ley permite que las cosas se miren como si fueran ciertas, esto es, como si el derecho aparente fuera real. Puede afirmarse que su creencia (así sea equivocada) reemplaza la existencia del derecho. Esta conclusión tiene señalada importancia jurídica, pues al tiempo que le reconoce efectos al derecho aparente, impide que del derecho verdadero se desprendan todas las consecuencias jurídicas que normalmente éste produce.”¹⁶⁹

¹⁶⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 15 de julio de 1938. En: Gaceta Judicial, tomo XLVI, Pág. 725.

¹⁶⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 632.

¹⁶⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1974., Pág. 173.

Nótese, como consecuencia, que si el deudor paga bien, cuando lo hace al poseedor del crédito (“a la persona que estaba entonces en posesión del crédito”), el verdadero acreedor no podrá ya perseguir al deudor para exigirle el pago de la obligación.

Esto significa que la aceptación de la eficacia de la apariencia, implica dejar de lado la aplicación de las reglas jurídicas normales o comunes. Por ello, la apariencia ha sido explicada como una situación de hecho ostensible que puede generar en ciertos terceros la creencia legítima de que la situación ostensible es una situación real y por ello aquella produce los mismos efectos jurídicos que ésta¹⁷⁰.

Muchos otros textos, tanto del Código Civil como del Código de Comercio, dan aplicación a este importante principio del error común (C.C., Arts. 109, num. 4; 149,150,766, num. 4; 768, 1846, 1547, 1633, 1915, 1933, 1934, 2084,2140, 2180 y 2320; C. de Co., Arts. 501, num. 2; 502,622, 640, 658, 934, 939 y, 1028).

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

A continuación examinaremos alguno de los casos prácticos más relevantes, en donde se aplica la teoría del error común como fuente generadora de derechos.

En primer lugar, tenemos el numeral 3° del artículo 1915 del Código Civil, según el cual, para que los vicios de la cosa vendida sean considerados como redhibitorios, y den así acción al adquirente para pedir que se deje sin efecto el contrato o que se rebaje el precio, han de ser de tal naturaleza que “el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte”, o que “el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.”¹⁷¹

¹⁷⁰ VAN OMMESLAGHE, Jean Pierre. Droit des Obligations. Paris, Editorial Thémis. 1985. Pág. 46

¹⁷¹ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 829.

Por su parte, el artículo 934 del Código de Comercio preceptúa que si la cosa vendida presenta con posterioridad a su entrega, vicios o defectos ocultos ignorados sin culpa por el comprador, éste podrá pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio, y el artículo 939 del mismo código dispone que “entregadas las mercaderías vendidas, el comprador no será oído sobre defectos de calidad o faltas de cantidad, toda vez que las haya examinado al tiempo de la entrega y recibido sin previa protesta.”¹⁷²

Las anteriores disposiciones, si bien ponen en cabeza del vendedor la obligación de responder por los vicios ocultos, también exigen un comportamiento diligente del comprador para encontrar los vicios, visibles o fácilmente perceptibles, de tal manera que si no los observa en el momento de la entrega, luego no podrá reclamar. Así, pues, la obligación de garantía del vendedor, con posterioridad a la entrega, se limita a los defectos ocultos, o que son difícilmente localizables a pesar de actuar el comprador con diligencia, precluyendo para el adquirente, desde la entrega, la oportunidad de alegar la existencia de vicios ostensibles o evidentes.

Algo similar ocurre con el artículo 1028 del Código de Comercio según el cual “*Recibida la cosa transportada sin observaciones, se presumirá cumplido el contrato.* [de transporte].

En los casos de pérdida parcial, saqueo o avería, notorios o apreciables a simple vista, la protesta deberá formularse en el acto de entrega y recibo de la cosa transportada.”¹⁷³

Esta norma exige del destinatario una conducta cuidadosa y diligente para encontrar los daños y pérdidas ostensibles o notorias y para reclamar de inmediato; de lo contrario, la ley presume que las cosas se encontraban completas y en buenas condiciones.

¹⁷² COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Págs.489 y 490.

¹⁷³ *Ibid.*, Pág. 513.

En cambio, si los faltantes o averías no son apreciables directamente, el destinatario puede establecerlos con posterioridad a la entrega y formular la reclamación correspondiente.

El principio del error común lo podemos estudiar, igualmente, en los casos de posesión de la siguiente manera:

El titular de un derecho ejerce las prerrogativas que de él se desprenden mediante actos externos, visibles, notorios. Es así como el dueño de un vehículo lo conduce; el de una casa la habita; el de un predio lo cultiva; el de un aparato lo emplea.

De esta forma, sobre la situación de hecho que refleja normalmente el ejercicio del derecho de propiedad se elaboró la teoría de la posesión. Es por ello que el poseedor actúa exteriormente como propietario y tiene la intención de serlo. Y, es por ello, también, que el poseedor es reputado dueño. (Artículo 762 Código Civil: ***“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con animo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra que la tenga en lugar y a nombre de él.***

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”)¹⁷⁴

Ahora bien, la mera posesión conlleva, por sí misma, efectos jurídicos, independientemente del derecho de propiedad que usualmente pone de reflejo. Es así como, después de un término establecido por la ley, el poseedor que no era en realidad dueño, adquiere este carácter en virtud de la prescripción. De igual manera, el legislador ha dotado al poseedor de acciones judiciales especiales, las posesorias, para que pueda preservar la posesión contra molestias de terceros, sin que en este supuesto se analice si es propietario o no. De otra parte, en tratándose de bienes

¹⁷⁴ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 330.

muebles, y siempre que el poseedor sea de buena fe, éste adquiere inmediatamente la propiedad desde que aprehende la cosa.

Los anteriores, son todos ejemplos en los cuales la ley hace producir efectos inmediatos a lo visible, a lo perceptible y a lo ostensible. En estos eventos, lo único que se mira es la situación de hecho en sí misma; por lo tanto, se prestan para darle aplicación a la teoría del ERROR COMUN.

CAPÍTULO VII

PRINCIPIO DEL ERROR COMÚN

I. CONCEPTO:

Para empezar, es necesario aclarar que no vamos a hablar del error como vicio del consentimiento (error individual), sino de una institución cuyas consecuencias son opuestas a ésta. Esta figura no es otra que la del error común, que lejos de constituirse en causal de nulidad de un acto jurídico, lo valida plenamente. El error común es aquel en que puede caer la generalidad de las personas, o un gran número de ellas.

Con el fin de tener una visión más amplia de lo que es el error común, creemos indispensable hacer referencia a un tema que muchos autores han denominado “Teoría de la Apariencia”.

Empezaremos, pues, examinando el origen de la palabra “apariencia” y, para ello, haremos referencia a diferentes fuentes:

Dentro de las acepciones que contiene el Diccionario de nuestra lengua para el término “apariencia” se encuentran las siguientes: “*a) Aspecto o parecer exterior de una persona o cosa; b) Verosimilitud, probabilidad; c) Cosa que parece y no es*”¹⁷⁵.

Ahora bien, en el lenguaje común puede decirse que la palabra “apariencia” tiene dos significados principales. De una parte, es lo que aparece, lo que se muestra claramente a los ojos, lo que se manifiesta y es visible. De otra, se dice que es aparente lo que no es lo que parece, es decir, lo que es engañoso o una simple ilusión.

¹⁷⁵ GARCIA PELAYO, Ramón. Diccionario, Pequeño Larousse ilustrado. Paris. Editorial Larousse. 1994. Pág. 79.

*“En el campo jurídico, el término “aparente” también es equívoco o ambiguo. En efecto, si tal calificación se la aplica a un hecho o a una situación de hecho, se dirá que se trata de algo ostensible, que puede percibirse, que se capta con los sentidos. Pero si se habla de un “derecho aparente” de inmediato se da la idea de una situación jurídica imaginaria, que se desvanece con un examen detenido de la misma.”*¹⁷⁶

Esta idea sirve de base para la elaboración de la llamada “Teoría de la Apariencia”, la que permita concluir que ciertos “derechos aparentes” pueden producir efectos jurídicos, a pesar de que serían absolutamente inútiles si se les aplicaran las reglas comunes y normales que contiene la legislación.

Es conveniente hacer algunas precisiones sobre los dos aspectos vistos: las situaciones de hecho aparentes y los derechos aparentes.

Situaciones de Hecho Aparentes: Es innegable que de vieja data el derecho ha tenido en cuenta diversas situaciones de hecho aparentes para darles un determinado tratamiento. En este supuesto, lo que importa es el carácter evidente, ostensible, manifiesto y visible de una situación de hecho.

Se trata de tomar en consideración la apariencia en su sentido material. En esta hipótesis, la situación de hecho aparente puede producir consecuencias jurídicas por sí misma, o en virtud de ciertos signos o comportamientos exteriores que ponen de manifiesto la existencia de un derecho.¹⁷⁷

¹⁷⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1996. Pág. 339

¹⁷⁷ ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans. Derecho Civil Parte General. Volumen I. Segunda edición. Barcelona, Editorial Bosch S.A. 1953. Pág. 157

Los autores suelen dar como ejemplo de situaciones de hecho aparente, que producen efectos jurídicos por sí mismo, diversas normas que le hacen producir consecuencias jurídicas directas e inmediatas a lo que se ve, precisamente por tratarse de hechos aparentes u ostensibles.

Los Derechos Aparentes: Estos derechos se presentan cuando un observador concluye equivocadamente que existen, basándose en el análisis errado de hechos visibles o perceptibles. Pero, esos derechos son aparentes, no se encuentran en la realidad, sino en la mente de quien efectúa el razonamiento deductivo. La apariencia, en consecuencia, envuelve una creencia equivocada que el derecho toma en cuenta para ciertos efectos.

No son pocos los casos en que la ley hace producir consecuencias jurídicas a derechos aparentes.

No son remotas las hipótesis en las que las situaciones de hecho ostensibles son tomadas en consideración como manifestaciones o reflejos de una situación de derecho, partiendo de la base que los derechos se ponen en evidencia mediante su ejercicio, el cual se realiza a través de actos materiales de ejercicio de un derecho preexistente. Los hechos materiales de ejercicio de un derecho permiten inferir la existencia del mismo.

De igual manera, esa situación de hecho perceptible en ocasiones se utiliza para demostrar la existencia de derechos. Así por ejemplo, en relaciones de estado civil el comportamiento de los interesados y la actitud del público en el sentido de otorgarle a una persona una cierta posición familiar, lo cual conocemos como posesión notoria, tiene una importancia mayúscula para demostrar judicialmente una filiación.

Por lo general, las situaciones de hecho visibles y notorias son manifestaciones de derechos verdaderos. Pero en ocasiones la situación de hecho parece reflejar el ejercicio de derechos que en realidad no

existen. Se trata de una situación ficticia, que no produce consecuencias por sí misma, pero podría ser tomada en cuenta como reveladora de derechos. Sin embargo, después de un examen más detenido se llega a la conclusión de que se trata de algo ilusorio e irreal. De esta manera, el derecho que parecía traslucir la situación de hecho es simplemente aparente.¹⁷⁸

De acuerdo con lo explicado, el error que se comete al observar la situación de hecho notoria u ostensible, que refleja el ejercicio de derechos que son en realidad inexistentes, es un elemento de la teoría de la apariencia. Pero dicho error debe tener unas características especiales.

Existe, hace mucho tiempo, una expresión que envuelve los efectos de la teoría de la apariencia: “el error común hace derecho” o *error communis facit jus*, con lo cual se refleja que la creencia equivocada y general es fuente generadora de derechos.

II. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.

La exigencia de que el error sea común, generalizado o compartido busca proteger la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas, aspectos en los que está envuelto el interés general. Por ello, se requiere que un gran número de personas haya caído, o haya podido caer en el error pues, de esta manera, se crea una situación aparente, de la que cada cual ha podido fiarse.

¹⁷⁸ ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY Hans, Op Cit, Pág. 159.

Sin embargo, la doctrina coincide en que el error común no debe ser universal, aduciendo que la verdad puede ser conocida de algunos. Pero es un error en el que incurre la masa.¹⁷⁹

Se trata, por ende, de una noción objetiva, de una equivocación colectiva producida por la situación de hecho que se observa, la cual debe ser durable, notoria y ostensible, pues estos son, en el fondo, los indicios que inducen a la creencia generalizada o común. Se exige, pues, que un número suficiente de personas haya sido engañado por la apariencia. Pero, además, es menester que quien pretenda beneficiarse de los efectos de la teoría de la apariencia, sea de aquellos que se equivocaron, vale decir, que no sea de los que conocían la verdad.

Debe haberse caído personalmente en el error y que su actitud haya sido razonable y perfectamente excusable.

De otra parte, se dice que el error común ha de ser invencible, del que nadie puede normalmente escapar. Por ello, en él caen un número apreciable de individuos, lo que pone en evidencia su carácter inevitable. Precisamente por ser invencible, el error es común.

La doctrina explica que, cuando la equivocación ha sido cometida casi por todo el mundo, puede suponerse que ello ocurrió porque era inevitable, de manera que el error común conlleva una presunción de invencibilidad, *“El error común hace presumir la invencibilidad del error invocado”*¹⁸⁰

Para que quepa el error común y se deriven de él sus efectos especiales, son necesarios elementos precisos y muy estrictos. Un sector de la doctrina opina que por

¹⁷⁹ MAZEAUD, Henri. La Máxime Error Communis Fact Jus, Paris (Francia), Editorial Montchrestien, 1924, Pág. 92.

¹⁸⁰ GORPHE, Francois. Le principe de la bonne foi. Paris (Francia). Editorial Dalloz. 1928. Pág. 188.

esto la teoría de la apariencia es una institución particularmente rigurosa, e incluso excesiva, proponiendo que se flexibilice adoptando una noción menos exigente, que es la del error legítimo.

Con esta noción se hace menos exigente la teoría de la apariencia, por dos razones, a saber: en primer término, no se trata de un error generalizado sino individual. Por tanto, no importa que ninguna persona más se haya equivocado. Se pasa así, de una apreciación abstracta del error (todos los hombres prudentes han de incurrir en él), a una apreciación más concreta del mismo, pues se mira si una persona especificada tenía buenas y justificadas razones para equivocarse, lo que convierte su error en legítimo.¹⁸¹

Y, en segundo lugar, según dice GORPHE;

No se requiere que el error haya sido imposible de descubrir. El equivocado podría haber hallado la verdad mediante la realización de ciertas investigaciones. Pero, se considera que tales investigaciones excederían la diligencia normal que razonablemente podría esperarse; por ello, no hay reproche que formular a quien no adelanta dichas indagaciones y su actitud se califica de legítima.

La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas hace que sea cada vez menos posible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia...¹⁸²

¹⁸¹ ARRIGHI, Jean-Pierre. *Apparence et réalité en Droit Privé*. Paris (Francia). Editorial Sirey. 1974. Pág. 218.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Algunos de los planteamientos de la doctrina francesas han sido acogidos por la jurisprudencia colombiana, la cual ha precisado en diversas providencias, los elementos, características y condiciones que deben tenerse en cuenta al momento de señalar al error común como fuente de derechos y principio rector de los contratos. A continuación examinaremos algunos de los más importantes pronunciamientos a nivel de la jurisprudencia colombiana:

Sentencia del 22 de junio de 1939¹⁸³

“Para la aplicación de la regla error communis facit jus se requieren estos requisitos; a) que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí común y colectivo para el medio social en que se actúa; b) que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido”, explicando, adicionalmente, que el error debe ser necesario y moralmente imposible de evitar.

Ademas, dice la sentencia: *“con la expresada máxima tiene íntima relación la llamada teoría de la apariencia, de tan extraordinario interés en la ciencia jurídica contemporánea. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva.”*

También señalo esta sentencia que dicho error puede ser de hecho o de derecho, puesto que la buena fe es un fenómeno moral que ni está subordinado exclusivamente al error de hecho ni queda destruido por el derecho. No interesa su origen, pues debe

¹⁸² GORPHE, Francois. Op Cit, Pág. 217.

¹⁸³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de junio de 1939. En: Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, Pág. 287

atenderse únicamente su excusabilidad, siendo claro que tan excusable puede ser el uno como el otro.

En otras ocasiones la Corte ha reiterado que en diversas normas de la legislación civil y para proteger a terceros de buena fe, se reconocen efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hacer ceder ante ella la realidad jurídica. Dicho pronunciamiento se hizo en la siguiente sentencia:

Sentencia del 20 de Mayo de 1936

En los Arts. 149, 150, 947, 1547, 1548, 1633, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140, y 2199 del C.C. se ve claramente que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección a favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de este, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiere atribuido a todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho.

las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador – para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente – de principio general y superior de derecho consignado en la máxima *error communis facit jus*, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la

explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe.¹⁸⁴

Otro importante pronunciamiento lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la siguiente providencia:

Sentencia del 27 de Julio de 1945

La máxima *error communis facit jus* requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable o invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando algunos de estos elementos jurídicamente esenciales, el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención.¹⁸⁵

Es claro entonces, que nuestra jurisprudencia exige que el error común sea invencible, tal como lo ha reiterado en esta sentencia.

Por una parte, la jurisprudencia en el campo de la apariencia ha sido reiterativa en el sentido de exigir la demostración de un error común e inevitable, precisando que se trata de un error que “*hasta los hombres mas prudentes y avisados habrían cometido*”¹⁸⁶. Esta exigencia se hizo en el pasado en forma general, vale decir, para todos los eventos en que se invocaran los efectos de la apariencias, sin distinguir si se

¹⁸⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936. En: Gaceta Judicial, Tomo XLIII, Pág. 50

¹⁸⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de julio de 1945. En: Gaceta Judicial, Tomo LIX, Pág. 397

trata de operaciones en que se debe decidir con celeridad, o si eran de aquellas donde lo usual y razonable es hacer indagaciones más o menos profundas.

Tampoco se hacía diferencia entre negocios mercantiles y civiles; ni entre actos que sólo crean derechos personales y los que producen derechos reales.

La exigencia del error común e inevitable, como un requisito esencial de todos los casos en que se pretendía la aplicación de los efectos de la teoría de la apariencia, se aprecia en varias jurisprudencias nacionales.

Así, por ejemplo, se ha señalado que la validez del pago al poseedor del crédito, efecto éste de la teoría de la apariencia previsto por el inciso 2º del artículo 1.634 del Código Civil, “es una aplicación de la regla *error communis facit jus...*”¹⁸⁷.

En materia de enajenación de derechos reales, por quien no es su titular verdadero sino aparente, la jurisprudencia de la Corte, en un principio, miraba con mucha desconfianza la posibilidad de proteger al tercero adquirente que incurrió en el error movido por la situación ostensible y engañosa, pues la Corte consideraba que para incurrir en tal error el tercero debió obrar sin la debida diligencia, cuidado y previsibilidad, esto es, con culpa. Casi podría decirse que nuestra jurisprudencia no le daba cabida a la teoría de la apariencia en casos de propiedad aparente y, si por excepción la aplicaba, exigía que existiera un error común e invencible. Ejemplo de la anterior afirmación es este aparte:

Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencia acerca del contratante, y

¹⁸⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936, Op Cit, Pág. 50

por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro que mediando esas precauciones elementales no obtuviera el adquirente en la debida oportunidad, las informaciones o al menos los indicios necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la celebración del contrato con el titular aparente.¹⁸⁸

Y, de no existir culpa de parte del adquirente, lo que ya para la Corte era una hipótesis remota, éste debía haber caído en un error común, invencible y excusable: *“Si el comprador... no adoptó esas precauciones, necesarias siempre que se trate de adquirir la propiedad de un bien raíz, ni puede alegar error común, ni éste puede reputársele invencible y por tanto excusable”*¹⁸⁹.

Obviamente que hoy día se han refinado mucho los engaños que se cometen para enajenar inmuebles no ocupados, falsificando escrituras públicas y certificados de tradición con el ánimo de convencer al tercero adquirente que quien se presenta como vendedor es en verdad el titular del derecho de dominio. Esto significa que actualmente no es fácil descubrir la realidad en los casos en que se busca engañar a los potenciales compradores, aún si éstos toman las precauciones usuales y razonables. Por tanto, ya no es tan remota la hipótesis de compradores de buena fe, a quienes no puede imputárseles culpa, y que, sin embargo, guiados por la apariencia, celebran contratos con quienes no son los verdaderos dueños.

La Corte no se refirió en parte alguna al error común, compartido o generalizado. Sólo tomó en consideración, a pesar de tratarse de la protección al derecho de propiedad, el error individual y específico de la persona afectada. Pero, puntualizó

¹⁸⁷ *Ibíd.*, Pág. 49.

¹⁸⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de junio de 1958. *En*: Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, Pág. 233.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

que éste ha debido tomar todas las precauciones y medidas que un hombre razonable y diligente tomaría de encontrarse en circunstancias análogas, con lo cual parecería que se requiere un error invencible y no meramente legítimo. Así las cosas, se trataría de una posición intermedia, ya que no se pide un error común, pero sí invencible.

Ahora bien, el rigor que se le imprime a la teoría de la apariencia con la exigencia del error común e invencible, hace muy difícil, si no imposible, su aplicación a la mayoría de los casos. Uno de los más relevantes es el del mandato aparente, pues en éstos casi siempre es posible establecer la verdad con sólo formularse una pregunta al supuesto mandante.

De no hacerse, posiblemente se diría que el afectado no obró como “los hombres más prudentes y avisados”. Se le quitaría así a la apariencia mucha de su efectividad y razón de ser. Por eso, sería aconsejable no exigir un error invencible sino sólo legítimo, admitiendo que en ciertas circunstancias la persona puede actuar siguiendo las apariencias creadas por una situación de hecho, las cuales explican que razonablemente no haga investigaciones, ni pida poderes, ni formule preguntas. Con eso se crearía un clima de seguridad y de certeza que estimularía el comercio, la actividad y el dinamismo.

Lo anterior, demuestra que la legislación nacional, así como su interpretación jurisprudencial, van a la zaga de las nuevas tendencias de la teoría de la apariencia o, por lo menos, han tomado un rumbo distinto al que siguen regímenes jurídicos más avanzados.

De otra parte, en los casos de propiedad aparente nuestra jurisprudencia exigía que se hubiere incurrido en un error común e invencible y, por tanto, excusable. Hoy parece haberse relajado en cierto grado este esquema riguroso, pues el error que se requiere

es meramente individual, si bien invencible, en tanto que la doctrina y las jurisprudencias europeas mantienen la exigencia de un error común.

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA.

A pesar del éxito que en Francia ha tenido la noción de error legítimo, esta tendencia no ha hecho desaparecer la exigencia, en ocasiones, del error común o invencible. En efecto, se encuentran sentencias que se acogen a uno u otro sistema y se ha tratado de definir el campo de aplicación de cada uno.

A este respecto se ha podido apreciar que el error legítimo ha tenido aplicación principalmente en materia de mandato aparente, es decir, cuando se celebra un contrato en el que una de las partes, dadas las circunstancias, cree que la otra persona con quien negocia actúa en nombre y por cuenta de un tercero. Es en estos casos en que la jurisprudencia se ha mostrado más flexible, exigiendo sólo un error individual legítimo, analizando, en concreto, el comportamiento y la actitud de quien se equivocó. No obstante, en algunas sentencias sobre mandato aparente, si bien no se ha exigido un error común sino un mero error legítimo, este último ha sido apreciado en abstracto, lo que significa que lo que se examina no es la actitud específica de la persona equivocada, sino la actitud que habría tenido una persona prudente y razonable, colocada en circunstancias de hechos similares.

Por su parte, el error común ha tenido aplicación en casos relativos a propiedad aparente, cuando una persona cree comprar un inmueble o adquirir un derecho sobre él, negociando y contratando con quien parece ser, a los ojos de todos, su verdadero dueño. Esto se explica por cuanto las transacciones inmobiliarias no se hacen de prisa, y porque en ellas se suelen tomar precauciones especiales. Además, la

propiedad aparente se refleja mediante la posesión, que es una situación de hecho visible o apreciable por todos a lo que se añade que la prueba de la propiedad inmueble es difícil de conformarla, de manera que si alguien presenta esas pruebas que parecen auténticas será muy difícil descubrir la verdadera situación jurídica. Por todo esto, se requiere un error común, y por tanto invencible, para que la fuerza de convicción de la apariencia haga ineficaces las precauciones que normalmente se toman.

La diferencia de tratamiento que se da a la propiedad aparente y al mandato aparente estriba en que , en la compra o gravamen de inmuebles, se toman más precauciones, mientras que en el mandato aparente se trata, usualmente, de negocios que requieren celeridad, lo cual impide llevar a cabo investigaciones minuciosas.

Y, como las relaciones entre mandante y mandatario sólo interesan a éstos, es muy posible que sean ignoradas por terceros. Es cierto que esas relaciones podrían ser conocidas con la adopción de algunas medidas como sería preguntar al mandante si en efecto ha otorgado poderes al supuesto mandatario.

Sin embargo, la doctrina estima que si se exige un error común e invencible en este supuesto se suprimiría totalmente la aplicación de la teoría de la apariencia en el mandato, lo que sería inconveniente para la seguridad de las relaciones de negocios corrientes. Por esta razón, sería aconsejable que sólo sea menester la existencia de un error legítimo.

Lo anterior no significa que la jurisprudencia haya establecido que el régimen general en materia de apariencia sea el de exigir la existencia de un error común e invencible y que la única excepción sea el mandato, en el que sólo se necesita un error legítimo. La afirmación contraria tampoco es exacta, es decir, que la regla general sea la exigencia de un

error legítimo y que la única excepción la constituya la propiedad aparente en la que es necesario un error común.¹⁹⁰

II.II. COLOMBIANA:

En la legislación colombiana no se ha acogido un principio general acerca del error común como generador de derechos. Sin embargo, el principio tiene aplicación en varios casos particulares. En todos ellos se tutela la buena fe de las personas y se validan aquellos actos celebrados bajo la apariencia de la legalidad y con fundamento en un error colectivo.

Así, el Art. 947 del Código Civil establece que el adquirente de una cosa mueble, de las que se venden comúnmente en muchos establecimientos, se hace dueño de ella por la sola posesión, aun cuando su vendedor no fuera el dueño.

La falta de título del tradente no ha debido en tal caso engendrar el derecho del adquirente (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pero en virtud del principio del error común como generador de derechos, sí se produce tal efecto.

En consecuencia, el *verus dominus* no podrá reivindicar esta cosa; la ley protege la buena fe de quien fue víctima de un error colectivo e invencible.¹⁹¹

El artículo 1634 del Código Civil califica como válido “...*el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito... aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía*”¹⁹².

¹⁹⁰ TUHR, Andreas Von. Tratado de las Obligaciones. tomo I. Madrid. Editorial Reus. 1934. Pág. 21.

¹⁹¹ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes. Santa fe de Bogotá, Editorial Temis S.A. 1997. Págs. 159 y 160.

En estas hipótesis, “estar en posesión del crédito” significa tener el escrito donde consta la obligación del deudor y comportarse ante todos como el verdadero acreedor. En consecuencia, dos condiciones se exigen para la validez de este pago: que se haga al poseedor del crédito y que el deudor pague de buena fe.

Existe alguna jurisprudencia nacional respecto del pago hecho al poseedor del crédito. En ella se ha precisado que esta regla existe en numerosas legislaciones foráneas y que *“constituye una excepción al principio de que un acto no perjudica a quien no ha tomado parte en él, pues está fundada en la equidad. Si la persona que se encuentra en posesión del crédito puede obligar judicialmente al deudor a efectuarle a ella el pago, se debe por reciprocidad y para no faltar a la equidad, permitir al deudor solucionar su obligación en manos del poseedor...”*¹⁹³

El punto esencial en nuestra jurisprudencia, para la validez de este pago, es la buena fe del deudor que soluciona la deuda. Por esto se ha dicho que *“lo que interesa, para que haya lugar a la aplicación del artículo 1634 y para que como consecuencia de ésta se produzca un pago con fuerza liberatoria, es la buena o mala fe del deudor. Si el deudor obra de buena fe el pago es válido, y si obra de mala fe no lo es”*¹⁹⁴. La buena fe consiste en tener la conciencia de que el acreedor a quien paga es el verdadero titular del derecho o su sucesor legítimo. En cambio, no se exige la buena fe del acreedor aparente.

Se ha dicho que esta regla es una aplicación específica del principio *error communis facit jus*, agregando que *“la apariencia de acreedora en la persona que recibió el pago dio lugar, en esa hipótesis, a un error plenamente excusable por parte del*

¹⁹² COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. En: Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 705.

¹⁹³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de Octubre de 1928. En: Gaceta Judicial, Tomo XXXV, Pág. 38

deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho”¹⁹⁵.

Para la doctrina local, la regla contenida en el inciso 2º del artículo 1634 del Código Civil es la aplicación concreta de una teoría más general, la de los derechos aparentes, según la cual cuando un derecho está configurado exteriormente con todos los elementos que se exigen para su existencia, la ley – con el objeto de garantizar la seguridad de las transacciones y de proteger la buena fe – tiene tal derecho por realmente existente, si bien, sólo es aparente¹⁹⁶.

En la práctica, se encuentran varias hipótesis de poseedores aparentes de créditos. Entre ellas pueden mencionarse los acreedores que adquieren simuladamente el crédito y los mandatarios para el cobro, a quienes se les ha revocado el mandato sin conocimiento del deudor, de manera que, si recaudan el crédito en estas condiciones, el pago efectuado de buena fe por el obligado es válido, extingue el vínculo obligatorio y libera al deudor, por encontrarse el mandatario en posesión del crédito (artículo 2199, inc. 2º del Código Civil). También se encuentra el caso del heredero reconocido judicialmente que, en tal carácter, adquiere la posesión legítima de los créditos del causante, de suerte que los pagos que se le hagan son válidos, aunque después pierda la calidad de heredero por aparecer otro de mejor derecho.

De otra parte, el artículo 1766 del Código Civil, que es la norma que sienta las bases del régimen sobre simulación, dispone que *“las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros”*.

¹⁹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936, Op Cit, Pág. 51.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1974., Pág. 491.

“Tampoco lo producirán las contraescrituras, cuando se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura...”.¹⁹⁷

Así las cosas, cuando las partes quieren disimular u ocultar su verdadero acuerdo, formalizan un contrato público u ostensible donde hacen declaraciones que no concuerdan con su real voluntad, declaraciones que luego son desmentidas mediante otro acto secreto, en el cual se aclara lo que en verdad persigue. Según el artículo transcrito 1766, ese acto secreto es inoponible a terceros de buena fe, lo que significa que éstos pueden atenerse al acto público u ostensible, haciéndole producir todas sus consecuencias jurídicas, a pesar de ser simulado o ficticio, pues no refleja la verdadera voluntad de los contratantes.

Otra hipótesis se encuentra en la revocación del mandato, prevista como una de las causas de terminación de dicho contrato por el artículo 2189 del Código Civil. Sin embargo, el 2º inciso del artículo 2199 dispone que el mandante quedará obligado, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe.¹⁹⁸

Esta norma, entonces, vincula al mandante con los terceros con quienes contrató el mandatario, siempre que aquellos hubieren ignorado la desaparición de los poderes de éste.

También puede incluirse dentro de esta lista ilustrativa, la nulidad del contrato de sociedad, pues el artículo 105 del Código de Comercio establece en los casos de nulidad por ilicitud del objeto o de la causa, que *“los terceros de buena fe podrán*

¹⁹⁷ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 756.

¹⁹⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Págs. 969 y 971

*hacer efectivos sus derechos contra la sociedad, sin que a los asociados les sea admisible oponer la nulidad.”*¹⁹⁹

Otro tanto acontece con la oponibilidad a terceros de buena fe de las consecuencias de la resolución de contratos por incumplimiento de una de las partes. Para que la resolución afecte a terceros de buena fe, es menester que en el contrato quede claramente establecido que las partes, o una de ellas, tienen obligaciones pendientes por cumplir, de lo cual los terceros podrán inferir que en caso de incumplimiento, podrá declararse la resolución del contrato, la cual en este evento le afectará. Por el contrario, si en el contrato se aclara que las partes al firmar cumplieron sus respectivas prestaciones, no podrá en el futuro alterarse la situación de los terceros que tuvieron en cuenta esa manifestación, de suerte que un eventual incumplimiento y la consecuente resolución del contrato será inoponible a los terceros. Por ello, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que “... *basta que la condición (resolutoria) no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, para que – sobre la base de la presunción de buena fe que de allí resulta a favor del tercero – quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución*”²⁰⁰.

La Corte ha puntualizado, de vieja data, que este tratamiento busca:

poner a salvo los derechos de terceros a quienes haya sido enajenada la cosa y que hayan obrado en el concepto de que el precio había sido recibido, según la declaración del vendedor, porque es una doctrina constante del Código Civil, que las declaraciones de los otorgantes no perjudican a terceros; y, al contrario, que esas declaraciones, aunque se refieran a hechos que no son ciertos, tengan fuerza, no obstante, respecto

¹⁹⁹ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 84.

²⁰⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 20 de mayo de 1936. Op Cit, Pág. 52.

de terceros que han obrado de buena fe o en la creencia de que son ciertas las aseveraciones hechas en escritura pública, para que no puedan ser perjudicados por la colusión de los otorgantes de éstas.²⁰¹

Este tratamiento de la resolución se desprende de lo establecido por el artículo 1548, según el cual *“si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”*²⁰².

Las disposiciones comentadas tienen un aspecto en común: las consecuencias jurídicas que ellas hacen producir se desprenden de la creencia de quienes han extraído las conclusiones usuales o normales de la observancia de una situación de hecho notoria y perceptible.

“Los terceros de buena fe son protegidos no obstante haber creído erróneamente, pues la ley les permite escapar a las consecuencias de la verdadera situación jurídica una vez descubierta. Respecto de dichos terceros, la ley permite que las cosas se miren como si fueran ciertas, esto es, como si el derecho aparente fuera real. Puede afirmarse que su creencia (así sea equivocada) reemplaza la existencia del derecho. Esta conclusión tiene señalada importancia jurídica, pues al tiempo que le reconoce efectos al derecho aparente, impide que del derecho verdadero se desprendan todas las consecuencias jurídicas que normalmente éste produce.”²⁰³

²⁰¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 15 de julio de 1938. En: Gaceta Judicial, tomo XLVI, Pág. 725.

²⁰² COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 632.

²⁰³ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1974., Pág. 173.

Nótese, como consecuencia, que si el deudor paga bien, cuando lo hace al poseedor del crédito (“a la persona que estaba entonces en posesión del crédito”), el verdadero acreedor no podrá ya perseguir al deudor para exigirle el pago de la obligación.

Esto significa que la aceptación de la eficacia de la apariencia, implica dejar de lado la aplicación de las reglas jurídicas normales o comunes. Por ello, la apariencia ha sido explicada como una situación de hecho ostensible que puede generar en ciertos terceros la creencia legítima de que la situación ostensible es una situación real y por ello aquella produce los mismos efectos jurídicos que ésta²⁰⁴.

Muchos otros textos, tanto del Código Civil como del Código de Comercio, dan aplicación a este importante principio del error común (C.C., Arts. 109, num. 4; 149,150,766, num. 4; 768, 1846, 1547, 1633, 1915, 1933, 1934, 2084,2140, 2180 y 2320; C. de Co., Arts. 501, num. 2; 502,622, 640, 658, 934, 939 y, 1028).

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

A continuación examinaremos alguno de los casos prácticos más relevantes, en donde se aplica la teoría del error común como fuente generadora de derechos.

En primer lugar, tenemos el numeral 3° del artículo 1915 del Código Civil, según el cual, para que los vicios de la cosa vendida sean considerados como redhibitorios, y den así acción al adquirente para pedir que se deje sin efecto el contrato o que se rebaje el precio, han de ser de tal naturaleza que “el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte”, o que “el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.”²⁰⁵

²⁰⁴ VAN OMMESLAGHE, Jean Pierre. Droit des Obligations. Paris, Editorial Thémis. 1985. Pág. 46

²⁰⁵ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 829.

Por su parte, el artículo 934 del Código de Comercio preceptúa que si la cosa vendida presenta con posterioridad a su entrega, vicios o defectos ocultos ignorados sin culpa por el comprador, éste podrá pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio, y el artículo 939 del mismo código dispone que “entregadas las mercaderías vendidas, el comprador no será oído sobre defectos de calidad o faltas de cantidad, toda vez que las haya examinado al tiempo de la entrega y recibido sin previa protesta.”²⁰⁶

Las anteriores disposiciones, si bien ponen en cabeza del vendedor la obligación de responder por los vicios ocultos, también exigen un comportamiento diligente del comprador para encontrar los vicios, visibles o fácilmente perceptibles, de tal manera que si no los observa en el momento de la entrega, luego no podrá reclamar. Así, pues, la obligación de garantía del vendedor, con posterioridad a la entrega, se limita a los defectos ocultos, o que son difícilmente localizables a pesar de actuar el comprador con diligencia, precluyendo para el adquirente, desde la entrega, la oportunidad de alegar la existencia de vicios ostensibles o evidentes.

Algo similar ocurre con el artículo 1028 del Código de Comercio según el cual “*Recibida la cosa transportada sin observaciones, se presumirá cumplido el contrato.* [de transporte].

*En los casos de pérdida parcial, saqueo o avería, notorios o apreciables a simple vista, la protesta deberá formularse en el acto de entrega y recibo de la cosa transportada.”*²⁰⁷

Esta norma exige del destinatario una conducta cuidadosa y diligente para encontrar los daños y pérdidas ostensibles o notorias y para reclamar de inmediato; de lo contrario, la ley presume que las cosas se encontraban completas y en buenas condiciones.

²⁰⁶ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Págs.489 y 490.

²⁰⁷ *Ibid.*, Pág. 513.

En cambio, si los faltantes o averías no son apreciables directamente, el destinatario puede establecerlos con posterioridad a la entrega y formular la reclamación correspondiente.

El principio del error común lo podemos estudiar, igualmente, en los casos de posesión de la siguiente manera:

El titular de un derecho ejerce las prerrogativas que de él se desprenden mediante actos externos, visibles, notorios. Es así como el dueño de un vehículo lo conduce; el de una casa la habita; el de un predio lo cultiva; el de un aparato lo emplea.

De esta forma, sobre la situación de hecho que refleja normalmente el ejercicio del derecho de propiedad se elaboró la teoría de la posesión. Es por ello que el poseedor actúa exteriormente como propietario y tiene la intención de serlo. Y, es por ello, también, que el poseedor es reputado dueño. (Artículo 762 Código Civil: ***“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con animo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra que la tenga en lugar y a nombre de él.***

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”)²⁰⁸

Ahora bien, la mera posesión conlleva, por sí misma, efectos jurídicos, independientemente del derecho de propiedad que usualmente pone de reflejo. Es así como, después de un término establecido por la ley, el poseedor que no era en realidad dueño, adquiere este carácter en virtud de la prescripción. De igual manera, el legislador ha dotado al poseedor de acciones judiciales especiales, las posesorias, para que pueda preservar la posesión contra molestias de terceros, sin que en este supuesto se analice si es propietario o no. De otra parte, en tratándose de bienes

²⁰⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op Cit, Pág. 330.

muebles, y siempre que el poseedor sea de buena fe, éste adquiere inmediatamente la propiedad desde que aprehende la cosa.

Los anteriores, son todos ejemplos en los cuales la ley hace producir efectos inmediatos a lo visible, a lo perceptible y a lo ostensible. En estos eventos, lo único que se mira es la situación de hecho en sí misma; por lo tanto, se prestan para darle aplicación a la teoría del ERROR COMUN.

CAPÍTULO VIII

PRINCIPIO DE LA IMPREVISIÓN.

I. CONCEPTO:

Es preciso empezar diciendo, que el principio que desarrollaremos a continuación, es considerado por nosotros, como el más importante fundamento en materia contractual, pues en el se ven involucrados otros principios generales, como el enriquecimiento sin causa, la autonomía de la voluntad, el error común, la relatividad de los contratos, entre otros. Además, no es menos importante señalar que este principio esta íntimamente relacionado con la equidad que debe existir en toda relación jurídica.

Por lo anterior es que podemos afirmar que la imprevisión, como principio rector de los contratos, constituye, a nuestro modo de ver, la base fundamental en todo tipo de negocios jurídicos.

Ahora bien, ¿ En qué consiste el principio de la imprevisión ?. En términos generales, podríamos decir que se trata de la obligación que tienen las partes que celebran un contrato, de cumplirlo en la forma como fue acordado. Esto implica que cualquier

variación sustancial de las circunstancias que originaron su celebración, constituyen una causal que justifica el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, convirtiéndose de esta forma en un mecanismo para mantener el equilibrio contractual y hacer realidad la equidad como principio general que debe regir todas las relaciones jurídicas.

Los contratos deben cumplirse en la forma convenida por los contratantes. Pero puede suceder que en el intervalo que separa la conclusión de un contrato y el de su ejecución, se produzca un hecho imprevisto que altere notablemente el equilibrio que existía entre las prestaciones en el momento de celebrarlo. Una situación semejante puede presentarse en los contratos de suministro (de carbón, de energía eléctrica, etc.) y en los de prestaciones sucesivas o periódicas.

Al respecto, desde tiempos inmemoriales se ha defendido la idea de que el equilibrio de las prestaciones existentes en el momento del contrato, debe sostenerse durante su ejecución; lo cual indica que, cuando por circunstancias extraordinarias dicho equilibrio se rompe y uno de los contratantes resulta notablemente lesionado, tiene derecho a que se revisen las prestaciones en nombre de elementales principios de equidad.²⁰⁹

I.I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

Con el fin de abarcar el tema de la teoría de la imprevisión de una manera amplia, clara y muy didáctica, expondremos a continuación una serie de definiciones que sobre este tema han planteado diferentes autores y que no son otra cosa que descripciones del *modus operandi* de dicha teoría. Los textos transcritos reflejan el

²⁰⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Parte General y Personas. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996. Págs. 167 y 168.

área del derecho desde la cual se emiten las definiciones. No obstante lo anterior, hemos considerado conveniente incluirlas en este acápite de la investigación.

Gabriel Correa Arango, comercialista Colombiano afirma: *“La teoría de la imprevisión o de lo imprevisible, como la denomina con rigorismo y acierto el jurista Chileno, Doctor Lorenzo de la Maza Rivadeneira, es aquella que admite la revisión de los contratos válidamente celebrados por las partes con el fin de modificarlos o resolverlos cuando al momento de la ejecución de las prestaciones las circunstancias se han alterado por causas que las partes no pudieron racionalmente prever al momento de la perfección del acuerdo contractual.”*²¹⁰

Esta definición hace extensiva la aplicación de la teoría de la imprevisión a todo tipo de contrato, siempre y cuando se hayan celebrado validamente, pues, si adolecen de algún vicio, las soluciones jurídicas serían diversas.

Pensamos que omite enunciar como efecto de la teoría, la posibilidad de suspender la ejecución del contrato, así como también se abstiene de determinar con claridad las características del acontecimiento, considerado como causa eficiente de la excesiva onerosidad, limitándose a catalogarlo como imprevisible.

Álvaro Gáfar Barrera, sostiene que: *“Se llama teoría de la imprevisión a la institución fundada en principios generales de derecho, en virtud de la cual las obligaciones emanadas de un acto o negocio jurídico, cuya ejecución sea de tracto sucesivo o esté diferida en el tiempo, pueden ser incumplidas cuando circunstancias imprevistas e imprevisibles, ajenas a la voluntad de las partes, convierten la obligación en excesivamente onerosa para el deudor o el acreedor que la alega.”*²¹¹

²¹⁰ CORREA ARANGO, Gabriel. De los Principales Contratos Mercantiles. Medellín: Editorial Dike, 1987, Pág. 325

²¹¹ GÁFARO BARRERA, Álvaro. La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Colombiano. En: Revista de Derecho Civil. Bogotá D.C. , Editada por la Universidad de los Andes, Vol. 1 N° 1 (Agosto 1984), Pág. 107

Gáfarro Barrera es uno de los pocos autores que define la imprevisión como institución, dándole como fundamento los principios generales de derecho, extendiendo su aplicación tanto a los actos como a los negocios jurídicos, y afirmando que opera a favor del acreedor y del deudor.

No obstante estar de acuerdo con la extensión del campo de aplicación que hace el autor en mención, pensamos que en materia de imprevisión no es viable utilizar los términos “acreedor” y/o “deudor”, sino “parte afectada”.

Es importante destacar el aporte que este autor hace a la teoría de la imprevisión, extendiendo su aplicación tanto a los contratos de ejecución sucesiva como a los contratos de ejecución instantánea en los que el cumplimiento de sus obligaciones se ha diferido en el tiempo.

Manuel Ospina Acosta, describe la imprevisión en los siguientes términos:

Cuando con posterioridad a la celebración de un negocio jurídico obligacional de ejecución diferida, sobrevengan circunstancias imprevistas e imprevisibles que alteren o agraven la economía del negocio en grado tal que la obligación de futuro cumplimiento resulte excesivamente onerosa para el agente o los agentes de dicho negocio, podrá éste o éstos solicitar su revisión judicial. Esta teoría no se aplica cuando haya imputabilidad del agente o agentes en el acaecimiento de los hechos, ni cuando el agente afectado se haya constituido en mora.

El juez ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique, y sino, la resolución o terminación del negocio según el caso. Podrá

también ordenar la suspensión temporal de sus efectos cuando las circunstancias sobrevinientes tengan el carácter de transitorias.²¹²

De las definiciones que la doctrina ha hecho de la imprevisión, la del doctor Ospina Acosta parece ser la más completa. Ella contiene los tres efectos principales resultantes de su aplicación (reajuste, resolución o terminación y suspensión) y determina claramente las características del hecho imprevisible.

Destacable en esta definición, el énfasis que hace en la ausencia de culpa en la producción del acontecimiento por parte de quien la alega, así como la ausencia de mora del agente perjudicado por la imprevisión, so pena de no poder alegarla. Acorde con la posición de su creador, el concepto transcrito hace referencia al “agente”, para de esta forma cubrir la imprevisión activa y pasiva, es decir, alegada tanto por el acreedor como por el deudor.

Para los tratadistas argentinos **Fortunato Garrido Roque y Jorge Alberto Zago**²¹³ la teoría consiste en:

Un dispositivo legal que permite al contratante; cuyas prestaciones, emanadas de un contrato conmutativo a título oneroso de ejecución diferida o continuada, se ven agravadas por una considerable onerosidad sobreviniente a la época de la celebración del contrato, por causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles; obtener judicialmente un reajuste de sus obligaciones, tendiente a reducir su onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del contrato o eventualmente a liberarse de sus obligaciones mediante la

²¹² OSPINA ACOSTA, Manuel. Teoría de la Imprevisión. En: Revista de Derecho Civil. Vol. II, N° 3, Editada por la Universidad de los Andes. (Nov. 1985) Pág. 81.

²¹³ GARRIDO ROQUE, Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. En: Revista Jurídica. Editada por la Universidad de Buenos Aires. Volumen I. 1978. Pág. 452

resolución del contrato con determinados efectos particulares según las circunstancias.

Si bien consideramos que la descripción hecha por Molina es muy completa, nos apartamos de él en los siguientes puntos: en primer lugar, pensamos que la imprevisión trasciende el carácter de dispositivo legal por ser un principio general de derecho, y, en segundo lugar, limita el campo de aplicación de la teoría a los contratos conmutativos, dejando de lado a los contratos aleatorios. Por otra parte, no incluye como efecto de la imprevisión la terminación del acuerdo contractual, predicable en los contratos de ejecución continuada.

Teniendo en cuenta las críticas hechas a las diferentes definiciones y nuestra posición sobre los distintos aspectos examinados de la teoría de la imprevisión, pensamos que esta se puede definir en los siguientes términos:

Institución jurídica autónoma, aplicable como principio general de derecho, fundada en la equidad, la buena fe, y la función social de los derechos subjetivos, cuyo ejercicio permite a la parte, para la cual la ejecución de una obligación de futuro cumplimiento se ha convertido en excesivamente onerosa, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes, imprevistos, imprevisibles, no imputables a quien lo alega, ni acaecidos durante su mora, solicitar la revisión judicial del contrato, buscando su terminación, resolución, suspensión o modificación.

Para finalizar el tratamiento Doctrinal de este tema, no debemos olvidar los importantes aportes que el Derecho administrativa a hecho en esta materia, en cuanto ha venido consagrando de largo tiempo atrás el necesario respeto a la llamada “ecuación contractual” es decir, al equilibrio prestacional dentro del cual se negocio inicialmente y al cual tiene derecho las partes.

“En los contratos las obligaciones entre las partes se tienen como causas recíprocas: porque yo doy, tú das. Ese principio se manifiesta en los contratos estatales que llevan a entender que la administración contrata para cumplir los fines del Estado y el particular para lucrarse, para enriquecer lícitamente.

Por lo tanto, siempre debe mantenerse el equilibrio entre los derechos y las obligaciones, lo cual puede incluso llevar a atenuar el principio del *pacta sunt servanda* en beneficio del *rebus sic stantibus*, esto es, que se ha de preferir al puro cumplimiento literal del contrato, cuando cambien o se deban cambiar sus condiciones, la satisfacción de las legítimas aspiraciones económicas de las partes.

Para la Ley 80 de 1993, el mantenimiento de la ecuación contractual, opera en beneficio tanto de la administración como de los particulares y lo reconoce en varios de sus artículos, especialmente en el art. 27, “De la Ecuación Contractual: En los contratos de estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar; según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento...”²¹⁴.

I.II. JURISPRUDENCIA NACIONAL

En muy pocas ocasiones nuestro máximo órgano judicial se ha pronunciado sobre el tema de la imprevisión en los contratos, siendo esta situación más lamentable si tenemos en cuenta que nuestro actual Código de Comercio, en el que se consagró

²¹⁴ GOMEZ GARAVITO, José Luis. LOS CONTRATOS ESTATALES. Ediciones: Universidad de la Sabana. Bogotá. 1997. Pag. 65.

positivamente la imprevisión, fue expedido hace ya 30 años (1971). Durante el tiempo de vigencia de dicho código la Corte no ha tenido la oportunidad de estudiar dicha institución.

Sin embargo, en sus pocos pronunciamientos la jurisprudencia nacional ha dicho, con fundamento en el Artículo 8° de la ley 153 de 1887, que la regla de la imprevisión contractual rige en nuestro derecho y debe aplicarse a todos los demás casos no previstos.²¹⁵

Tal vez la primera vez que se planteó a nuestra Corte el asunto de la imprevisión, fue en el año de 1936. Sin negar la procedencia de la teoría, la Corte no la aplicó por la razón obvia de que el contrato ya se había ejecutado, y ya se habían cumplido las pretensiones.

Hizo la Corte la distinción entre la fuerza mayor, imposibilidad absoluta de cumplir, y la imprevisión, imposibilidad relativa, pero que hace el contrato oneroso en extremo.²¹⁶

En sentencia de 1938 la Corte se pronunció sobre la procedencia de la teoría, con la condición de que se trate de contratos a término de prestaciones sucesivas y que las nuevas circunstancias excedan en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, de tal manera que las obligaciones de una de las partes se hagan intolerables.²¹⁷

²¹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 29 de Octubre de 1936. Magistrado Ponente: Dr. Libardo Escallón. En: Gaceta Judicial, Tomo XLIV, núm. 457 y Tomo XLVI, núm. 423

²¹⁶ Ibid., Tomo XLIV, núm. 455.

²¹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de Mayo de 1938. Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta. En: Gaceta Judicial, Tomo XLV, núm. 613

A continuación haremos un breve resumen del contenido de los mencionados pronunciamientos con el fin de presentar la posición de la Honorable Corte de Justicia sobre el tema en cuestión.

Sentencia del 29 de octubre de 1936.

Nuestro máximo tribunal, en dicha ocasión, determinó que al caso objeto de la sentencia del 29 de octubre de 1936, no le era aplicable la teoría de la imprevisión; por ello, no entró a profundizar el contenido de la misma. Manifestó:

Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la celebración de éste, ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extracontractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró.

Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano, "*rebus sic stantibus*", o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufran una grave lesión en sus intereses.

Aún cuando entre los modernos expositores de derecho existen discrepancias sobre la adopción de esta teoría y aún cuando en éste fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en

que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera aplicársela no se podía llegar a la revisión del contrato por misterio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual.

Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esta teoría y sobre su aplicabilidad ante nuestra legislación, queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno por la razón decisiva de que cuando Tomás Muñoz entabló su demanda, el 17 de octubre de 1932, ya estaba cumplida, por parte de Hoyos, su obligación, cumplimiento que tuvo lugar el 14 de julio de ese año.²¹⁸

Sentencia del 25 de febrero de 1937.

No resaltamos el contenido de esta sentencia, únicamente, por ser la primera en que la Corte acepta firmemente la aplicación de la teoría y determina sus elementos y campo de aplicación, sino porque ella contiene, al decir de Álvaro Gáfar Barrera, “... *una fundamentación científica y objetiva de la realidad propia de la teoría de la imprevisión.*”²¹⁹

En efecto, en esta ocasión la Corte dijo:

Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro, ya sea a la hipótesis del error o a la representación de las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfección.

Los doctrinantes de la imprevisión dicen que una fórmula general sostenida tiene que intentar la combinación de los factores subjetivos y

²¹⁸ SENTENCIA del 29 de Octubre de 1936, Op Cit, Tomo XLIV, núm. 457

²¹⁹ GÁFARO BARRERA, Álvaro, Op Cit, Pág. 129.

objetivos y a partir de si la parte contraria, procediendo de buena fe, y en atención al fin del contrato, hubiese admitido que el contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión, o bien, de buena fe hubiese tenido que admitirse si al concluirse el contrato se hubiera tenido presente la inseguridad de la circunstancia.

Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1° Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2° Que únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3° Y finalmente, que en el caso de que la seguridad de las circunstancias se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe.

En nuestro derecho privado positivo la teoría de la imprevisión tiene preferente aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas, y de especulación.²²⁰

Sentencia del 23 de mayo de 1938.

En esta ocasión, la Corte se refiere a la imprevisión de una manera más amplia. No obstante, el máximo Tribunal no aplica la teoría al caso debatido por considera que esta debió ser alegada en instancia para poder considerarla en el recurso extraordinario. Dicen algunos apartes de la jurisprudencia:

La teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el Derecho Canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los Tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula “*rebus sic stantibus*”, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de las respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato.

La fórmula completa es: “***Contractus qui habent tractum succesivum et dependant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur.***”

Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata, en suma, de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituiría la fuerza mayor, sino una imposibilidad relativa, como la proveniente de una gran crisis económica, de una guerra, etc.

Mucho se ha discutido acerca del efecto concreto que tenga la aplicación práctica de la teoría. Para unos su efecto se asemeja al de la resolución del contrato por el evento de una condición resolutoria. Desaparecida la obligación y retrotraídas las cosas al estado que tenía al tiempo de nacer el vínculo jurídico, queda abierto a las partes el camino para llegar a un nuevo acuerdo sobre las circunstancias modificadas. Para otros el efecto

²²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de Febrero de 1937, Magistrado Ponente: Dr. Juan Francisco Mojica. En: Gaceta Judicial, núms. 1920 y 1921, Pág.

sería la resciliación del contrato. El juez estaría facultado para determinar hasta que momento obliga la ejecución del contrato y desde que instante las partes quedan exoneradas en presencia de los acontecimientos constitutivos de la imprevisión. Y para la mayoría de los partidarios de la teoría, la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando, el juez, a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones en ausencia del acuerdo de las partes.²²¹

Igualmente, nuestro alto Tribunal, en esta sentencia afirmo:

... que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificulta en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligado todo sentido y finalidad.

Entendemos que en el texto transcrito anteriormente, nuestra corte no trato de hacer una definición, sino una descripción muy superficial de la teoría y, en consecuencia, de su lectura no podemos deducir la naturaleza de la institución, sus efectos, su campo de aplicación y algunos elementos que la diferencian de otras instituciones jurídicas. Se le abona que enumera los principales elementos del hecho imprevisto.

La Corte también se preocupa por distinguir la imprevisión de la fuerza mayor o del caso fortuito, recalando que la primera no hace imposible el cumplimiento de la obligación.

Sentencia del 24 de marzo de 1983.

La Corte, al referirse a las prestaciones en dinero que se convierten en irrisorias con motivo de la desvalorización monetaria, determinó como “válvula de escape” del “formalismo del texto literal de la ley” la teoría de la imprevisión. Los apartes más importantes, relacionados con el tema, en esta sentencia son:

El proceso de depreciación de la moneda ... aparece hoy con sus perniciosos efectos azotando al mundo y particularmente a los países de la América en vía de desarrollo. Su incidencia ... ha trascendido al panorama jurídico, porque ha invadido las relaciones contractuales, singularmente las obligaciones dinerarias a largo o mediano plazo, como también las que se traducen en dinero. Ante los dañinos efectos, los jueces de los diferentes países se han visto en la necesidad, fundados en principios de equidad y justicia, de hacer una interpretación sana y realista del derecho, así quede subestimado el nominalismo monetario. De ahí que, frente al formalismo del texto literal de la ley, y por más acentuado que sea el carácter de *jus stric tum* de las normas monetarias, aun los regímenes que se mantienen dentro de un cuadro de estricta seguridad jurídica conservan – como lo apunta Villa Palasi – una válvula de escape: el principio general de la buena fe, el abuso del derecho, la función de la causa ilícita, la cláusula *rebus sic stantibus*, son otros tantos portillos de solución a las nuevas circunstancias que la han puesto en situación de desventaja.²²²

²²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de mayo de 1938, Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta. En: Gaceta Judicial, Tomo XLVI, núm. 544

²²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24 de marzo de 1983, Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero. En: Jurisprudencia y Doctrina. Publicaciones Legis. Tomo XII, núm. 137

II. EL PRINCIPIO EN LA LEY.

II.I. EXTRANJERA:

Existen numerosos antecedentes de la aplicación del principio de la imprevisión de los contratos a nivel internacional. A continuación haremos un breve recorrido por diferentes legislaciones del mundo para examinar los puntos de vista que han tenido los legisladores en los respectivos países.

En primer lugar, es interesante estudiar la referencia a la teoría de la imprevisión que se hace en la ley, en la Doctrina y en la Jurisprudencia Españolas, en forma indirecta, con ocasión del análisis de la resolución de los contratos de tracto sucesivo por lesión enorme.

Terraza Martorrel²²³ analiza dos pronunciamientos de los tribunales españoles que, partiendo de supuestos de hechos similares, fallan en sentido opuesto. El primero, se fundamenta en la doctrina de la lesión sobreviniente en contratos de tracto sucesivo, y el segundo se basa en considerar que la aplicación de tal doctrina los sometería a “una peligrosa inestabilidad” acabando con el principio de “exacto cumplimiento de los contratos”.

Esta contradicción es más aparente que real, pues la diferencia entre los fallos de los tribunales se origina en una distinta apreciación de los hechos. En ambos, el fundamento real es la equidad pero, en el primer caso, los jueces consideraron que la variación de las circunstancias hacía inequitativo el cumplimiento de los contratos tal como se había estipulado y, en el segundo, se concluyó que tal modificación del supuesto de hecho no alteraba el equilibrio contractual y, por lo tanto, no era equitativo modificar el contrato.

De los análisis anteriores “ *resulta la siguiente regla general: la prestación se ha de sostener y continúa siendo exigible tal como se pactó, sea cual fuere el tiempo transcurrido.*

*”Excepción: la prestación ha de ser disminuida si en el trascurso del tiempo resulta una inequidad”*²²⁴.

En el Código Civil Español²²⁵ (Real Decreto del 11 de Febrero de 1899) no se encuentra consagrada expresamente la teoría de la imprevisión.

En otros Códigos, como los de Panamá y Costa Rica, no se consagra la teoría de la imprevisión. Nos parece muy optimista, la posición del profesor Rogelio Sotela Montangne²²⁶, quien pretende la aplicabilidad de la imprevisión en las jurisdicciones de ambos países, elevando la teoría a la categoría de principio general de derecho y, en consecuencia, convirtiéndola en una fuente de derecho y de interpretación jurisprudencial.

No dudamos que en sistemas judiciales avanzados sea posible la aplicación concreta a casos judiciales de la teoría de la imprevisión como principio general de derecho, fundándose en la equidad y en el imperativo legal de administrar justicia aún antes de la carencia de legislación, pero desafortunadamente la experiencia nos ha enseñado que , por lo menos en Colombia, tal vía no ha tenido el resultado práctico esperado.

La jurisprudencia Civil Francesa ha condenado la imprevisión desde hace mucho tiempo. La Corte de Casación, desde el año 1876 sentó el principio de la necesidad de someterse a la fuerza obligatoria del

²²³ TERRAZA MARTORREL, Juan. , Op Cit, Págs. 75 y s.s.

²²⁴ Ibid., Pág. 77

²²⁵ ESPAÑA. CÓDIGO CIVIL. Real Decreto de 11 de Febrero de 1899. En: Publicaciones Universidad Complutense de Madrid. Real Código Civil. Madrid. 1992.

²²⁶ SOTELA MONTANGNE, Rogelio. La teoría de la Imprevisión. En: Revista de ciencias jurídicas. Costa Rica. Editada por la Universidad de Costa Rica. N° 7 (Mayo de 1966), Pág. 189.

contrato, a pesar de las nuevas circunstancias que pudieran sobrevenir y hacer más onerosa una de las obligaciones.(...)

Son numerosas las sentencias en la que se condena la teoría de la imprevisión, se proclama el principio de la fuerza obligatoria del contrato y se niega la resiliación o la revisión del contrato por causa de imprevisión.

La jurisprudencia en mención se ha mantenido a pesar de las graves, imprevistas e imprevisibles crisis económicas y monetarias causadas por las dos guerras mundiales.²²⁷

II.II. COLOMBIANA:

La adopción definitiva de la teoría de la imprevisión en el derecho positivo colombiano y la posibilidad de revisar o terminar el contrato, la hace el Código de Comercio de 1972 al establecer en el Art. 868:

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea²²⁸.

²²⁷ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones, Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes. Santa fe de Bogotá: Editorial. Temis S.A., 1997, Págs. 251 y 252.

²²⁸ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 456.

Con los anteriores términos se consagra, para los contratos de tracto sucesivo, la llamada teoría de la imprevisión, la que ha sido extraña al derecho privado pues, como hemos dicho, ha tenido acogida en el derecho canónico al igual que en el administrativo y en el internacional público, habiendo dado lugar, en esta última disciplina, a la denominada cláusula *Rebus Sic Stantibus*, según la cual los términos pactados en un tratado público mantienen su vigencia en la medida en que no varíen las circunstancias de hecho bajo las cuales se negoció el acuerdo.

En esta figura jurídica, aportada en la edad media por los canonistas, la teoría de la imprevisión encuentra su fundamento en la voluntad misma de las partes contratantes²²⁹.

Dicha cláusula se consideró implícita en la convención y, en virtud de ella, se entendía que las partes se obligaban al tenor del contrato siempre y cuando se mantuvieran las condiciones de hecho existentes en la época de perfeccionamiento de la convención. Por tanto, y como consecuencia lógica, si llegaba a existir alteración de las circunstancias, la parte afectada por el cambio quedaba liberada.²³⁰

Contra esta teoría, Francisco Tafur Morales²³¹ objeta su artificialidad, en cuanto consagra una presunción, que en realidad no encuentra asidero, ya que ésta consistiría en que las partes siempre, al celebrar un contrato, van a tener en cuenta la cláusula tácita a que nos hemos venido refiriendo.

²²⁹ TERRAZA MARTORREL, Juan. Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en la ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus. Barcelona (España), Editorial Bosch, 1951, Pág. 132

²³⁰ LOPERA VARGAS, Octavio. La teoría de la Imprevisión. Medellín. 1967. 425p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho. Área de Derecho Privado. Dirección académica. Pág. 336

²³¹ TAFUR MORALES, Francisco. La nueva jurisprudencia de la Corte. Santa fe de Bogotá. Editorial Óptima. 1939, Pág. 179

Por su parte, el español RAMÓN BADENES GASSET²³² considera que la cláusula *Rebus sic Stantibus*, implica una ficción, toda vez que la presunción carece de fundamento legal; por lo tanto, si quien contrata, al hacerlo no piensa en una posible alteración de circunstancias, no tiene porqué limitar sus obligaciones ‘*Rebus sic Stantibus*’. Además, considera que es arbitrario afirmar que todo contrato se debe entender concluido con ésta reserva.

El Código Civil Colombiano, no anunció con carácter general esta regla de la imprevisión contractual (o cláusula *rebus sic stantibus*); sin embargo, hizo una aplicación en el Art. 2060 en relación con la persona que se obliga a construir un edificio por un precio fijo. El constructor puede pedir aumento de precio si “*circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionare costos que no pudieron preverse...*”.

El derecho civil ciertamente se ha resistido a adoptar la imprevisión manteniendo firmemente el principio consagrado en el Art. 1602 del Código Civil, según el cual el contrato apropiadamente celebrado es ley para las partes, “*Pacta Sunt Servanda*”, de manera que los actos jurídicos se miran como auténticas normas jurídicas, con el atributo de obligatoriedad, vinculando así a las partes y a los jueces, ya que éstos deben respetar tales actos y aplicarlos, e incluso, en cierta medida, vinculan al propio legislador, pues éste no puede variar *a posteriori* el régimen vigente en el momento de celebrarse un contrato, a menos que existan motivos de utilidad pública e interés social, según lo establece el Art. 38 de la Ley 153 de 1887.

El principio contenido en el Art. 1602 del Código Civil subraya la intangibilidad de los contratos e impide que los jueces, mediante interpretaciones personales, modifiquen las estipulaciones libremente convenidas por las partes.

²³² BADENES GASSET, Ramón. El Riesgo Imprevisible. Primera edición. Barcelona (España). Casa Editorial Bosch. 1963. Pág. 89.

El Art. 50 del Código Sustantivo del Trabajo, también en relación con la aplicación particular de la imprevisión , establece: “*todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones , corresponde a la justicia del trabajo decidir sobre ella...*”.

Igualmente, como aplicación particular de la teoría, la ley 100 de 1944, reglamentaria de los contratos relacionados con el cultivo de las tierras, como el de aparcería, estableció en el Art. 3º, lit. c): “*la facultad de las partes contratantes para dar por terminado el contrato antes de la expiración del plazo, no sólo por fuerza mayor o caso fortuito, sino cuando quiera que sobrevengan circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, que impliquen graves alteraciones de la normalidad económica*”.

Dispuso la ley que esta cláusula se entiende incorporada a todo contrato de esta especie, y que es de orden público económico y, por tanto, irrenunciable. Una especie de cláusula *rebus sic stantibus* de origen legal.

A pesar de ser todas las disposiciones transcritas, aplicaciones particulares, no cabe duda de que su fundamento es el de la imprevisión: el cambio de las circunstancias con posterioridad al contrato, cuando las nuevas circunstancias tengan las características de imprevistas e imprevisibles.

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL.

La noción de imprevisión difiere de la fuerza mayor, como se advierte en el mismo texto del Art.868 del Código de Comercio. Esta última requiere circunstancias imprevisibles e insuperables que impidan de manera absoluta el cumplimiento del contrato; aquella, en cambio, se basa en hechos extraordinarios, posteriores a la celebración del negocio jurídico, que no hayan sido previstos o que sean imprevisibles, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema al hacerlo particularmente oneroso.

No representa, entonces, un impedimento absoluto e insuperable, sino una imposibilidad relativa, pero de importantes y adversas repercusiones económicas para una parte.

Al paso que la fuerza mayor sólo se presenta ante circunstancias imprevisibles, el Art. 868 admite también, hechos simplemente imprevistos, aunque extraordinarios. Si bien el deudor diligente sólo debe prever y anticipar los hechos normales, usuales y comunes y no los extraordinarios, no es menos cierto que determinadas personas, en razón de sus especiales conocimientos y experiencias, están mejor ubicadas para detectar o predecir acontecimientos especiales. Admitir que los efectos de la teoría de la imprevisión operen frente a hechos meramente imprevistos y no realmente imprevisibles, es permitir al deudor un cierto grado de culpa y negligencia, pues no se le constriñe a obrar con la prudencia y la diligencia necesarias para anticipar el acaecimiento de ciertas circunstancias. No puede olvidarse que la noción de culpa suele basarse precisamente en la falta de previsibilidad en que no incurriría un hombre medianamente cuidadoso.

La doctrina civilista manifiesta que la teoría de la imprevisión mina la seguridad jurídica, pues los contratantes no saben si en el futuro se cambiarán los términos de lo que ha convenido en razón de hechos que generen un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes.

El Código de Comercio, al adoptar la mencionada teoría, dotó a los jueces de poderes para modificar la manera de ejecutar los contratos de ejecución diferida. En todo caso, la jurisprudencia ha sido rigurosa en el análisis de las nuevas circunstancias, exigiendo que éstas excedan notoriamente las previsiones que razonablemente podrían hacer las partes en el momento de contratar, y requiriendo que generen cambios verdaderamente graves para una parte, de tal suerte que el cumplimiento de la prestación pactada constituya una carga intolerable, injusta y desorbitante.

En síntesis, en el estado actual de nuestro derecho, los comerciantes, quienes son expertos conocedores de su negocio, cuentan con el beneficio de la teoría de la imprevisión, con la que podrían hacer cambiar el contenido de las obligaciones contraídas o incluso evadir su cumplimiento; en cambio, los no comerciantes, quienes usualmente son neófitos en el comercio jurídico, seguirán obligados a cumplir las prestaciones aunque se hayan modificado las circunstancias existentes al momento de contratar, pues en el régimen civil sólo la fuerza mayor sirve de justificación para pedir la revisión del contrato.

CAPÍTULO IX

PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

I. CONCEPTO:

El principio del efecto relativo de los contratos significa que únicamente los contratantes y las personas que se les equiparan (herederos y causahabientes), llegan a ser acreedores y deudores en virtud del contrato. El contrato descansa sobre la voluntad de las partes. Por lo tanto, sólo puede crear derechos y obligaciones en beneficio y en contra de quien ha intervenido en su celebración. Quien no ha dado su voluntad, no podrá llegar a ser acreedor o deudor en virtud del contrato. El principio de la relatividad de los contratos es una consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad. Nos hemos comprometido contractualmente o por contrato hemos llegado a ser acreedores, precisamente porque lo hemos querido. Esta es una regla elemental de sentido común, y es, a la vez, una protección necesaria de la libertad de los sujetos de derecho. Todos los sistemas jurídicos admiten el principio de la relatividad de las convenciones, hasta el punto que se puede pensar que se trata de un principio universal.²³³

La expresión “principio de relatividad del contrato” trata de poner de manifiesto que la eficacia del contrato no tiene alcance general respecto de la colectividad, como ha de predicarse de la norma jurídica, sino un alcance limitado a las partes contratantes. El contrato, pues, es por principio *relativo*, en cuanto vincula únicamente a las partes contratantes, (*res inter alios acta*), sin que por consiguiente pueda generar derechos u obligaciones respecto a personas extrañas o pueda atribuírsele un alcance general.

“A pesar de la lógica de la regla *res inter alios acta*, su efectividad da lugar a una situación compleja que es preciso analizar desde tres puntos de vista: A) los efectos de los contratos entre las partes; B) los efectos del contrato frente a los causahabientes de las partes; y C) averiguar si excepcionalmente el contrato puede producir efectos frente a terceros. Lo que significaría una excepción del principio que se estudia”.²³⁴

I.I. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

Existen diferentes autores que han aportado su granito de arena a la teoría de la relatividad de los contratos. A continuación haremos un recorrido rápido por las opiniones de los doctrinantes que consideramos más relevantes con relación a este tema.

En primer lugar, tenemos a Marco Gerardo Monroy Cabra quien, al respecto, dice:

La norma general es que los actos jurídicos tienen efecto relativo, o sea, no aprovechan o perjudican sino a las personas que intervinieron en dichos actos (*res inter alios acta, aliis neque prodesse neque nocere potest.*).

El acto jurídico produce todos sus efectos en relación con las partes, o sea con quienes personalmente o representados concurren a la formación del acto. Los terceros son aquellos que no han intervenido en el acto, ni derivan su derecho de ninguna de las partes que concluyeron el negocio.

²³³ El principio del efecto relativo de los contratos se encuentra no solo en los sistemas jurídicos civilistas, sino también en los del common law.

²³⁴ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes. Quinta Edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A., 1997. Pág. 259

El Art. 1602 del C.C. dice: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...*”.

Por consiguiente, la regla general es que los efectos jurídicos están, según se ha dicho, limitados a las relaciones entre las partes. El negocio ha de considerarse realizado en el momento en que se hallen cumplidos los elementos y presupuestos del negocio jurídico.

Es de observar que en los contratos hay efectos esenciales, naturales y accidentales (C.C., Art. 1501), según la manera como el ordenamiento jurídico califique los elementos y presupuestos requeridos en cada tipo de negocio.²³⁵

Por otra parte tenemos a Raymond Legais (Francés), Luigi Cariota Ferrara (Italiano), Ricardo Uribe Holguín (Colombiano) y Alberto Tamayo Lombana (Colombiano), quienes analizan el tema desde tres puntos de vista:

1) **Efectos de los contratos entre las partes:** El contrato está llamado a producir plenos efectos entre las partes contratantes, de acuerdo con los Art. 1602 y 1495 del Código Civil.

Partes son las personas que han celebrado el contrato. Sin que de ello pueda deducirse que para ser parte se necesite haber concurrido personalmente a manifestar la voluntad contractual y a firmar el acto jurídico. Como se sabe, en virtud de la institución y el mecanismo de la representación, no es necesario que quien va a celebrar un acto jurídico concorra directa y personalmente a ello, porque bien puede hacerlo por

²³⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Décima Edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis. 1996. Pág. 492.

medio de un representante y de todas manera quedará convertido en parte del contrato.²³⁶

De acuerdo con el Art.1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado crea una ley que se impone a las partes contratantes. Ley que tendrá su vigencia mientras no se presente una de las causales contempladas por la misma norma: el mutuo consentimiento de las mismas partes para revocar las estipulaciones, o un pronunciamiento judicial que invalide el contrato, con base en precisos motivos previstos por el legislador.

Es aquí donde nace el principio de la fuerza obligatoria del contrato legalmente celebrado, obligatoriedad que se impone, dice la doctrina, no solamente a los contratantes sino también al juez, e inclusive a la ley.

2) Efectos del contrato respecto de los causahabientes de las partes: Se entiende que si una persona contrata, los efectos del contrato se hacen extensivos a sus causahabientes universales o a título universal. En virtud de una ficción legal, ellos son los continuadores de la persona de su autor y, por lo tanto, recibirán sus créditos y se verán obligados por sus deudas.

En consecuencia, el principio según el cual el contrato legalmente celebrado produce efectos entre las partes contratantes, hay que aclararlo: produce también efectos frente a los causahabientes universales o a título universal de las partes contratantes.

²³⁶ RAYMOND, Legais. Droit civil, Paris (Francia). Editorial Cujas. 1974. Pág.129.

Por eso expresa Uribe Holguín: “*por parte se entienden las personas que celebraron el contrato y salvo caso de excepción, sus causahabientes a título universal, o sea sus herederos*”²³⁷

Desde luego que la especial naturaleza del contrato celebrado *intuitu personae* impone una excepción a la regla anterior. Por basarse este tipo de contrato en la consideración de las especiales cualidades del contratante, presupone que este cumpla personalmente la prestación.

3) Efecto de los contratos frente a terceros: “*El principio general, como se ha visto, es el de la relatividad de los efectos de los contratos. Tales efectos no se extienden a los terceros; no pueden obrar ni en su provecho ni en su perjuicio, puesto que ellos no participaron en la formación del contrato.*

*”Tal principio general vale para todos los negocios, sean a título gratuito u oneroso, unilaterales o plurilaterales.”*²³⁸

El principio del efecto relativo de los contratos está llamado a obrar plenamente frente a estos terceros. Ellos no son ni contratantes, ni causahabientes, ni acreedores de las partes, son terceros absolutos en relación con el contrato.

Pero, es necesario hacer las siguientes precisiones: es cierto que el contrato no está llamado a producir efectos directos frente a terceros; no los convierte ni en acreedores ni deudores de aquello que estipularon las partes. Pero, en forma general,

²³⁷ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1982. Pág. 238.

²³⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi. El Negocio Jurídico en el Derecho Privado Italiano. (Il negozio giuridico nel diritto privato italiano). Napoli (Italia). Editorial Morano. 1961. Pág. 146.

sí les es oponible el contrato legalmente celebrado. Este es oponible *erga omnes* (frente a todo el mundo), en razón de que es un hecho social. Los terceros no pueden desconocerlo, a ellos se les impone la situación jurídica que creó el contrato, como situación jurídica que es, como simple hecho.

La oponibilidad *erga omnes* que encierra todo contrato legalmente celebrado significa la primera modificación al principio de la relatividad de los contratos.²³⁹

I.II JURISPRUDENCIA NACIONAL

En nuestro sistema jurídico tiene pleno imperio el principio de la relatividad de las convenciones, como se le conoce, y que esta fundado sobre el aforismo “*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*”: el contrato celebrado por las partes no puede perjudicar ni beneficiar a terceros.

La regla general de la relatividad del contrato conoce, sin embargo, quiebras en más de un caso, como ha tenido ocasión de razonar la jurisprudencia. Uno de estos casos, y quizás el más relevante, es el de los contratos con estipulaciones a favor de un tercero. (Art. 1506 del C.C.).

Sobre este tema dijo la Corte en Sentencia de Casación del 27 de Septiembre de 1936 que:

El principio general de que los contratos no afectan a los terceros extraños a él viene a tener una excepción en casos especiales en que una persona celebra estipulaciones a favor de un tercero. En este último evento, la estipulación es diversa por todos sus aspectos del mandato como representante del contratante y tiene facultad para obligarlo,

²³⁹ TAMAYO LOMBANA, Op Cit, Págs. 259, 260, 261, 262.

mientras que en la estipulación a favor de otro no existe representación alguna, directa ni indirecta, del beneficiario. En la estipulación por otro se producen estas importantes consecuencias: a) el tercero beneficiario adquiere por el solo hecho de la estipulación el derecho de exigir el cumplimiento de lo estipulado, sin otro requisito que su aceptación expresa o tácita; b) el contrato queda en incertidumbre mientras no intervenga la aceptación del tercero, y pueden en ese lapso revocarlo el estipulante y el promitente; pero producida la aceptación del tercero, se consolida el contrato, y c) los contratantes no pueden exigir el cumplimiento a favor del tercero, pero si se ha señalado cláusula penal vale tal pena y puede exigirla el estipulante, aunque la estipulación principal no tenga efecto, por falta de aceptación del tercero.²⁴⁰

Otro pronunciamiento, sobre el tema, tuvo lugar unos años después en Sentencia del 30 de septiembre de 1954. En este caso aclaró la corte que: ***“la estipulación para un tercero autorizada por el artículo 1506 del C.C., no exige para su validez el consentimiento de la persona para quien se estipula, manifestado en el mismo contrato. Tal consentimiento ha de ser posterior al contrato, y puede ser tácito.”***²⁴¹

Vimos, pues, cómo el principio de la relatividad de los contratos tiene excepciones, una de ellas la que acabamos de mencionar (la estipulación para otro), esta es la derogación real de este principio, pues, como ha dicho la Corte la regla general que rige nuestro derecho positivo es la anunciada en el aforismo: *“res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest”*.

²⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de septiembre de 1936, En: Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, núm. 694.

²⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de septiembre de 1954. En: Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, núm. 726.

Existe otro caso en el que se entendería quebrantado el principio de la relatividad de los contratos, pero si examinamos detenidamente los efectos de la figura jurídica, nos podemos dar cuenta de que no es así, este caso no es otro que *“el de la transmisión de los créditos y de las deudas a los causahabientes universales o a título universal, según esto, se entiende que si una persona contrata, los efectos del contrato se hacen extensivos a sus causahabientes universales o a título universal. En virtud de una ficción legal, ellos son los continuadores de la persona de su autor y , por lo tanto se equiparan a él, por lo tanto recibirán sus créditos y se verán obligados por sus deudas”*²⁴². La eficacia de los contratos se extiende exclusivamente en relación con las partes contratantes y, para el caso que cualquiera de éstas haya fallecido, serán sus herederos, siempre y cuando los derechos u obligaciones nacidas del contrato no tengan carácter de personalísimo.

II. PRINCIPIO EN LA LEY NACIONAL Y EXTRANJERA

II.I EXTRANJERA

El máximo desarrollo de este principio lo ha llevado a cabo la legislación francesa que lo consagró expresamente en el Art. 1165 de su Código Civil. De acuerdo con esta norma, *“las convenciones no producen efecto sino entre las partes contratantes, ellas no perjudican a terceros y no los benefician sino en el caso previsto por el Artículo 1121”*²⁴³ (Que se refiere a la estipulación para otro, en el caso de la donación con carga o *“sub modo”*, y en todos los casos en que el contrato presente un interés para el estipulante)²⁴⁴. De este artículo se deduce el principio esencial del efecto relativo de los contratos.

El enlace del principio enunciado en el artículo 1165 del Código Civil francés lo precisa el Art.1122, según el cual, *“se supone haber estipulado para sí y para sus*

²⁴² TAMAYO LOMBANA, Op Cit, Pág. 262.

²⁴³ *Ibid.*. Pág. 265

herederos y causahabientes, a menos que se haya expresado lo contrario o que ello no resulte de la naturaleza de la convención”²⁴⁵.

Los causahabientes de que trata este artículo no son terceros, sino que se equiparan a los contratantes, precisamente en virtud de su posibilidad para heredar la totalidad o una fracción del patrimonio de su autor que había hecho el contrato. Por consiguiente, lejos de introducir una excepción al principio expresado en el Art.1165, lo que hace es precisar su alcance. El Art.1165 precisa que la excepción al principio que él consagra está contenida en el Art.1121 y no en el Art.1122. No es un olvido del legislador.

Si, como hemos dicho, el alcance de la regla enunciada en el Art.1165 del Código Civil francés se debe apreciar a la luz de las disposiciones del Art.1122, también conviene tener en cuenta otro artículo que permite precisar la importancia de esta regla. Se trata del Art.1119, del mismo Código, según el cual *“en general, no puede uno comprometerse ni estipular en su propio nombre sino en cuanto a sí mismo”²⁴⁶.* Esta disposición sólo tiene sentido a la luz del Art.1165. Estipular en su propio nombre para sí mismo o comprometerse en su propio nombre para sí mismo, quiere decir celebrar un contrato sin actuar por medio de un representante. La aclaración del Art. 1119 tiene el mérito de eliminar toda duda en cuanto al punto de saber si la representación constituye un excepción al principio del efecto relativo de los contratos. No hay excepción, porque el representante no obra por ni para sí mismo. Por lo tanto, el representado está obligado en aplicación del mecanismo de la representación, que descansa sobre el poder del representante para actuar por y para otro.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid. Pág. 266

II.II COLOMBIANA

Nuestros Códigos Civil y de Comercio, no traen una norma que consagre expresamente el principio de la relatividad de las convenciones; sin embargo, de acuerdo con los artículos 1602 y 1495 del Código Civil, los contratos están llamados a producir plenos efectos entre las partes que los celebren.

Partes son las personas que han celebrado el contrato. Sin que de ello pueda deducirse que para ser parte se necesite haber concurrido personalmente a manifestar la voluntad contractual y a firmar el acto jurídico.

De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado crea una ley que se impone a las partes contratantes; de esta afirmación se sigue el principio de la no ruptura unilateral del contrato.

De lo expuesto anteriormente se puede deducir que la regla general es que en un contrato celebrado validamente sólo le es dable a las partes contratantes intervenir en el, y por ende obtener algún beneficio o perjuicio por su celebración.

Sin embargo, existen excepciones consagradas expresamente en nuestra legislación como es el caso de la estipulación para otro (C.C., Arts. 1506, 1507), los actos colectivos (C.S.T. Art. 467, Convención Colectiva, Ley 222 de 1995, Art. 89, 129-4, 200, y 205, Decreto 2351 de 1965, Art. 38.), los acreedores quirografarios (C.C., Art. 2488).

III. PRACTICA CONTRACTUAL, CIVIL Y COMERCIAL

Es cierto que la regla general es la aplicación del principio de la relatividad de los contratos, es decir, que el contrato no está llamado a producir efectos directos frente a terceros; pero también es cierto que:

en forma general sí les es oponible el contrato legalmente celebrado. Este es oponible *erga omnes* (frente a todo el mundo) en razón de que es un hecho social. Los terceros no pueden desconocerlo; a ellos se les impone la situación jurídica que creó el contrato, como situación jurídica que es, como simple hecho. Así, si por medio de un contrato legalmente celebrado A vendió a B determinado bien, no les es dado a los terceros desconocer esa venta. Y, de la misma manera, los terceros pueden acogerse a esa situación jurídica creada por el contrato. Los acreedores de B pueden invocar el contrato de compraventa a fin de que el bien vendido se considere formando parte del patrimonio del comprador.²⁴⁷

La oponibilidad *erga omnes* que encierra todo contrato legalmente celebrado significa la primera modificación al principio de la relatividad de los contratos.

Para explicar con ejemplos el efecto relativo de los contratos es más sencillo tratar los casos en que se quebranta el principio, pues de esta forma tendremos una concepción más amplia de sus alcances.

Derogaciones más fundamentales a este principio se encuentran en los contratos colectivos y en la estipulación para otro, de las que ya hemos hablado anteriormente. En el primer caso, se entienden por contratos colectivos aquellos celebrados entre dos o más personas, o entre dos

grupos de personas pero que sin embargo van a producir efectos en relación con otras personas que no dieron su consentimiento.

En el derecho comercial se encuentran ciertas manifestaciones de voluntad expresadas por una mayoría determinada y orientada a un fin común, que se impone a la mayoría. Tal ocurre con las decisiones mayoritarias de la asamblea general de una sociedad: obliga a la minoría de los asociados.

También en el derecho comercial, es posible el concordato, “acuerdo de recuperación de los negocios del deudor”, con el voto del 50% o del 75% de los acreedores, según el caso. (Para proponer el concordato o para celebrarlo, respectivamente) (ley 222 de 1995, Arts. 89, 129-4, 200 y 205).²⁴⁸

Otro de los casos que observamos como ejemplo de los actos colectivos, y relacionado con el ejemplo anterior, es el concerniente a la nueva ley de reactivación empresarial o de intervención económica, que en buena hora y con las adecuaciones que se han venido pidiendo para ella, ha mostrado ser un magnífico instrumento para recuperar la salud de empresas en dificultades, en interés de la producción nacional.

La ley 550 de Diciembre 30 de 1999, tiene su aplicación en toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, de carácter privado, público o de economía mixta, con algunas excepciones que presenta el art.1 del la misma ley.

En los acuerdo de reestructuración de la ley 550, según su Art. 5 se denominan a estos a la “convención que, en los términos de la presente

²⁴⁷ TAMAYO LOMBANA, Op Cit, Pág. 264

²⁴⁸ *Ibid.* Págs. 264 y 265

ley, se celebre a favor de una o varias empresas con le objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo”.

Estos acuerdos de reestructuración pueden ser tomados como actos colectivos, de manera tal que existirán consecuencias jurídicas para sujetos que sin su consentimiento o contra el deben sujetarse al acuerdo, con el fin de ayudar a la empresa y dar cumplimiento a la ley.

Otro punto en el cual se observa la figura que tenemos en estudio, es en la oficiosidad del acuerdo de reestructuración, ya que no es necesario que el empresario sea quien deba solicitarle, este puede iniciarse de oficio o a solicitud de algún acreedor son que medio consentimiento del empresario y los efectos directos recaerán sobre éste.

En su Art. 34, la Ley 550 de 1999, en cuanto a los efectos de los acuerdo de reestructuración, plantea:

“...Los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la presente ley serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiendolo hecho, no hayan consentido en él...”

“En los casos mencionados anteriormente se encuentran precisas excepciones a la regla de la relatividad de los contratos. Por ello se dice que “ los actos jurídicos

colectivos se presentan en contradicción con dos principios: la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los actos jurídicos.” ²⁴⁹

En el segundo caso, estipulación para otro, se debe entender como tal, el contrato por medio del cual un estipulante consigue que su contraparte, el prometiende, se obligue a cumplir una prestación a favor de un tercero beneficiario, es decir, que se trata de una operación triangular.

Los ejemplos más comunes con relación a esta figura jurídica son:

- El seguro de vida a favor de un tercero, la transmisión a los causahabientes a título particular de las deudas y obligaciones accesorias a una cosa enajenada y hacer titular a un tercero de un derecho real.

En el caso del seguro de vida a favor de un tercero, mediante un contrato el asegurado se obliga a pagar determinadas primas a la compañía de seguros a fin de que al sobrevenir su muerte, tal compañía pague determinada suma a quien se ha designado como beneficiario.

Un ejemplo de este postulado sería: Un padre de familia celebra un contrato de seguro de vida y señala a su hijo como beneficiario. El padre de familia se obliga a pagar la prima respectiva y obtiene en cambio una promesa de la compañía: a la muerte del asegurado aquella pagará al hijo el valor del seguro.

El padre de familia es el estipulante; la compañía de seguros el prometiende; el hijo el beneficiario.

²⁴⁹ DUPICHOT, Jacques. Le droit des obligations. París (Francia), En: Presses Universitaires de France, 1978, Pág. 48

- En el segundo caso, la estipulación para otro es una operación que permite igualmente transmitir a los causahabientes a título particular las deudas y obligaciones accesorias a una cosa enajenada.

Tal ocurriría en el caso de la enajenación de un establecimiento comercial en favor de un subadquirente, en el caso en que en el contrato original figure una cláusula de no competencia tanto a favor del primer adquirente como de los adquirentes sucesivos.²⁵⁰

De la misma manera, y como dijimos anteriormente, la estipulación para otro permite hacer titular a un tercero de un derecho real: Por ejemplo, la donación de un inmueble en la que el donante reserva un derecho de habitación a favor de un tercero; o la compraventa en la que el comprador manifiesta adquirir la cosa tanto para sí como para un tercero que señala.

²⁵⁰ WEILL, Alex y TERRE, François, Droit Civil. Les obligations. Derecho Civil. Las Obligaciones. Paris. Editorial Dalloz. 1975. Págs. 510 y 533.

CAPÍTULO X.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL RÉGIMEN

CONTRACTUAL INTERNACIONAL.

Teniendo en cuenta las nuevas políticas de globalización que se han venido dando en los últimos años dentro de las relaciones jurídico-políticas de los diferentes Estados, consideramos de vital importancia para el desarrollo de nuestra investigación, ubicar, por lo menos conceptualmente, algunos de los principios que hemos venido desarrollando, dentro de las normas más importantes en cuanto a la contratación a nivel internacional, como es el caso de la ley 518 de agosto 4 de 1999 Por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales.

Empezaremos, pues, con la convención aprobada por la ley número 518 de agosto 4 de 1999.²⁵¹ Dicha Convención, en el capítulo 2 se ocupa de regular las que denomina "Disposiciones Generales", que contiene normas sobre criterios de interpretación, regulación de los llamados "establecimientos múltiples", y fuentes para regular e interpretar las operaciones de compraventa. Además de estos criterios generales de interpretación, la Convención se refiere de manera explícita a los principios generales sobre los cuáles se basa la convención. Como un criterio auxiliar para dirimir las cuestiones no resueltas expresamente por sus normas. En ella se da aplicación a diferentes principios de los que hemos venido hablando en el transcurso de la

²⁵¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ley 518 de agosto 4 de 1999, "Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980)". En: Revista Legislación Económica, N°. 1126 de Septiembre 15 de 1999, Pág. 981. En: Diario Oficial N°. 43656 de Agosto 5 de 1999.

investigación. Estos principios son: La Buena Fe, La Autonomía de la Voluntad, La costumbre y La Consensualidad.

Buena Fe:

El artículo 7 Num. 1 de la Convención, expresa:

"En la interpretación de la presente convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional".

En principio parecería que el artículo sólo requiere la observancia de la buena fe como un criterio de interpretación de la Convención, y no como un deber exigido a las partes durante toda su relación contractual.

A pesar de que no diga nada explícitamente en relación al deber de actuar de buena fe durante toda la relación contractual, se debe entender como una obligación implícita en los contratos internacionales de venta. Además, teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencia y doctrinal en torno al reconocimiento de la buena fe como un principio de derecho que se encuentra en el mismo plano de la ley, no se requiere norma alguna que lo contenga, pues se entiende que informa al derecho y todo el ordenamiento jurídico en que se encuentre expresado.

Cabe señalar que la doctrina afirma, con relación a la convención, que a pesar de que no se haya incluido expresamente, es un principio que rige durante toda la vida del contrato.

Autonomía de la voluntad:

La Convención reconoce el valor que tiene el principio rector de la contratación privada, cual es la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud de la cuál, si estas así lo prevén, la Convención se aplicará a aspectos en principio excluidos de la misma, como pueden ser la validez del contrato, y los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Lo anterior, unido a lo contemplado en el artículo sexto, llevan a la conclusión de que las normas de la Convención, -salvo el caso expreso contemplado en el artículo referido-, son de naturaleza dispositiva, es decir, que las partes pueden acordar la modificación de alguna de sus normas. De esta manera el artículo 6 dispone expresamente:

"Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos".

Quiere esto significar, que en primera instancia, corresponde a las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, regular los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en aspectos como la formación, efectos, extinción, entre otros.

La Convención reconoce que la libertad contractual encuentra sus límites en: el deber de actuar con buena fe y lealtad negocial, la limitación proveniente de estar las partes obligadas por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, y estar obligados por los usos ampliamente reconocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil.²⁵²

²⁵² OVIEDO ALBÁN, Jorge. Campo de Aplicación y Criterios de Interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías. (Comparación con la Legislación Privada Colombiana) PACE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (EE.UU), En: <http://www.cisg.law.pace.edu> Mayo 2001.

Es igualmente importante resaltar la posibilidad de que las partes expresamente pacten que el contrato se regirá por la ley del país de uno de los contratantes, toda vez que el derecho interno de cada país lo permita.

En Colombia no hay norma expresa que consagre el principio de la autonomía de la voluntad para permitir a las partes contratantes escoger la ley aplicable al contrato, sin embargo consideramos de vital importancia desarrollar un estudio minucioso para determinar su viabilidad en nuestro régimen jurídico por cuanto es esta una de las nuevas tendencias encaminadas a una globalización, unificación e integración de los diferentes ordenamientos jurídicos.

La Costumbre:

Es evidente que la Convención reconoce el valor de la costumbre en el comercio internacional, pues en su Artículo 9 expresa:

Artículo 9. “1) *Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.*

2) *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.*

Creemos importante hacer un paréntesis en la diferencia que existe en la importancia dada a la costumbre internacional en la normatividad nacional y en la Convención.

En efecto, el artículo 7 del código de comercio colombiano, relega a un segundo plano a la costumbre internacional al disponer: "Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios

generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes".

Así, tratándose de contratos mercantiles, aquellas costumbres internacionales a las cuáles la legislación mercantil llama en subsidio, cobran importancia, al considerarse, salvo pacto en contrario, que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.²⁵³

Existen otros casos donde se evidencia la aplicación de la costumbre como principio que rige la compraventa de mercaderías como son las disposiciones de los artículos 18 num. 3 y el artículo 55 de la convención.

Art. 18. ... num. 3 *“No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”*.

Art. 55. *“Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate”*.

La Consensualidad:

²⁵³ *Ibíd.*

La aplicación de este principio en el contrato de compraventa de mercaderías se encuentra consagrado en los artículos 11, 13 y 23 de la Convención. En el primero de ellos se manifiesta la intención de no someter la celebración del contrato a ningún tipo de formalidad. *“El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”*.

La norma mencionada, se encuentra complementada por el artículo 23 de la convención, por cuanto en el se ordena que el contrato se perfeccionara con la simple aceptación de la oferta, evidenciando de esta forma la intención del legislador de no someter a formalismos la celebración del contrato. Dice la norma: *“El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente convención”*.

Además, con relación al termino “por escrito”, utilizado en algunos de las normas de la convención, el artículo 13 de la misma hizo la aclaración correspondiente, y de esta forma disipa cualquier duda o confusión que se pueda presentar. Art. 13 *“A los efectos de la presente convención, la expresión “por escrito” comprende el telegrama y el télex”*.

A continuación haremos un repaso breve de los principio de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales que se identifiquen con los principios tratados en esta investigación.

Para empezar es importante aclarar que *“UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente creada en 1926, bajo el auspicio de la Liga de las Naciones, cuya sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica. Desde 1971 el Consejo de dirección de UNIDROIT empezó a trabajar en*

*el proyecto para la creación de unos principios sobre Contratos Comerciales internacionales”*²⁵⁴

Los principios de UNIDROIT, hacen parte de la tendencia a perseguir la armonía normativa a nivel internacional mediante normas que carecen de obligatoriedad y coercibilidad, al no ser impuestos por el órgano legislativo estatal correspondiente, ni ser un instrumento de derecho internacional, toda vez que no constituyen tratados.

El primero de estos principios es el denominado Libertad de contratación.

El artículo 1.1 de los principios de Unidroit lo consagra así:

“Libertad de Contratación. Las partes tienen la libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.

Este principio hace referencia al principio de consensualidad desarrollado en nuestro trabajo. Además, es considerado como el pilar fundamental del derecho contractual contemporáneo y del comercio internacional.

Consiste en la facultad que tienen los comerciantes de decidir libremente a quien ofrecerle sus productos, aceptar ofertas para su abastecimiento, así como fijar los términos conforme a los cuales se regirán sus relaciones comerciales y jurídicas. Es decir: abarca tanto la libertad de contratar, como ***de fijar el contenido del contrato a celebrar.***

Esa facultad de fijar el contenido del contrato a celebrar es la denominada libertad de de forma y de prueba.

Este principio es desarrollado en el artículo 1.2, de la siguiente manera:

“Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.

²⁵⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge. URBINA GALIANO, Liza. POSADA NUÑEZ, Laura. La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales.

La regla general en los principios es la consensualidad en la formación de los contratos, sin embargo, en ellos se admite la posibilidad de adoptar formalidades como requisitos para existencia y validez de los mismos, esto sucede en aquellos casos en que el derecho nacional y los tratados internacionales así lo establecen.

De esta forma en los eventos en que se impongan solemnidades para la formación del contrato, no le es dable a las partes omitirlos, debido a que estas disposiciones son de naturaleza imperativa.

En los principios se ha admitido la posibilidad de que sean también las partes quienes fijen la adopción de una forma específica, para la celebración del contrato, razón por la cual es necesaria en este evento que se de cumplimiento a dicho requisito ad-solemnitatem, generándose nuevamente otra excepción a la consensualidad.²⁵⁵

El segundo de los principios desarrollado por la UNIDROIT, es el denominado *Pacta Sunt Servando*, este principio consiste en que todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes, por lo cual no les es permitido incumplirlos.

Con relación a los principios desarrollados a lo largo de esta investigación, podemos decir que este guarda una estrecha relación con el principio de la autonomía de la voluntad por cuanto las partes, haciendo uso de dicha autonomía, pueden modificar o extinguir los efectos del contrato. También podemos vincular esta regla general con el denominado principio de relatividad, ya que si bien es cierto que el principio *Pacta Sunt Servanda* implica la obligatoriedad hay que aclarar que por regla general este vínculo jurídico solo nace para las partes que celebran el contrato y no puede vincular a tercero, sin embargo pueden hacerlo frente a ellos en las situaciones que así sean consagradas en la legislación nacional.

(Comparación con las normas colombianas) PACE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (EE.UU), En: <http://www.cisg.law.pace.edu> Junio 1999.

²⁵⁵ *Ibíd.*

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 1.3 el cual dispone:

“Efecto vinculante de los contratos. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún modo dispuesto en estos Principios”.

El siguiente principio, desarrollado por la UNIDROIT es el de la buena fe, esta organización hace un verdadero estudio con relación a este tema, pues considera que es la idea inspiradora que rige los demás principios, de tal manera que *“en ausencia de una disposición específica en los Principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”.*

La buena fe esta consagrada por el Artículo 1.7 en los siguientes términos:

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.

Es importante destacar que este principio de la *Buena fe y lealtad negocial* hace más exigente un contrato internacional.

No se reduce a la simple presunción de buena fe que adoptan la mayoría de las legislaciones, sino que exige una conducta más transparente y estricta que la habitual, además de imponerse a nuestro modo de ver como una obligación a la conducta de las partes.

Por último la UNIDROIT desarrolla el principio de la costumbre, el cual es denominado por esta organización como ***“Reconocimiento de los usos y las costumbres internacionales”.***

Dicho reconocimiento se encuentra consagrado en el artículo 1.8 de Los Principios que dispone:

“(Usos y prácticas) (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable”.

Este principio establece la obligación para las partes de respetar la costumbre internacional y los usos expresamente convenidos, usados regularmente en el tráfico mercantil, siempre que la aplicación de dichos usos sea razonable. Este es uno de los principios aceptados en el comercio internacional.

La observancia de éste, tiene aplicación dentro del contexto de *Los Principios*, entre otros, para la interpretación del contrato.²⁵⁶

De una forma general, y para dar una orientación básica en cuanto al concepto de la costumbre como principio que rige los contratos, es preciso señalar que estamos frente a una pluralidad de prácticas o actos voluntarios, generales, continuos, repetitivos y conformes a la moral y el orden público que, por su habitualidad, son aplicados por los particulares y amparados por la ley, como normas que rigen las relaciones jurídico- contractuales.

²⁵⁶ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos decir que no es posible tener un catálogo exacto de las reglas generales de derecho que orientan las relaciones jurídico contractuales que se desarrollan hoy en día en nuestra sociedad; sin embargo, sí es posible destacar las más importantes como es el caso de las que componen esta investigación.

Consideramos importante para la conclusión de este documento, resaltar la importancia que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la Ley 153 de 1887, con relación al tema de los principio generales que rigen los contratos civiles y comerciales. Dicha ley fue creada con el fin de que los jueces tuvieran en cuenta los *principios generales* de donde emanan muchas soluciones concretas, y de permitir una aplicación idónea del derecho a todos los casos.

Los Arts. 8 y 48 de esa ley constituyen las dos columnas fundamentales de todo el orden jurídico contractual. El primero prescribe que a falta de ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Es decir, se dio expresa facultad a los jueces para que los casos empíricos regulados por los códigos, fuesen aplicables a todos aquellos otros de la realidad que con ellos guardan semejanza; y en su defecto, para que se aplicasen “reglas generales” o “principios esenciales de derecho”. El segundo de los mencionados, o sea el artículo 48, prohibió enfáticamente a los jueces o magistrados rehusar la administración de justicia so pretexto de “silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”.

Gracias a la moderna doctrina de estos dos textos legales, ha sido posible a la jurisprudencia mantener en una permanente evolución el espíritu de las relaciones contractuales; las viejas soluciones han sido adecuadas a las que son exigidas por las nuevas condiciones económicas y culturales; además, han hecho posible injertar

dentro nuestro régimen jurídico, nuevos principios y doctrinas, cuya aplicación es imperiosa.

Teniendo en cuenta los artículos 8 y 48 de la ley 153 de 1887, así como el artículo 4 de la misma, la jurisprudencia Colombiana, ha desarrollado las reglas que hoy conocemos como principios rectores de los contratos civiles y comerciales.

Igualmente, se han desarrollan principios que vienen a orientar el trabajo de los jueces en Colombia: en la medida en que el legislador Colombiano es consciente de que su obra es incompleta, que en ella pueden existir vacíos, contradicciones, incongruencias, u oscuridades, ha dispuesto que los jueces la completen mediante la aplicación de las Reglas Generales de Derecho. Cabe resaltar que estas reglas generales son aplicadas por los jueces en todas las ramas del derecho, incluyendo el ámbito contractual de que trata este trabajo de investigación.

Para concluir, es importante señalar que hemos querido tomar como trabajo de grado esta concepción expuesta por la ley 153 de 1887, con el fin de revisar el desarrollo doctrinal, legal y Jurisprudencial que han tenido estos pilares de la ciencia del derecho a través del tiempo, con relación a las relaciones jurídico contractuales, teniendo en cuenta las nuevas necesidades que a través de diferentes épocas han surgido en los pueblos. Además, como lo dijimos en la introducción, existe en nuestro ordenamiento jurídico un gran número de normas que regulan las relaciones civiles y comerciales; sin embargo, nuestro trabajo no estaba encaminado a analizar cada una de esas normas, sino que pretende convertirse en un documento de consulta para quienes quieran indagar por el espíritu de cada una de estas directrices, pues se trata de recopilar las bases o principios fundamentales sobre los que se deben estructuran los contratos o convenciones tanto en materia civil como comercial.

BIBLIOGRAFIA

1. ARRIGHI, Jean-Pierre. Apparence et réalité en Droit Privé. Paris (Francia). Editorial Sirey. 1974.
2. AGUIAR. Hechos y Actos Jurídicos. En: Revista de ciencias jurídicas. Costa Rica. Editada por la Universidad de Costa Rica. N° 7 (Mayo de 1966).
3. AQUINO, Santo Tomas. *Suma Teológica*, Varios traductores, Editorial BAC, Madrid, España, 1988- 1994
4. BADENES GASSET, Ramón. El Riesgo Imprevisible. Primera edición. Barcelona (España). Casa Editorial Bosch. 1963.
5. BERDUGO BERDUGO, Hernán. El enriquecimiento sin causa como fuente de Obligaciones. 4. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa fe de Bogotá, julio-diciembre 1974, núms. 204-205.
6. CARIOTA FERRARA, Luigi. El Negocio Jurídico en el Derecho Privado Italiano. (Il negozio giuridico nel diritto privato italiano). Napoli (Italia). Editorial Morano. 1961.
7. CORREA ARANGO, Gabriel. De los Principales Contratos Mercantiles. Medellín: Editorial Dike, 1987.
8. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Derecho Civil de España. Segunda Edición, Madrid (España), Instituto de Estudios Políticos, 1949.
9. DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el derecho Civil Paraguayo y Argentino. Buenos Aires (Argentina). 1945-1946.
10. DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. Tomo I. México. Editorial UTEHA. 1946.
- 11.----- Los principios generales del derecho, Segunda Edición, Barcelona (España), Editorial Bosch, 1948.

12. DÍAZ COUSELO, José María. Los Principios Generales del Derecho. Buenos Aires (Argentina), Editorial Plus Ultra, 1971.
13. DU PASQUIERE, Claude. Introducción a la Teoría General de Derecho y a la Filosofía Jurídica. Lima (Perú). Traducida y Editada por Liberia Internacional del Perú. 1950.
14. DUPICHOT, Jacques. Le droit des obligations. París (Francia), En: Presses Universitaires de France, 1978.
15. EMILIANI ROMAN, Raimundo. El Enriquecimiento Sin Causa Como Fuente de Obligaciones. Bogotá. Editorial Presencia Ltda.. Fondo de publicaciones Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1996.
16. ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans. Derecho Civil Parte General. Volumen I. Segunda edición. Barcelona, Editorial Bosch S.A. 1953.
17. FERRI, Luigi. La Autonomía Privada, En: Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1989. Vol. 2 N° 12.
18. GÁFARO BARRERA, Álvaro. La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Colombiano. En: Revista de Derecho Civil. Bogotá D.C. Editada por la Universidad de los Andes, Vol. 1 N° 1 (Agosto 1984).
19. GARCIA PELAYO, Ramón. Diccionario, Pequeño Larousse ilustrado. Paris. Editorial Larousse. 1994.
20. GARRIDO ROQUE, Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. En: Revista Jurídica. Editada por la Universidad de Buenos Aires. Volumen I. 1978.
21. GENY, Francois. Método de interpretación y fuentes en Derecho privado Positivo. Segunda Edición. Madrid (España). Editorial Reus. 1925.
22. GORLA, Gino. El contrato. Tomo I, Barcelona. Casa Editorial Bosch y Cia. Traducción de José Ferrandias Vilella. 1959.
23. GORPHE, Francois. Le principe de la bonne foi. Paris (Francia). Editorial Dalloz. 1928.

24. IHERING, R. Von. Traduc. de Adolfo G. Posada. Victoriano Suárez Editorial Viena, 1881.
25. JARAMILLO VELEZ, Lucrecio. Derecho Romano. Medellín, Colombia, Señal Editora, 1992.
26. JOSSERAND, Louis. El espíritu de los derechos y su relatividad. Teoría del abuso del derecho. 2º Edición. Paris (Francia). Editoriales Jurídicas Europa - América. Bosch y Cia. Buenos Aires. 1957.
27. KANT, Emmanuel. La metafísica de las costumbres. Editorial Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País. Madrid. 1989.
28. LASARTE ALVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo I. Capítulo 7. España. Editorial Trivium. 1993.
29. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. Barcelona (España), Editorial Bosch, 1953.
30. LOPERA VARGAS, Octavio. La teoría de la Imprevisión. Medellín. 1967. 425p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho. Área de Derecho Privado. Dirección académica.
31. MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E. Principios de Derecho Comercial. Octava Edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 2000.
32. MANS PUIGARNAU, Jaime M. Los Principios Generales del Derecho. Barcelona (España), Editorial Bosch, 1957.
33. MARENCO ROMERO, Julio. El abuso del derecho. Santa Fe de Bogota. 1938. 260p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Universidad Nacional. Facultad de Derecho.
34. MAZEAUD, Henri. La Máxime Error Communis Fact Jus, Paris (Francia), Editorial Montchrestien. 1924.
35. MESSINEO, Francesco. Teoría General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires. Editoriales Jurídicas Europa. América. 1952.
36. MONRROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Décima Edición. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis. 1996.

37. NARVAEZ GARCIA, José Ignacio, Introducción al Derecho mercantil. Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley., 1995.
38. OSPINA ACOSTA, Manuel. Teoría de la Imprevisión. En: Revista de Derecho Civil. Vol. II, N° 3, Editada por la Universidad de los Andes. (Nov. 1985).
39. OVIEDO ALBÁN, Jorge. Campo de Aplicación y Criterios de Interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías. (Comparación con la Legislación Privada Colombiana) PACE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (EE.UU), En: <http://www.cisg.law.pace.edu> Mayo 2001.
40. OVIEDO ALBÁN, Jorge. URBINA GALIANO, Liza. POSADA NUÑEZ, Laura. La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales. (Comparación con las normas colombianas) PACE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (EE.UU), En: <http://www.cisg.law.pace.edu> Junio 1999.
41. PINZON, José Gabino. Derecho Comercial. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1957.
42. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II, Paris, Editado por "Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence." 1957.
43. POMPONIO, Digesto, 50-17-206. Por: TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Quinta Edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis. 1997.
44. RAYMOND, Legais. Droit civil, Paris (Francia). Editorial Cujas. 1974.
45. ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Segunda Edición. México. Editora Nacional. 1960.
46. SÁENZ ARANGO, Germán. Costumbre Jurídica y la Función que desempeña en el Derecho Comercial. Santa fe de Bogotá. 1950. 230p. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de derecho, Área de Derecho Privado.
47. SOTELA MONTANGNE, Rogelio. La teoría de la Imprevisión. En: Revista de ciencias jurídicas. Costa Rica. Editada por la Universidad de Costa Rica. N° 7 (Mayo de 1966).

48. TAFUR MORALES, Francisco. La nueva jurisprudencia de la Corte. Santa fe de Bogotá. Editorial Óptima. 1939.
49. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones, Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes. Santa fe de Bogotá: Editorial. Temis S.A., 1997.
50. TERRAZA MARTORREL, Juan. Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en la ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus. Barcelona (España), Editorial Bosch, 1951.
51. TORRES, Abelardo. Introducción al Derecho. Quinta Edición. Buenos Aires (Argentina). Editorial Abeledo Perrot. 1965.
52. TUHR, Andreas Von. Tratado de las Obligaciones. tomo I. Madrid. Editorial Reus. 1934.
53. URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1982.
54. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogota. Editorial Temis. 1993.
55. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1974.
56. ----- Derecho Civil Parte General y Personas. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.
57. VAN OMMESLAGHE, Jean Pierre. Droit des Obligations. Paris, Editorial Thémis. 1985.
58. WEILL, Alex y TERRE, François, Droit Civil . Les obligations. Derecho Civil. Las Obligaciones. Paris. Editorial Dalloz. 1975.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

1. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ley 518 de agosto 4 de 1999, "Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980)". En: Revista Legislación Económica, N°. 1126 de Septiembre 15 de 1999, Pág. 981. En: Diario Oficial N°. 43656 de Agosto 5 de 1999.
2. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 153 de 1887. "Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887."
3. COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional N° 114 de Julio 7, 1991. En: Publicación de Legis Editores. S.A.. Constitución Política de Colombia. Comentada y Concordada. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 151.
4. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-486 de Octubre 28 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 265 de Enero de 1994.
5. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-224 de Mayo de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 271 de Julio de 1994.
6. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernandez. En: Gaceta Constitucional, Tomo IX, Santa fe de Bogotá, 1995.
7. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N°. C-153 del 19 de Marzo 1997. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. 3p. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 326 de Junio de 1997.

8. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° . C-54 del 3 de Febrero de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. 6p. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 328 de Abril de 1999.
9. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de Octubre de 1928. En: Gaceta Judicial, Tomo XXXV.
10. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 6 de Septiembre de 1935. Sala de Negocios Generales. En: Gaceta Judicial, Tomo XLII.
11. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de mayo de 1936. En: Gaceta Judicial, Tomo XLIII.
12. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de septiembre de 1936. En: Gaceta Judicial, Tomo XLVIII.
13. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 29 de Octubre de 1936. Magistrado Ponente: Dr. Libardo Escallón. En: Gaceta Judicial, Tomo XLIV y Tomo XLVI
14. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de Noviembre de 1936. Sala de Negocios General. En: Gaceta Judicial, tomo XLII.
15. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de Febrero de 1937, Magistrado Ponente: Dr. Juan Francisco Mojica. En: Gaceta Judicial, núms. 1920 y 1921.
16. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de Abril de 1937. Magistrado Ponente: Dr. Juan Francisco Mojica. En: Gaceta Judicial, tomo XLV.
17. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de Mayo de 1938. Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta. En: Gaceta Judicial, Tomo XLV.
18. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 15 de julio de 1938. En: Gaceta Judicial, tomo XLVI.
19. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de junio de 1939. En: Gaceta Judicial, Tomo XLVIII.

20. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de Abril de 1940. En: Gaceta Judicial, Tomo IXL.
21. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 25 de Marzo de 1941. En: Gaceta Judicial. Tomo L.
22. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 2 de Abril de 1941. En: Gaceta Judicial, Tomo LI.
23. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 30 de Julio de 1941. Magistrado Ponente: Dr. Hernán Salamanca. En: Gaceta Judicial, tomo LII.
24. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 14 de Diciembre de 1941. En: Gaceta Judicial, Tomo LIIX.
25. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 8 de Abril de 1942. En: Gaceta Judicial, Tomo LIII.
26. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de julio de 1945. En: Gaceta Judicial, Tomo LIX.
27. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia. del 23 de Agosto de 1945. En: Gaceta Judicial. Tomo LIX.
28. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de Octubre de 1951. En: Gaceta Judicial. Tomo LXX.
29. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 10 de Julio de 1953. En: Gaceta Judicial, Tomo LXXV.
30. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de septiembre de 1954. En: Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII.
31. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 22 de Marzo de 1956. En: Gaceta Judicial, Tomo XXCII.
32. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 11 de Marzo de 1958. En: Gaceta Judicial, Tomo XXCVII.
33. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de junio de 1958. En: Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII.

34. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16 Diciembre 1959. En: Gaceta Judicial, Tomo XCI.
35. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24 de marzo de 1983, Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero. En: Jurisprudencia y Doctrina. Publicaciones Legis. Tomo XII.
36. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de Agosto de 1989. En: *JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*, Editorial Legis. Bogotá. Octubre 1989.
37. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 6 de Diciembre de 1993. Expediente 4064. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
38. INGLATERRA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE INGLATERRA. concedida por el Rey Juan sin tierra, Inglaterra, 1215.

CÓDIGOS

1. ALEMANIA. CÓDIGO CIVIL. Art. 157. Art. 812. Art. 226.
2. AUSTRIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo. 222
3. COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto-Ley 410 de 1971. En: Publicación de Legis Editores S.A. Nuevo Código de Comercio. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 84.
4. COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. En: Una Publicación de Legis Editores S.A. Código Civil y Legislación Complementaria. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 402.
5. CÓDIGO CIVIL SOVIETICO. Art. 1
6. ESPAÑA. CÓDIGO CIVIL. Real Decreto de 11 de Febrero de 1899.
7. ITALIA. CODIGO CIVIL . Art. 1168.
8. MÉXICO. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1882.
9. PARAGUAY. CODIGO CIVIL. 1985., Libro III.
10. PERU. CÓDIGO CIVIL. Libro VII.
11. REPÚBLICA CHINA. CÓDIGO CIVIL. Art. 148
12. SUIZA. CÓDIGO CIVIL. Art. 2.
13. SUIZA. CÓDIGO FEDERAL DE LAS OBLIGACIONES. Artículo 62